

TERESA PÉREZ DEL RÍO

**Mujer e igualdad:
estudio en materia social y laboral**

ESTUDIOS

11

TOMO IV
Jurisprudencia del
Tribunal Constitucional





**Mujer e igualdad:
la norma y su aplicación**

TOMO I

TOMO II

**Legislación europea en materia
de igualdad de trato**

TOMO III

**Sentencias del Tribunal de
Justicia de la CE**

TOMO IV

**Jurisprudencia del Tribunal
Constitucional**



MUJER E IGUALDAD:
ESTUDIO EN MATERIA SOCIAL
Y LABORAL

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

MUJER E IGUALDAD:
ESTUDIO EN MATERIA SOCIAL
Y LABORAL

(LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA
Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS
Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
1994-1998)

LIBRO EN CUATRO TOMOS

TOMO IV
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

POR

TERESA PÉREZ DEL RÍO

DOCTORA EN DERECHO

PROF^a. TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Con la colaboración de
Esther Hava

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA

1999

© y Edición
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
Alfonso XII, 52. 41002 Sevilla.
San Jacinto, 7. 29007 Málaga

Diseño y maquetación interior:
Tiempo Real, S.C.

Imprime:
Egondi Artes Gráficas, S.A.

ISBN: 84-7921-069-9
D.L.: SE-2853-99 (Tomo IV)

INDICE

PARTE IV	<i>págs</i>
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.	
1. Igualdad de trato en materia de retribuciones.	413
♦ STC 286/1994, de 27 de octubre de 1994	413
♦ STC 147/1995, de 16 de octubre de 1995	421
♦ STC 183/1998, de 17 de octubre de 1998	429
2. Igualdad de trato en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo.	441
♦ STC 317/1994, de 28 de noviembre de 1994	441
♦ STC 16/1995, de 24 de enero de 1995	448
♦ STC 198/1996, de 3 de diciembre de 1996	454
3. Protección de la maternidad.	465
♦ STC 173/1994, de 7 de junio de 1994	465
♦ STC 3/1995, de 10 de enero de 1995	471
♦ STC 136/1996, de 23 de julio de 1996	481
4. Igualdad en los regímenes complementarios de la Seguridad Social.	493
♦ STC 5/1994, de 17 de enero de 1994	493

TOMO IV

JURISPRUDENCIA

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA DE RETRIBUCIONES

STC 286/1994,

de 27 de octubre de 1994

Tipo de recurso:

Recurso de Amparo formulado por la Unión Provincial de Comisiones Obreras de Palencia contra Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León, de 21-12-1992, confirmatoria de la del Juzgado de lo Social de Palencia, de 22-10-1992, dictada en procedimiento de conflicto colectivo. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: existencia: otorgamiento de amparo.

Disposiciones estudiadas:

-Artículos 10 y 14 de la Constitución Española

Antecedentes:

1. Por escrito registrado el 21 de enero de 1993, la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega interpone, en nombre y representación de la Unión Provincial de Comisiones Obreras, integrada en la Confederación Sindical de Comisiones Obreras a través de la Unión Regional de Castilla y León, Recurso de Amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de diciembre de 1992, por la que se confirma la del

Juzgado de lo Social de Palencia, de 22 de octubre de 1992, dictada en procedimiento de conflicto colectivo.

2. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

- a) El sindicato recurrente en amparo promovió conflicto colectivo contra la empresa Galletas Fontaneda, SA, al objeto de que se declarara el derecho del personal femenino que presta sus servicios en la factoría de Aguilar de Campoo (Palencia) en el departamento de envasado, empaquetado y acabado, con categorías de Oficial 1.^a, Oficial 2.^a y Ayudantes, a percibir igual retribución salarial que las mismas categorías que prestan sus servicios en el departamento de producción, por considerar que existe discriminación por razón de sexo.
- b) El personal al servicio de esta empresa se distribuye entre personal de producción y personal de acabado, envasado y empaquetado, estando constituidas, casi en su totalidad, el primero por hombres y el segundo por mujeres. Ambos

colectivos están integrados por unas mismas categorías (Oficiales de 1.ª y 2.ª y Ayudantes), siendo superior el salario base diario establecido para el personal de producción. Existen cuatro mujeres que, pese a realizar trabajos de producción, son remuneradas como el personal adscrito al sector de empaquetado. Y hay hombres que realizan tareas de empaquetado que perciben retribuciones propias del personal de producción.

c) Con fecha 22 de octubre de 1992, el Juzgado de lo Social de Palencia dictó Sentencia, desestimando la demanda de conflicto. En ella se razona que se trata de trabajos distintos los realizados por los operarios adscritos al sector de acabado, envasado y empaquetado, de los que llevan a cabo los operarios encuadrados en el sector de producción, sin que exista dato objetivo alguno vinculado al sexo, como vigor o esfuerzo físico revelador de la desvalorización de las prestaciones llevadas a cabo por mujeres en relación con hombres, consiguientemente, no existiendo las infracciones jurídicas denunciadas, la demanda debe ser desestimada.

d) La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), en su Sentencia de 21 de diciembre de 1992, tras ratificar íntegramente los hechos probados, confirmó la sentencia de instancia. Atendidos los factores neutros [cuidado, atención, responsabilidad o análogos a los que alude la STC 145/1991], no puede admitirse -dirá la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid- que el proceso de producción y las fases que comprende la fabricación de galletas y bizcochos sea de equivalente valor económico-jurídico al que se desarrolla en el departamento de envasado, empaquetado y acaba-

do, ya que aunque el esfuerzo físico de las primeras tareas no pueda justificadamente apoyar la diferencia retributiva, dada su irrelevancia actual por el propio contenido o naturaleza del proceso, altamente mecanizado, lo que es innegable, es que objetivamente y con independencia del sexo del trabajador ocupado, la fabricación o elaboración de los productos alimenticios impone en quienes vienen ocupados en ellos una atención rigurosa y destreza de la preparación de las mezclas y dosificación de componentes, acabado de las masas, manejo de troquelados o .. moldeado y observancia de puntos de cocción, que conlleva particular responsabilidad, que legitima la superior retribución por otra parte de pequeña relevancia, frente al personal de la misma categoría ocupado en tareas de envasado o empaquetado, igualmente mecanizado, pero que conlleva dosis menores de concentración y responsabilidad, y en todo caso son por su propia significación cualitativa en el proceso productivo sustancialmente diferentes a las que integran el proceso de elaboración que se realiza en el departamento de producción objeto de comparación.

3. En la demanda de amparo, la organización sindical recurrente en amparo considera que las sentencias impugnadas vulneran el art. 14 de la Constitución, junto con otros preceptos legales (art. 119 TCCE, art. 1 Directiva 75/117 CEE, art. 17 ET, en relación con el art. 1 Convenio 111 OIT, arts. 2.1 y 3.3 Convenio 100 OIT, y art. 14.1 Convenio 117 OIT y doctrina constitucional (muy señaladamente la STC 145/1991).

Alega, en primer lugar, que a la vista de los hechos el criterio determinante para la adscripción a uno u otro departamento es el sexo, siendo ésta la causa eficiente que

motiva una retribución inferior para las mujeres que en su casi totalidad están ocupadas en el departamento de envase y una retribución superior para los hombres, que incluso trabajando en el departamento de envase, perciben superior salario. Ante esta situación la empresa debía suministrar una justificación objetiva y razonable suficientemente probada que eliminase la presunción de discriminación por razón de sexo. Al no hacerlo y atribuir a la parte demandada la carga procesal de justificación objetiva y razonable, se ha vulnerado el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Aduce, en segundo lugar, la existencia de discriminación directa por razón de sexo, en la medida en que la feminización de las ubicaciones profesionales segregadas y la asignación de éstas a un menor nivel retributivo permite suponer que no se persigue otro objetivo o resultado que minusvalorar el trabajo prestado en un área de servicios con dominante ocupación femenina (STC 145/1991). Y de no admitirse la concurrencia de discriminación directa, existiría en todo caso discriminación indirecta, ya que, por un lado, la infravaloración de los puestos desempeñados por las mujeres no se basa en un sistema de valoración objetiva de tareas y, por otro, la infravaloración desaparece cuando estos mismos trabajos son desempeñados igualmente por hombres. Recuerda a este respecto la doctrina de este Tribunal, contenida en la STC 145/1991.

A juicio del sindicato recurrente, la explicación del tratamiento laboral peyorativo suministrada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León resulta completamente inadecuada. Apelar al factor de mayor destreza y atención rigurosa para justificar el superior salario de los hombres en la fabricación de productos, es utilizar el factor sexista clásico femenino de exigencia de destreza mental, atribuyendo por primera vez a la naturaleza y contenido del trabajo prestado por los varones. Por otra parte, se omite de modo significativo la toma en consideración del hecho probado 4.º acer-

ca de la retribución salarial de los trabajadores que prestan servicios en el departamento feminizado y la relevancia a efectos de la discriminación que tiene el hecho probado 3.º sobre salario que tienen las empleadas que trabajan en el departamento masculinizado. La intercambiabilidad tiene connotaciones peyorativas para la mujer, en la medida en que cuando se produce el trasvase el tratamiento salarial inferior de la mujer permanece. En suma, no sólo no es posible identificar criterios o factores objetivos justificativos que excluyan la diferencia de trato ante un trabajo de valor igual, sino que los indicios apuntados (hechos probados 3.º y 4.º) vienen a reforzar la conducta discriminatoria de la empresa a la vulneración del art. 14 CE.

Por ello solicita de este Tribunal la nulidad de las resoluciones impugnadas y el reconocimiento del derecho de las trabajadoras con categoría de Oficiales de primera, segunda y Ayudantes, adscritas al departamento de envase, empaquetado y acabado, y las ubicadas en el departamento de producción a percibir la misma retribución salarial básica o de convenio que la cobrada por los trabajadores adscritos al departamento de producción.

4. Por providencia de 28 de junio de 1992, la Sección Segunda de la Sala Primera acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo previsto en el art. 51 de la LOTC, requerir al Juzgado de lo Social de Palencia y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León para que, en el plazo de diez días, remitieran respectivamente testimonio de los autos y del recurso de suplicación, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso judicial antecedente para su comparecencia ante este proceso constitucional en el plazo de diez días.

5. Mediante providencia de 20 de septiembre de 1993, la Sección tuvo por recibidas las actuaciones remitidas por los órganos judiciales asimismo tuvo por parte al Procurador señor Alvarez del Valle García en nombre de Galletas Fontaneda, SA, y

dió vista de las actuaciones recibidas por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores señores Cañedo Vega y Alvarez del Valle García para que dentro de dicho plazo presentaran las alegaciones convenientes.

6. El representante de la empresa Galletas Fontaneda, SA formuló alegaciones en el escrito de 8 de octubre de 1993, en el que interesa la delegación del amparo solicitado, tras hacer las siguientes manifestaciones: No existe dato objetivo alguno vinculado al sexo revelador de la desvalorización pretendida. Nada tienen que ver, ni en semejanza, ni en valor los trabajos descritos en los distintos puestos laborales que se incardinan en las categorías profesionales de producción (amasador, batidor, troquelador, hornero, tolvero, etc.) con las funciones de las categorías del subgrupo de empaquetado y envasado, que tan sólo se limitan a recoger y empaquetar el producto a mano, o contemplar su operación realizada por una máquina. En cuanto al personal masculino que realiza funciones de envasado cobrando como de producción, se ha de precisar que esto ocurre con el turno de noche, en que no existe personal femenino y, por consiguiente, no puede existir discriminación por razón de sexo cuando no hay distintos sexos en el citado turno sobre el que puedan establecerse las premisas discriminatorias. Por otra parte, esta treintena de trabajadores efectúan la terminación de labores en marcha y puntas de producción actuando de hecho todos para todo, lo que obliga, dada su variabilidad de puestos y funciones, a retribuirles como personal de producción.

7. En escrito presentado el 14 de octubre de 1993 la representación de la recurrente vuelve a insistir en sus argumentos exhibidos en su demanda en favor de la estimación del amparo. Reitera que en la declaración de hechos probados no consta que exista un sistema objetivo de evaluación de tareas que permita establecer un factor objetivo neutro que justifique el trato sala-

rial peyorativo para las mujeres, la diferencia salarial que la empresa intentó justificar a través de la existencia de un sistema de valoración de puestos de trabajo que dentro del proceso quedó acreditado y evidenciado que ésta sólo y exclusivamente servía para determinar en cada caso el cobro o no de la prima y el importe de la misma y que ésta era percibida por varias mujeres o por varios hombres con importantes variables, sin que la citada valoración fuera utilizada como elemento en la determinación de la retribución salarial básica que es donde se produce el tratamiento peyorativo para las mujeres. Por último, señala que cuando se produce la intercambiabilidad del personal de los departamentos, el tratamiento salarial peyorativo para la mujer permanece.

8. El Ministerio Fiscal evacuó su trámite de alegaciones en escrito de 18 de octubre de 1993, interesando el otorgamiento del amparo. A su juicio, la determinación de si se ha producido o no discriminación por razón de sexo debe estudiarse no sólo en base al binomio a igualdad de trabajo igualdad de salario, sino a los parámetros de igual valor de los trabajos y al hecho acreditado de que tradicionalmente a los hombres se les coloca en un trabajo mejor remunerado que el de las mujeres. Estas diferencias no han sido tenidas en cuenta en las sentencias impugnadas. No sólo las diferencias en el trabajo no han quedado suficientemente acreditadas ni se ha justificado el mismo valor de los trabajos (como indica la STC 145/1991, fundamento jurídico 4.º), sino que, de hecho, se ha colocado tradicionalmente a las mujeres en trabajos menos remunerados que a los hombres y se las ha infravalorado en su trabajo, como lo demuestra el que, cuando los hombres han trabajado en el grupo de empaquetado, han cobrado como los que trabajan en producción (sentencia impugnada, hecho 4.º), mientras que las mujeres, cuando han trabajado en el grupo de producción, han sido remuneradas como si su trabajo se hubiera realizado en el grupo de empaquetado (hecho 3.º). No está, por consiguiente, justificado que el convenio colectivo, en tales circunstan-

cias, señale mayor salario para los trabajos de producción y menor para los de acabado, porque ello, dada la situación fáctica existente en la empresa, en definitiva, se traduce en un tratamiento desigual para hombres y mujeres en detrimento de éstas es decir supone un tratamiento desigual por razón de sexo. De la doctrina contenida en la STC 145/1991 citada, así como de la que se recoge en las SSTC 81/1982, 98/1983 y 38/1984, entre otras, se deduce con naturalidad esta consecuencia.

9. Por providencia de 15 de septiembre de 1994 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 de septiembre del mismo año, quedando concluida el día de la fecha.

Fundamentos jurídicos:

1. El presente Recurso de Amparo se articula contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Social de Palencia y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que declaran la inexistencia de discriminación por razón de sexo en la inferior retribución que percibe el personal femenino ocupado en el departamento de envasado, empaquetado y acabado, con respecto del personal masculino integrado en el departamento de producción. La demandante de amparo imputa a las referidas resoluciones vulneración del art. 14.1 CE por un doble orden de razones: en primer lugar, porque no se ha aplicado la regla de la inversión de la carga de la prueba, a pesar de la sospecha probada de existencia de un motivo discriminatorio, y en segundo lugar, porque de los indicios probados -la feminización del departamento segregado y la asignación de un menor nivel retributivo, la percepción de un salario base superior por los varones que en turno de noche realizan tareas del departamento feminizado (hecho probado 4.) y la remuneración inferior que perciben las cuatro mujeres ocupadas en el sector masculinizado de producción (hecho probado 3.)- se desprende que existe una discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

2. La primera de las denunciadas infracciones no puede prosperar, dado que si la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia descarta la existencia de discriminación salarial justificando la diferencia de trato en la desigualdad de las tareas realizadas entre los trabajadores de los diferentes sexos objeto de comparación atendido el criterio de la equivalencia, es posible deducir que se ha cumplido la regla de la inversión de la carga probatoria, porque sólo a partir de una premisa fáctica articulada por la empresa, el órgano judicial ha podido apreciar la inexistencia de discriminación. Al empresario, en virtud de la referida regla, sólo es exigible que desvirtúe la presunción con base en motivos ajenos a todo propósito discriminatorio por razón de sexo. Eso es lo que habrá hecho, porque de lo contrario no hubiera llevado al ánimo del juzgador la convicción de que la diferencia retributiva entre el sector ocupado por hombres y el sector feminizado pueda ser explicado por consideraciones ajenas al sexo.

Así las cosas, la cuestión no es de prueba, sino de valoración de las circunstancias apreciadas para excluir el efecto discriminatorio, partiendo de que, conforme resulta probado, el departamento de producción, integrado casi en su totalidad por hombres, recibe un salario base diario superior que el departamento de envasado, preferentemente integrado por mujeres, y que determinadas mujeres que trabajan en producción cobran como si prestasen servicios en el sector de empaquetado.

3. Para comprobar si esta diferencia peyorativa para las mujeres es o no conforme al mandato del art. 14.1 CE, no basta -como ha declarado este Tribunal en la STC 145/1991- con comprobar la corrección formal de las diferencias salariales entre departamentos contenida en el convenio colectivo. Ha de tomarse en consideración además, el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona.

Debe destacarse que el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no sólo cuando existe identidad de trabajo sino -en consonancia con las reglas interpretativas sobre esta materia emanadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y asumidas, vía art. 10.2 CE, por este Tribunal- cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor.

Así, para excluir la existencia de discriminación retributiva entre categorías o departamentos segregados sexualmente y con niveles retributivos distintos, el criterio de comprobación no puede ser la identidad formal de las tareas, sino la igualdad de valor del trabajo. No es suficiente con constatar que se realizan tareas desiguales. Es preciso comprobar que dicha desigualdad no enmascara la infravaloración de trabajos de igual valor; esto es, que no se basa en el mayor valor atribuido al trabajo realizado por el sector masculino de la producción.

De otro lado, en esa valoración del trabajo, se han de tener en cuenta criterios de evaluación que, por sí mismos, no sean discriminatorios. Debe evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, basados en atributos igualmente predicables de ambos géneros. Todo ello porque la prohibición de discriminación por razón de sexo se ignora también cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que se han tomado en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos (STC 58/1994). En este sentido, no se puede hacer uso, salvo para supuestos muy específicos en que sea elemento determinante de aptitud, del criterio del mayor esfuerzo físico porque se corresponde única y exclusivamente con un estándar de trabajo varón y carece de la exigida neutralidad (STC 145/1991).

De ahí que, cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basado en el sexo y tal invocación se realice preci-

samente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE.

4. Por lo pronto debe precisarse que la cuestión litigiosa se refiere exclusivamente a la diferencia salarial entre el personal femenino encuadrado dentro de determinado grupo y el personal masculino encuadrado en un grupo profesional diferente, y que las sentencias reconocen la notable diferencia de funciones entre uno y otro grupo. Es cierto que el sistema de adscripción departamental del personal responde a una división de trabajo basada en el sexo, que no tiene su origen en el convenio colectivo sino en una práctica inveterada de adscripción del personal masculino o femenino preferentemente a alguno de los dos departamentos objeto de comparación. Las tareas de producción están reservadas a los hombres a excepción de cuatro, mientras que las mujeres prestan servicios en el departamento de envasados, que tiene asignado un nivel retributivo inferior.

Es muy posible que en la génesis de esa segregación profesional de trabajadores estuviera presente una vez más la idea preconcebida de la fortaleza física y cierta debilidad de la mujer en relación con el varón (STC 229/1992); pudiendo a partir de ese prejuicio explicarse que las tareas típicamente de producción, en tanto que supuestamente requieren un mayor esfuerzo físico, se encomienden exclusivamente a varones, y que las de envasado o empaquetado, que exigen comparativamente mayor destreza manual, sean asignadas a las mujeres en función de su supuesta mejor predisposición a este tipo de funciones. Esta distinción constituye una percepción bastante anacrónica y nada objetiva que responde más a un

estereotipo que a diferencias reales, naturales o biológicas.

En principio, no debe haber impedimento físico alguno para que el personal femenino del departamento de envasado no pueda desempeñar los puestos de trabajo ocupados por los hombres. Dada la naturaleza técnica y mecanización de ambos procesos, el esfuerzo físico no constituye - como pone de manifiesto el Tribunal Superior - un elemento de relevancia para el desarrollo de las tareas de producción.

Sin embargo, lo que está en cuestión en el proceso de origen y en este proceso constitucional no es la corrección de ese reparto de tareas. Como acertadamente razona la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, ese reparto diferenciado de tareas no fue objeto de debate ni corresponde a la posible discriminación salarial, sino a la igualdad en el acceso al trabajo, en cuanto exista un obstáculo infundado al pase a uno u otro sector, o a la comunicabilidad de los sexos entre ambos. Pero esto es un problema que no puede resolverse a través de una pretensión de discriminación salarial, en tanto no se cumpla el necesario presupuesto de la existencia de un trabajo de igual valor.

Centrado el debate exclusivamente en la discriminación salarial, y no cuestionada esa división sexista de tareas (cuya corrección, por lo demás, difícilmente podría obtenerse directamente del amparo constitucional, en lo que no fueran obstáculos formales para la intercambiabilidad de funciones entre los sexos, y para lo que el sindicato actor tiene siempre abierta la vía de la contratación colectiva), lo que está en juego en este proceso constitucional es exclusivamente si la diferencia salarial entre ambos grupos o departamentos constituye una discriminación por razón de sexo contraria al derecho reconocido en el art. 14 CE.

5. El Tribunal Superior de Justicia considera justificada la diferencia retributiva existente en el salario base entre el personal

de producción y el de envasado, en que la fabricación o elaboración de los productos alimenticios impone en quienes vienen ocupados en ellos una atención rigurosa y destreza en la preparación de mezclas y dosificación de componentes, acabado de las masas, manejo de troquelado o moldeado y observancia de puntos de cocción que conlleva una peculiar responsabilidad, que legitima la superior retribución -por otra parte de pequeña relevancia- frente al personal de la misma categoría ocupado en tareas de envasado o empaquetado, igualmente mecanizado, pero que conlleva dosis menores de concentración y responsabilidad.

En principio, no puede decirse que lo alegado por el empresario y aceptado por el Tribunal no sea un argumento válido para explicar la diferencia salarial en perjuicio del personal de envasado. En efecto, como se puede comprobar, unos y otros trabajadores tienen asignadas tareas muy distintas. En el departamento de producción, las funciones de los trabajadores varones están vinculadas con la creación del producto y manipulación de las materias primas, mientras que en el departamento de envasado la función consiste en la recogida y empaquetado del producto. Por otra parte, el análisis del valor del trabajo asignado se ha realizado sobre criterios neutros, vinculados a cualidades poseídas indistintamente por cualquiera de ambos sexos. El esfuerzo físico, en cuanto rasgo de actividad que suele proyectarse sobre ciertas tareas para justificar la contratación de hombres no ha sido valorado, y sí se han tomado en consideración sin embargo, otros elementos - como la adecuación, destreza, concentración responsabilidad-, que son predicables de cualquiera de los dos sexos. Está claro que el sólo uso de estos criterios no prejuzga la absoluta corrección del análisis del valor del trabajo. Aún debe hacerse una evaluación justa de tales criterios que no es nada fácil, al tener que partir de conceptos por sí mismos indeterminados y sobre realidades dispares. Y en este sentido es muy probable que se haya apreciado adecuadamente la

mayor implicación de los comunes atributos en las tareas de producción. No es irrazonable pensar que es más acusada la exigencia de la destreza o la concentración en el sector de producción que en el de empaquetado, tal como estima el Tribunal. En todo caso, no hay una sobrevaloración de los citados criterios en la categoría predominantemente masculina.

6. Ahora bien, no puede pasarse por alto, el dato objetivo incorporado fehacientemente al relato histórico de la sentencia, de que los varones cuando desempeñan las tareas propias del sector femenino, en horario nocturno al que sólo acuden los varones, son retribuidos conforme al salario previsto para las categorías masculinas, y que, sin embargo, cuando la mano de obra femenina es ocupada en el sector de producción sea remunerada conforme al sector de empaquetado.

En el caso de los hombres existe un factor diferencial que justifica la retribución más alta que perciben, que es, asimismo, sexualmente neutro, cual es el trabajo en horario nocturno, que podría afectar por igual a hombres y mujeres.

Sin embargo, por lo que afecta a las mujeres que trabajan en la sección de producción, nada hay que justifique el inferior salario que perciben en relación con los hombres compañeros de dicha sección. El sexo es el único motivo para la diferenciación de trato, ya que las mujeres no recibirían el peor trato económico que reciben de no ser mujeres.

Es cierto que las diferentes funciones previstas para un departamento u otro pueden no enmascarar trabajos de igual valor, pero esa desigualdad pierde toda razonabilidad para justificar la diferencia retributiva desde el momento en que no es tomada en consideración para las trabajadoras que, prestando servicios en la sección de producción, cobran la retribución básica correspondiente a la de empaquetado. Aquí resulta que trabajos idénticos o de igual valor (según los criterios neutros aportados por la empresa y manejados

por los órganos judiciales) no son retribuidos con igual salario. Nos hallamos, así, ante una discriminación indirecta, donde la cobertura formal -la adscripción de estas trabajadoras al sector de empaquetado- oculta la realidad judicialmente comprobada de la desigualdad de trato entre quienes desarrollan un mismo trabajo.

A la vista de cuanto antecede, hemos de concluir que las resoluciones judiciales, si bien no han observado conducta omisiva alguna en la tutela de los derechos fundamentales de las trabajadoras representadas en amparo que trabajan en la sección de empaquetado al desestimar la pretensión de equiparación salarial, no han aplicado, sin embargo, debidamente el art. 14 CE ni la doctrina de este Tribunal sobre la desigualdad salarial al declarar inexistente la discriminación salarial en el caso de las trabajadoras que realizan su trabajo en el sector de producción.

Para el restablecimiento de las recurrentes en la integridad de su derecho, se habrá de reconocer el derecho de estas trabajadoras adscritas al departamento de envase, empaquetado y acabado, a percibir la diferencia salarial correspondiente en relación al salario base, es decir, la diferencia que perciben los trabajadores con idénticas categorías adscritos al departamento de producción con quienes la desigualdad de trato no obedece a criterios técnicos racionales desvinculados de toda consideración del sexo.

Fallo:

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

Ha decidido

Estimar parcialmente el amparo solicitado y, en consecuencia:

1. Reconocer a las trabajadoras adscritas al departamento de empaquetado que trabajan en el departamento de pro-

ducción el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo en materia salarial.

2. Declarar la nulidad parcial de la Sentencia de 22 de octubre de 1992, del Juzgado de lo Social de Palencia (autos 739/1992), y de la Sentencia, de 21 de diciembre de 1992, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Valladolid) (recurso núm. 2533/1992).
3. Declarar el derecho de las trabajadoras del departamento de envase, empaquetado y acabado incluidas en el departamento de producción, a percibir el salario base en la misma cuantía que el asignado a los trabajadores adscritos al departamento de producción.

Publíquese esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid, a veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.- Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.- Fernando García-Mon y González-Regueral.- Carlos de la Vega Benayas.- Vicente Gimeno Sendra.- Pedro Cruz Villalón.- Firmado y rubricado.

STC 147/1995,

de 16 de octubre de 1995

Tipo de recurso:

Recurso de amparo contra Sentencia de 2 febrero 1993 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, revocatoria en suplicación de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Guipúzcoa, que estimando la demanda de las ahora recurrentes en amparo declaró su derecho a no ser discriminadas por razón de sexo y condenó a la empresa al cese inmediato en su conducta discriminatoria: se aduce por la parte recurrente en amparo que la sentencia al tener en cuenta el esfuerzo físico exclusivamente resulta discriminatoria y refleja infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: existencia: otorgamiento de amparo.

Disposiciones estudiadas:

- Art. 14 de la Constitución Española
- Art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores

Antecedentes:

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 5 de marzo de 1993, doña Africa Martín Rico, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del Sindicato Ezker Sindikalaren Kordinakundea-Coordinadora Unitaria de Izquierda Sindical (ESK-CUIS), interpuso demanda de amparo constitucional contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 2 de febrero de 1993, que estima el recurso de suplicación promovido por la empresa «Gomaytex, SA», contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Guipúzcoa, dictada en procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

2. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

- a) El Sindicato recurrente en amparo (ESK-CUIS), en nombre y representación de veinticinco trabajadores, presentó demanda de protección jurisdiccional de derechos fundamentales frente a la empresa «Gomaytex, SA», solicitando que se declarase que sus representadas son objeto de discriminación por razón de sexo en sus retribuciones.
- b) Las veinticinco trabajadoras prestan sus servicios en la empresa «Gomaytex, SA», con la categoría de oficiales de primera y segunda de actividades complementarias en las secciones de envasado y control estadístico, en las que trabajan exclusivamente mujeres.
- c) Junto a estas dos secciones, existen en la fábrica otras tres: la de mezclas, la de desmoldeado y la de bombos de satinado, en las que trabajan exclusivamente hombres con las categorías de oficiales especialistas de segunda o tercera profesionales de la industria, que perciben un salario superior al de las trabajadoras de actividades complementarias.
- d) El Juzgado de lo Social núm. 2 de Guipúzcoa dictó sentencia estimando la demanda y declarando la vulneración del derecho de las demandantes a no ser discriminadas por razón de ser mujeres y condenando a la empresa al cese inmediato en su conducta discriminatoria. Se da como hecho probado que, aunque los trabajos que se hacen en unas y otras secciones son diferentes, su valoración, teniendo en cuenta los factores de conocimiento, habilidad manual, esfuerzo mental, visual y físico, es similar en conjunto en los casos de los puestos existentes en mezclas, desmoldeado y control estadístico (13 puntos), siendo levemente inferior en los puestos de envasado (12 puntos) y ligeramente más bajo en los de bombos de satinado (11 puntos). A partir de ahí, razona el Juez, que el valor del trabajo realizado por los varones en las secciones dedicadas a la fase inicial (mezclas) e intermedia (moldeadores y bombos de satinado) del proceso productivo, y el desempeñado por las demandantes en las secciones dedicadas a la fase final del ciclo (control estadístico y envasado), no guarda relación con la diferencia retributiva, siendo la auténtica razón de la misma la condición de varón o mujer de quienes tradicionalmente desempeñan estas actividades.
- e) Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima, mediante Sentencia de 2 de febrero de 1993, el recurso y revoca la sentencia de instancia. Argumenta que la separación por sexos constituye una manifestación de la adscripción originaria de las mujeres a labores menos penosas, que requieren menos esfuerzo físico y que se desarrollan en horas diurnas, frente a los quehaceres de los varones, caracterizados por la mayor penosidad y esfuerzo físico y por la necesidad de realizarlo también en horas nocturnas. Asimismo señala que no se ha acreditado que la empresa se haya opuesto a que accedan las mujeres a los grupos atendidos por varones, y que el mantenimiento de las diferencias obedece a una efectiva distinción de funciones laborales, es decir, a una adecuada y justa retribución diferente, compensadora de las desigualdades de las funciones de cada sección.
3. En su demanda de amparo denuncia la organización sindical vulneración del art. 14 CE. Aduce que el trabajo desarrollado por los hombres en las tres secciones en que lo hacen y las mujeres en las otras dos, aunque diferente, es de igual valor. Sólo dos trabajadores de una sección tra-

bajan de noche cobrando por ello el plus de nocturnidad, los demás trabajan a dos turnos, igual que las mujeres. Los trabajos realizados por los hombres en general de las tres secciones no requieren más esfuerzo físico que el desarrollado por las mujeres, Tener en cuenta el esfuerzo físico exclusivamente -como lo hace la sentencia de la Sala- resulta discriminatorio y refleja infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino.

Las trabajadoras nunca han podido acceder a las secciones de mano de obra directas, en las que trabajan hombres y están mejor remuneradas. Existe, por tanto, además de una discriminación indirecta salarial por realizar un trabajo de igual valor, una directa derivada de la imposibilidad de acceder a determinados puestos de trabajo de mano de obra directa que no exigen cualificación especial.

Interesa, por todo ello, la nulidad de la sentencia impugnada y la declaración consiguiente de firmeza de la sentencia de instancia.

4. Por providencia, de 4 de octubre de 1993, la Sección Tercera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, así como, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, requerir de la Sala de lo Social del Tribunal Superior y del Juzgado de lo Social la remisión de la certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, y el emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso para su comparecencia en este proceso constitucional.

5. Mediante providencia, de 16 de diciembre de 1994, la Sección Cuarta tuvo por personado y parte en el procedimiento a la Procuradora doña Isabel Fernández-Criado Bedoya en nombre y representación de «Gomaytex, SA», acusó recibo a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y al Juzgado de lo Social núm. 2 de Guipúzcoa de las actuaciones remitidas, y, finalmente, dió vista de las mismas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común

de veinte días, para la presentación de alegaciones.

6. El escrito de alegaciones de la demandante de amparo, presentado en el Juzgado de Guardia el día 19 de enero de 1994, tuvo entrada en este Tribunal el día siguiente. En él se reproducen los argumentos vertidos en la demanda y se solicita la estimación de la demanda de amparo.

7. El día 19 de enero de 1994 presentó su escrito de alegaciones la representación de «Gomaytex, SA», instando la desestimación del recurso de amparo. A su juicio, falta en el supuesto de hecho de esta litis el requisito exigible de identidad de trabajo que justifique la identidad de salario. Las actoras ostentan categorías distintas y realizan funciones también diversas respecto de los trabajadores. En las secciones donde están los trabajadores se exige un gran esfuerzo físico y se realizan turnos rotativos de mañana, tarde y noche. Además la política retributiva es fruto de pactos en la empresa.

8. El Ministerio público presentó su escrito de alegaciones el día 24 de enero de 1994, interesando de este Tribunal la estimación del amparo solicitado. Tras una exposición de hechos y de la doctrina constitucional, alega que la sentencia impugnada reconoce dos extremos esenciales. De un lado, la existencia de un distinto trato salarial entre trabajadores y, de otro, que la clasificación laboral que padecen es una manifestación de la adscripción originaria de las mujeres a labores menos penosas que requieren menos esfuerzo físico y que se desarrollan en horario diurno. Ni una ni otra razón son de recibo y deben rechazarse en el contexto de las SSTC 145/1991 y 229/1992. Ese mismo rechazo puede extenderse a la afirmación de que nada impide el traslado a otro puesto de trabajo si lo solicitaron las trabajadoras, ya que las características que apunta la Sentencia, dureza física y nocturnidad, así parecen dificultarlo, en principio según la propia Sentencia. Otro elemento diferencial que ahonda la dife-

rente retribución laboral, estriba en que los trabajadores varones de la misma categoría profesional cobran el mismo salario aunque efectúen tareas diferentes, en tanto que las trabajadoras, aunque tengan la misma cualificación profesional de los varones reciben un salario inferior, diferencia retributiva que la sentencia justifica en que realizan trabajos diversos, criterio que a la vista de lo anterior se nos antoja como formalista y desproporcionado. Finalmente y en cuanto al pacto convencional no discutido por las trabajadoras, tampoco debe ser obstáculo a la concesión del amparo, como bien recoge la ya citada STC 145/1991, in fine. La consecuencia última de todo lo anterior es que el amparo debe prosperar. La retribución salarial de las trabajadoras en la empresa de autos no debe diferenciarse de la de los trabajadores que efectúan trabajos de contenido similar, y cuya diferenciación no permite el distinto y peyorativo trato retributivo. De no corregirse esa situación, persistiría una discriminación por sexo de tipo indirecto, contraria al artículo 14 CE, y anudadas en concepciones empresariales y sociales bien ajenas a la realidad social y constitucional actual.

9. Por providencia de 9 de octubre de 1995, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 16 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos:

1. El sindicato Ezker Sindikalaren Kordinakundea, Coordinadora Unitaria de Izquierda Sindical (ESK-CUIS) promueve, en nombre de veinticinco trabajadoras de la empresa «Gomaytex, SA» (Guipúzcoa), recurso de amparo contra la Sentencia de Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco, de 2 de febrero de 1993, por no haber reparado la vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE que supuestamente padecen las trabajadoras, al percibir una retribución inferior a la de los varones, pese a realizar un trabajo de igual valor.

Es un hecho indiscutido que las secciones en que desarrollan su trabajo las trabaja-

doras presuntamente discriminadas, concretamente envasado y control estadístico con categorías de oficial primera y oficial segunda de actividades complementarias, están ocupadas casi exclusivamente por personal femenino y que existe una diferencia retributiva en el salario hora abonado a las mujeres y el percibido por los hombres que en su práctica totalidad trabajan en las secciones de mezclas, moldeo y bombos de satinado con las categorías, como oficiales de primera, segunda o tercera profesionales de la industria.

Aunque su pretensión fue aceptada por el Juez de instancia, la sentencia del Tribunal Superior ha estimado justificada la diferencia retributiva atendiendo al carácter paccionado de la norma y a la diferencia de funciones desarrolladas en unas y otras Secciones, así como a las especiales condiciones, señaladamente la mayor penosidad y esfuerzo físico, amén de la nocturnidad en algún caso, requeridas para realizar las tareas que integran cada fase del proceso productivo desarrollado por personal masculino.

Se trata, pues una vez más, de determinar si el diferente valor atribuido al trabajo prestado en las secciones en las que, de hecho, sólo trabajan varones frente al desempeñado en las secciones en las que, de hecho, sólo trabajan mujeres responde a circunstancias objetivamente acreditadas no vinculadas directa o indirectamente al sexo de los trabajadores.

2. En efecto, como hemos tenido ocasión de declarar en resoluciones precedentes, el artículo 14 CE prohíbe específicamente la discriminación por razón de sexo, sea en su expresión más tosca donde el sexo es objeto de consideración directa, sea en su vertiente más sutil y común, la que tiene lugar bajo la apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios, pero que encubren consecuencias perjudiciales para un grupo social determinado, generalmente femenino (STC 145/1991). Este principio de no discriminación comporta en materia salarial que a un mismo trabajo, o,

más precisamente, a un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, debe corresponder igual retribución, lo que excluye que pueda tomarse en consideración, sea directa o indirectamente, el sexo como factor determinante de los criterios retributivos, a menos que sea un elemento de idoneidad o aptitud profesional para el desempeño de una tarea que posee un valor propio y específico.

En los supuestos en que la diferencia salarial aparece cubierta por una asignación diversa de categorías, es claro que no basta con constatar la desigualdad de las tareas realizadas. Las exigencias de igualdad del artículo 14 CE imponen valorar si los criterios empleados para la asignación de categorías son o no discriminatorios.

Al empresario incumbe en estos supuestos la carga de probar que su práctica salarial no perjudica sistemáticamente a la categoría salarialmente infravalorada, poniendo de manifiesto los criterios que determinan una mayor retribución al sector privilegiado; lo que exige, a la postre, hacer que su sistema, retributivo sea transparente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto Danfoss, de 17 de octubre de 1989).

Al mismo tiempo, le corresponde acreditar que se ha recurrido a criterios de valoración neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de trabajadores de ambos sexos (STC 58/1994). No pueden ser considerados neutros aquellos factores o cualidades predominantemente poseídos por el género masculino, salvo que por la naturaleza del trabajo se requieran dichos factores y dicho trabajo tenga un valor específico diferenciado. En principio, por tanto, no cabe adoptar, como criterio dominante de valoración, a efectos de anudar una superior retribución, el esfuerzo físico, que se corresponde con los rasgos medios del trabajo del varón, desconociendo otras características más comunes en cuanto al impacto en los dos sexos.

3. Partiendo de estas premisas, hemos de

comprobar si en el caso enjuiciado la evaluación de las tareas llevada a cabo se ha producido con una repercusión salarial negativa en un determinado sexo, concretamente en el grupo de las veinticinco mujeres representadas aquí por el Sindicato recurrente, que verían así infravalorado el trabajo prestado en las secciones de envasado y control estadístico.

Desde la empresa se viene manifestando, al objeto de excluir cualquier sospecha de discriminación, que la desigualdad de trato tiene su origen en los pactos salariales; y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco parece haber sido receptivo a este argumento, pues también destaca que el nivel salarial se encuentra pactado entre la empresa y los trabajadores durante los últimos diez años, agregando que la estimación de la demanda representaría una modificación de estos pactos salariales.

Sin embargo, ni la tradición ni el carácter convencional de las diferencias de trato pueden erigirse en argumentos invocables frente a la discriminación. La legitimidad de la diferencia retributiva no puede basarse en una especie de adquisición del derecho mediante el transcurso del tiempo. De otra parte, tampoco justificaría la discriminación el hecho de que la misma se haya establecido en el marco de la autonomía colectiva. Como es sabido, el Convenio colectivo está obligado a respetar los derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución, incluido el artículo 14; de manera que no puede establecer de forma arbitraria e irrazonable, diferencias de trato entre situaciones iguales o equiparables (SSTC 52/1987 y 136/1987), y ciertamente una diferencia retributiva - como la que denuncian las hoy actoras-, de no estar basada en factores neutros, incurriría en discriminación contraria al orden público y a lo establecido en la Constitución.

El segundo tipo de alegaciones que por parte de la empresa se formulan a los efectos de justificar la discriminación salarial se basa -como se ha señalado- en las diferentes funciones realizadas por unos y

otras en sus respectivas secciones y en el especial esfuerzo físico requerido en el caso de los varones. El Tribunal Superior acoge estas explicaciones considerando igualmente que el mantenimiento de las diferencias salariales obedece a una efectiva distinción de funciones laborales a realizar por cada grupo de trabajadores, y a la adscripción «de las mujeres a labores menos penosas, que requieren menos esfuerzo físico y que se desarrolla en horas diurnas, frente a los quehaceres del varón, caracterizados por la mayor penosidad y esfuerzo físico y por la necesidad de realizarlo en horas nocturnas».

Se puede compartir que las funciones realizadas por los trabajadores de diferentes sexos objeto de comparación en sus respectivas secciones no son las mismas. Analizando los hechos resulta, en efecto, que poco tienen que ver, salvo que forman parte de un mismo proceso productivo, las tareas que desarrollan las trabajadoras en las secciones donde se contrata únicamente a mujeres (envasado y control estadístico) con las realizadas en las secciones reservadas a varones (mezclas, desmoldeado y bombas de satinado).

Ahora bien, esta simple constatación no nos exime de hacer un análisis de los criterios empleados para fijar el valor del trabajo realizado por las categorías de trabajadores comparadas. Ya hemos dicho en alguna ocasión anterior que la apreciación de divergencias funcionales entre los puestos de trabajo de cada una de las secciones no prejuzga en absoluto la razón por la que unas tareas -las desempeñadas predominantemente por los hombres- tengan que ser más valoradas que otras -las desempeñadas predominantemente por mujeres- (STC 58/1994). Si bajo una diversa adscripción del personal a secciones con tareas diferentes se está enmascarando una discriminación, la diferencia salarial resultante deberá considerarse contraria al artículo 14 CE.

Todo lo cual exige como presupuesto una valoración de los criterios de evaluación del trabajo. Será preciso comprobar si se

ha dado más valor a unas actividades que a otras y si se ha recurrido a factores discriminatorios, utilizando de forma injustificada, como patrón de medida, cualidades predominantemente predicables de un sexo, o, por el contrario, elementos comunes.

4. En el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia se dice que la valoración de los trabajos que se efectúan en las diversas secciones, teniendo en cuenta los factores de conocimiento, habilidad manual, esfuerzo mental, visual y físico, es globalmente similar en los casos de puestos existentes en mezclas, desmoldeado y control estadístico (13 puntos) siendo levemente inferior en los puestos de envasado (12 puntos) y ligeramente más bajo en los de bombas de satinado (11 puntos).

Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, conforme a lo alegado por el empresario, encuentra justificada la diferencia de trato atendiendo a la adscripción de las mujeres a labores menos penosas, que requieren menos esfuerzo físico y que se desarrollan en horas diurnas, destacando que la posibilidad de que las mujeres accedan a los puestos ocupados por los hombres no se halla cerrada, ni por el Convenio, ni por la empresa.

Así las cosas, se plantea una doble problemática: en primer término, habrá que dilucidar si la Sala de lo Social podía llevar a cabo ese cambio de criterio sin modificar los hechos probados y, en segundo lugar, habrá que analizar si el modo en que justifica la diferencia cumple las exigencias dimanantes del artículo 14 CE.

5. El primero de dichos problemas ha de resolverse afirmativamente. La complejidad de la determinación de lo que ha de entenderse por «hechos» frente a lo que haya de estimarse como «valoraciones jurídicas» no precisa ser subrayada, pues no hay «hechos sociales brutos» y cualquier hecho social ha de establecerse mediante el recurso a valoraciones. Por

consiguiente, en el presente caso, que el hecho probado haga referencia a una valoración no impediría, por sí mismo, la conceptualización de esa valoración como un hecho o parte de él pues, en efecto, la valoración pericial en que se funda el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia es, sin duda, un hecho. Sin embargo, su aceptación por el juzgador no lo es, sino que representa una aplicación de las normas jurídicas y, en concreto, de las prohibiciones de discriminación contenidas en los artículos 14 de la CE y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pues la valoración del trabajo puede realizarse conforme a muchos criterios -objetivos o subjetivos- y la aplicación de unos u otros es un hecho; pero la aceptación o rechazo de esos criterios desde la perspectiva de su carácter conforme o contrario a la prohibición jurídica de discriminación, constituye aplicación de los criterios constitucionales y legales que fijan cuándo son y cuándo no son discriminatorios. Que, como sucede en el presente caso, esa aceptación figure entre los hechos probados no altera su naturaleza de aplicación del derecho, revisable, por tanto, sin necesidad de modificar la relación fáctica.

6. Por consiguiente, lo que hemos de valorar exclusivamente es si los cánones utilizados por la Sala de lo Social para negar la infracción de la prohibición de discriminación son razonables desde la perspectiva constitucional, dado que los límites de esta jurisdicción impiden entrar a conocer de los hechos objeto del proceso y, sustituyendo la valoración judicial, decidir de modo inmediato si se ha producido en el presente caso, en aplicación de dichos criterios, una valoración discriminatoria. Nos vemos, pues, constreñidos a juzgar acerca de los parámetros valorativos utilizados, sin que podamos entrar en el análisis de la valoración misma.

Al existir, en el presente caso, unas diferencias salariales que coinciden de «facto» con la división por sexos, siquiera sea indirectamente, a través de los distintos puestos de trabajo, entran en juego las exigencias de la prohibición de discrimina-

ción, conforme a las que toda diferencia pasa a ser «sospechosa», a menos que se justifique que no se funda en el sexo, sino en las características del trabajo.

Para afirmar que tales diferencias se hallan justificadas desde la perspectiva constitucional, no basta la invocación abstracta de criterios diferenciales, sino que son necesarios baremos más estrictos: es preciso probar que los presupuestos materiales de dichos criterios, concurren en el caso y, más aún, el modo y la relevancia con que lo hacen -prueba que, según se dijo en la STC 58/1994, corresponde aportar al empresario- y, además, resulta necesario justificar, desde esa base fáctica, la prevalencia que se les otorga sobre otras características de las actividades laborales. Esto sentado, y a partir de que las actividades son, en efecto, distintas, la Sala de lo Social atiende a la nocturnidad, el mayor esfuerzo y la mayor penosidad del trabajo desempeñado por los hombres.

Puesto que el trabajo nocturno, por serlo, se retribuye específicamente, mal podría la mera disponibilidad para realizarlo, justificar por sí sola una mayor retribución. Sin embargo, se aduce, también, la mayor penosidad y esfuerzo físico que requieren las tareas encomendadas a los varones.

Ahora bien, en la STC 145/1991 se planteaba un tema semejante, y allí dijimos que «la utilización exclusiva e irrazonable de este criterio objetivo» -exactamente el de la mayor penosidad y esfuerzo físico- había producido «consecuencias desiguales y perjudiciales para la mujer». «Se ha partido» -añadíamos- «de una premisa no demostrada, la mayor penosidad y esfuerzo físico, dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos». Estas afirmaciones no pueden, sin embargo, desligarse del contexto en que se realizan. En ese contexto (en el que la mayor penosidad y

esfuerzo físico no se ha probado y los otros factores no han sido tenidos en cuenta y en el que resulta que tales características se adscriben a una categoría laboral -la de peón- desempeñada exclusivamente por hombres) tenía sentido afirmar que no se trataba de una categoría «neutral». Sin embargo, en abstracto, ni el mayor esfuerzo requiere, de suyo, una fuerza física «masculina», ni la «penosidad» del trabajo ha de ser, en principio, mejor tolerada por los hombres que por las mujeres, porque no exige, en todo caso, mayor resistencia muscular. Sólo cuando el esfuerzo y la penosidad se hallen unidos a la fuerza física y a la resistencia muscular podremos decir que estamos ante categorías masculinizadas y, por ende, discriminatorias.

En el presente caso, ciertamente, no concurren los indicios que, en el contemplado en la STC 145/1991 daban a la utilización de las categorías aludidas la apariencia manifiesta de un disfraz de la discriminación. La Sala de lo Social del Tribunal Superior se cuida de destacar que el acceso de las mujeres a los puestos de trabajo que ocupan los hombres está abierto y que, en algún supuesto en que la clasificación del puesto de trabajo es igual, el salario es, también, el mismo.

Pero, lo cierto es que no se ha probado que los criterios usados para justificar la diferencia salarial fuesen, en efecto, neutrales, aplicando al caso concreto los conceptos de «esfuerzo» y «penosidad» de modo no vinculado al diferente sexo de los trabajadores.

A ello se añade que tampoco se han ponderado esos factores con los demás concurrentes en los respectivos puestos de trabajo, con lo que la valoración efectuada por el empresario y confirmada por la Sala, lejos de resultar objetiva y «transparente» (STC 58/1994), no logra desvanecer la apariencia discriminatoria que, con razón, le atribuye el Sindicato recurrente.

Por tanto, ha de concluirse que la sentencia impugnada vulnera las exigencias

dimanantes de la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE).

Fallo:

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

Ha decidido

Estimar el amparo solicitado y, en consecuencia:

- 1.º Reconocer el derecho de las trabajadoras de «Gomaytex, Sociedad Anónima», adscritas a las secciones de envasado y control estadístico, el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo en materia salarial.
- 2.º Declarar la nulidad de la Sentencia, de 2 de febrero de 1993, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso núm. 1761/1992).

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

Dada en Madrid, a dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y cinco.-José Gabaldón López.-Fernando García-Mon y González-Reguerual.-Rafael de Mendizábal Allende.-Julio Diego González Campos.-Carles Viver Pi-Sunyer.-Tomás S. Vives Antón.-Firmado y rubricado.

STC 183/1998,

de 17 de octubre de 1998

Tipo de recurso

Recurso de amparo contra Sentencia de 14 junio 1996 de la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria de la suplicación interpuesta contra sentencia de 14 abril 1994 del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, desestimatoria de la demanda por reclamación de cantidad: las recurrentes en amparo alegan discriminación por razón de sexo. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: inexistencia: denegación de amparo.

Disposiciones estudiadas

- Artículo 14 de la Constitución Española
- Artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional

Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 31 de julio de 1996, la representación procesal de las recurrentes solicitó el amparo del que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2. La demanda se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

- a) Las demandantes de amparo trabajaban en la sección de envasado de la empresa "Avon Cosmetics, SA". Por las razones y en los términos que se detallan más adelante en la letra e), las ahora quejas interpusieron demanda por reclamación de cantidad, parte de ellas el 17 de diciembre de 1993 (procedimiento núm. 1048/1993) y las restantes el 21 de enero de 1994 (procedimiento núm. 20/1994). Tras acumularse ambos procedimientos, la pretensión fue desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid de 14 de abril de 1994. Interpuesto recurso de suplicación

contra la anterior sentencia, fue igualmente desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el día 14 de junio de 1996.

- b) Con anterioridad, el comité de empresa de "Avon Cosmetics, SA", había promovido procedimiento de conflicto colectivo contra la empresa sobre discriminación salarial por razón de sexo de las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados. La demanda fue estimada por la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid de 2 de septiembre de 1988. La sentencia apreció que el llamado "complemento personal Avon" percibido por las trabajadoras de la sección citada era discriminatorio por razón de sexo, pues realizaban un trabajo de igual valor que el de los trabajadores de la sección y, sin embargo, el complemento de las trabajadoras tenía una cuantía inferior. La sentencia de la Magistratura de Trabajo fue impugnada en suplicación por la empresa, siendo estimado el recurso por la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 19 de abril de 1989, al apreciar que se trataba de un conflicto de intereses y no jurídico, por lo que su conocimiento le estaba legalmente vedado. La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo fue recurrida en amparo por el comité de empresa, siendo estimado el amparo por la STC 145/1992, de 13 de octubre. Esta sentencia declaró que el Tribunal Central de Trabajo había vulnerado el derecho a la tutela judicial proclamado en el art. 24.1 CE, por lo que declaró la nulidad de la sentencia y ordenó retrotraer las actuaciones del recurso de suplicación al momento inmediatamente anterior al de dictarse sentencia, a fin de que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como sucesora del extinto Tribunal Central de Trabajo, dictara nueva sentencia resolviendo el cita-

do recurso de suplicación. Así lo hizo, finalmente, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, que desestimó el recurso de suplicación y confirmó la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988.

- c) Por Acuerdo de 23 de julio de 1992 entre la dirección de "Avon Cosmetics, SA", el comité de empresa y los delegados sindicales, se pactó en expediente de regulación de empleo la extinción de los contratos de trabajo de ciento treinta y un trabajadores, entre los que se encontraban las demandantes de amparo. Se acordó una indemnización de cincuenta y tres días de salario por año de servicio, más 500.000 pesetas brutas. El acuerdo fue homologado por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid el día 27 de julio de 1992, produciéndose la extinción de los contratos con efectos del día 31 de julio de 1992. En su cláusula 9, el Acuerdo establecía que, "en el supuesto de que alguno de los trabajadores afectados por la presente extinción de contratos tuviera el día de causar baja en la compañía, y con independencia de la firma de su correspondiente recibo de saldo y finiquito, algún litigio o reclamación judicial pendiente de sentencia firme con "Avon Cosmetics, SA", y ésta le resultase favorable a sus pretensiones, la empresa abonará el importe de tal sentencia en el momento de producirse ésta".

El acuerdo entre la dirección, el comité de empresa y los delegados sindicales de "Avon Cosmetics, SA" de 23 de julio de 1992 no fue impugnado, como tampoco lo fue la homologación administrativa del Acuerdo. El posterior día 31, las demandantes de amparo firmaron recibo de saldo y finiquito.

- d) Con fundamento en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados reclamaron determinadas diferencias salariales. Las demandas de las trabajadoras cuyo contrato se había extinguido en virtud del Acuerdo de 23 de julio de 1992, alcanzado en el expediente de regulación de empleo, fueron parcialmente estimadas por las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de 20 de abril de 1993, y del Juzgado de lo Social núm. 4 de Madrid, de 5 de mayo de 1993. Otras trabajadoras de la empresa dedujeron demandas ante los Juzgados de lo Social núms. 16 (procedimientos 972/1989, 586/1990 y 587/1990) y 27 (procedimientos 413/1991 y 620/1991) de Madrid.

Por providencia de 10 de mayo de 1993, el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid requirió a "Avon Cosmetics, SA", para que procediera a dar cumplimiento en sus estrictos términos a la sentencia de la (entonces) Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992.

El 11 de junio de 1993, la dirección de la empresa, por un lado, y, por otro, determinadas trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados y antiguas trabajadoras de la sección de envasado - algunas de ellas ahora solicitantes de amparo - alcanzaron un acuerdo, en virtud del cual, y en lo que aquí importa, se declaraba que las antiguas trabajadoras de la sección de envasado percibirían 8.500 pesetas mensuales desde el mes de marzo de 1988 hasta el 31 de julio de 1992, esto es, 569.500 pesetas. Como consecuencia de lo anterior, las trabajado-

ras desistían de los procedimientos pendientes ante los Juzgados de lo Social núms. 16 y 27 de Madrid, incluidos los que estuvieran pendientes de sentencia, y se comprometían a no entablar nuevos procedimientos judiciales. El Acuerdo, que como ha quedado dicho afectaba a trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados y a antiguas trabajadoras de envasado, hacía referencia a la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, a las Sentencias de la Sala de lo Social de Madrid, de 15 de diciembre de 1992 y 20 de abril y 5 de mayo de 1993, a la providencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, de 10 de mayo de 1993 y, en fin, a los procedimientos pendientes ante los Juzgados de lo Social núms. 16 y 27 de Madrid. El Acuerdo afirmaba tener como finalidad poner término a los procesos judiciales pendientes y ejecutar la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988.

e) Como se ha anticipado más arriba en la letra a), el 17 de diciembre de 1993 (procedimiento núm. 1048/1993) y el 21 de enero de 1994 (procedimiento 20/1994) las solicitantes de amparo formularon demanda por reclamación de cantidad contra "Avon Cosmetics, SA". Alegaban que las indemnizaciones recibidas como consecuencia del Acuerdo de 23 de julio de 1992, alcanzado en el seno del expediente de regulación de empleo, eran discriminatorias por razón de sexo, toda vez que habían utilizado como módulo el salario bruto de 1992 y ese salario había sido declarado discriminatorio por razón de sexo por la Sentencia de la (entonces) Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992. Las demandas alegaban que, al haberse pactado en el Acuerdo de 11 de junio de 1993 que las trabajadoras

de la sección de envasado percibirían 8.500 pesetas mensuales desde marzo de 1988 hasta el 31 de julio de 1992, ello debía ser tenido también en cuenta en las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo a fin de que aquellas indemnizaciones no incurrieran a su vez en discriminación por razón de sexo. Con fundamento en lo anterior las demandas reclamaban una indemnización para las ahora demandantes de empleo que oscilaba entre las 298.496 pesetas y las 444.013 pesetas.

En el acto del juicio, las demandantes alegaron que el Acuerdo de 11 de junio de 1993 se hizo para zanjar los procedimientos y las diferencias salariales pendientes, sin que el pacto se proyectara sobre las indemnizaciones. En ese mismo acto, "Avon Cosmetics, SA" alegó que el procedimiento que dio lugar a la Sentencia de la (entonces) Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, y a la STC 145/1992, se refería únicamente a las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados y las actoras pertenecían a la sección de envasado. Alegó asimismo la empresa que si las actoras no estaban conformes con el módulo del salario de 1992 sobre el que se calcularon las indemnizaciones podían haberlo impugnado. Y, finalmente, que todas las actoras habían firmado recibo de saldo y finiquito, que las cantidades reclamadas por las actoras coincidían materialmente con las 500.000 pesetas que les fueron entregadas como consecuencia del Acuerdo de 23 de julio de 1992 adoptado en el procedimiento de regulación de empleo, y que el Acuerdo de 11 de junio de 1993 se refería a todas las reclamaciones pendientes.

f) La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de 14 de abril de 1994, desestimó las demandas presentadas por las ahora solicitantes de amparo, que habían sido acumuladas (procedimientos 1048/1993 y 20/1994).

La Sentencia razona que la anterior Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, se refería únicamente a las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados y no a las de la sección de envasado en la que prestaban sus servicios las demandantes. Tales sentencias no son de aplicación a las actoras -afirma la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid- por lo que no cabe afirmar que aquéllas tenían procedimiento judicial pendiente alguno el día 31 de julio de 1992, lo que en otro caso permitiría examinar si les era de aplicación la cláusula 9 del Acuerdo de 23 de julio de 1992 a pesar de que firmaron recibos de saldo y finiquito. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid admite que el art. 14 CE contiene derecho necesario, pero -prosigue el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid-, si las demandantes consideraban que su retribución era discriminatoria por razón de sexo, como lo era la de las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados afectadas por las Sentencias de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, tenían que haber impugnado por medio de la acción correspondiente esa retribución, como sí lo hicieron las trabajadoras de la sección citada. Pero ocurre -concluye el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid- que tal acción no fue ejercida.

- g) La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid de 14 de abril de 1994, fue recurrida en suplicación por las solicitantes de amparo.

El recurso pretendía, de un lado, revisar determinados hechos probados de la sentencia de instancia, y, de otro, examinar la infracción del art. 14 CE, en relación con el art. 17 y del art. 3. 5 ET. En lo que aquí importa, la primera revisión de los hechos declarados probados pretendía acreditar

que, frente a lo que declaraba la sentencia de instancia, parte de las demandantes (las del procedimiento núm. 1048/1993) sí tenían pendientes demandas por discriminación salarial por razón de sexo, concretamente los procedimientos núms. 972/1989, 586/1990 y 587/1990, pendientes de sentencia ante el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid. Se pretendía, en segundo lugar, añadir un nuevo hecho probado tendente a acreditar, respecto de las trabajadoras de la sección de envasado, que el Acuerdo de 11 de junio de 1993, tanto en la cantidad a percibir de 8.500 pesetas mensuales, como en lo referente al desistimiento del procedimiento pendiente ante el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, se ceñía a diferencias salariales y no contenía referencia alguna a las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo acordadas en el expediente de regulación de empleo. Finalmente, y por lo que hace al examen de la infracción de normas sustantivas, el recurso alegaba que en el acto del juicio la empresa no puso en duda que la discriminación sufrida por las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados se reproducía con las trabajadoras de la sección de envasado. En todo caso, con el Acuerdo de 11 de junio de 1993, la propia empresa extendió los efectos de la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, a las demandantes, que prestaban sus servicios en la sección de envasado, sin importarle que hubieran firmado recibos de saldo y finiquito. Y si el salario de las trabajadoras de la sección de envasado era discriminatorio, también lo serán indiscutiblemente las indemnizaciones calculadas sobre aquellos salarios.

"Avon Cosmetics, SA", impugnó el recurso de suplicación. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó este recurso el 14 de junio de 1996. Se rechaza la primera revisión de hechos declarados probados pretendida, toda vez que, con independencia de que alguna de las recurrentes hubieran promovido procedimientos por reclamación de diferencias salariales, el procedimiento del

que conoció el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid era diferente y, en todo caso, la demanda origen de este último procedimiento se presentó con posterioridad a la terminación de aquellos primeros procedimientos y a la ejecución de las sentencias recaídas en los mismos. El Tribunal Superior de Justicia rechaza, seguidamente, la segunda revisión solicitada de los hechos declarados probados por carecer de relevancia para el resultado final de la litis. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia rechaza las infracciones de las normas sustantivas alegadas, entre ellas la del art. 14 CE. Y ello, en primer lugar, porque el objeto del procedimiento no es el mismo que el resuelto por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, confirmatoria de la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988. En el presente caso -razona el Tribunal Superior de Justicia- se pretende variar por una vía indirecta la indemnización percibida como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo de las recurrentes y que fue pactada en el Acuerdo de 23 de julio de 1992, adoptado en expediente de regulación de empleo y homologado por Resolución administrativa. Estos pactos -prosigue el Tribunal Superior de Justicia- han de analizarse en su globalidad y si las recurrentes los aceptaron sin manifestar oposición alguna durante su gestación, consintiendo y dejando firme la Resolución administrativa, suscribiendo los correspondientes recibos de saldo y finiquito sin dejar fuera el tema que ahora impugnan, el órgano judicial califica de inadmisibles que, pudiendo y en su caso debiendo impugnar la indemnización convenida alegando discriminación por razón de sexo, las trabajadoras, tras adoptar una actitud concluyente de aceptación, intenten ahora variar en su favor, en un procedimiento independiente, extemporáneamente y con olvido absoluto de su anterior aquietamiento, lo que admitieron antes libre y voluntariamente.

3. El amparo se solicita contra esta última Sentencia de la Sala de lo Social del

Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 1996, a la que se imputa la vulneración del art. 14 CE.

La demanda afirma querer demostrar, de un lado, que el Acuerdo de 23 de julio de 1992, en lo que a la indemnización pactada se refiere, es discriminatorio por razón de sexo, por lo que resulta parcialmente nulo; y, de otro, que la firma del recibo de saldo y finiquito no puede ser obstáculo que impida otorgar lo reclamado por las demandantes de amparo.

Las quejas sostienen que la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 14 CE, en relación con el art. 17 ET. Si su salario en 1992, en el momento de la firma del Acuerdo de extinción de sus contratos de trabajo, era discriminatorio, es igualmente discriminatoria la indemnización calculada sobre dicho salario. En consecuencia, el Acuerdo de 23 de julio de 1992, por el que se pone fin al expediente de regulación de empleo era nulo en cuanto al cálculo de indemnización de las mujeres, puesto que el módulo salarial empleado era discriminatorio. Ni la sentencia del Tribunal Superior de Justicia recurrida, ni la del Juzgado de lo Social, se pronuncian sobre el carácter discriminatorio de la indemnización, ya que desestiman la demanda y el posterior recurso por el valor liberatorio del documento del finiquito. Para las demandantes, este documento estaría afectado de nulidad parcial, toda vez que se está renunciando a un derecho fundamental, como es el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Lo mismo que la autonomía colectiva no puede establecer regulaciones discriminatorias por razón de sexo, tampoco lo puede hacer la autonomía individual por medio del recibo de saldo y finiquito, sin que se pueda reprochar a las actoras, como hace la sentencia recurrida, que no hicieran reserva de sus derechos constitucionales. En definitiva, el finiquito que ampara una indemnización discriminatoria contiene una causa nula, torpe, que anula su valor liberatorio. Lo acordado en el documento de saldo y finiquito, aun cuando se haga con libre consentimiento, no

puede tener validez si es contrario a la Constitución y al derecho necesario.

No cabe aplicar aquí la doctrina de los actos propios. El Acuerdo de 23 de julio de 1992, adoptado entre la empresa y el comité de empresa en el seno del expediente de regulación de empleo no puede sanar la discriminación salarial consistente en que si el salario era discriminatorio, igualmente lo será una indemnización que ha sido calculada sobre aquel salario. En el Acuerdo de 11 de junio de 1993, adoptado tras la firma de los finiquitos, la empresa no encontró obstáculo para abonar a las trabajadoras, no sólo las concretas diferencias salariales reclamadas ante los Tribunales, sino las diferencias que van desde la interposición de la demanda de conflicto colectivo (marzo de 1987) hasta la extinción de sus contratos de trabajo (31 de julio de 1992). Por lo demás, la demanda sostiene que es aplicable al caso la prohibición de transigir o renunciar a los derechos reconocidos por sentencia que establece el actual art. 245 LPL, que no es sino un reforzamiento de la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por disposiciones legales de Derecho necesario (art. 3.5).

4. Por providencia de 27 de enero de 1997, la Sección Primera, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.5 LOTC, acuerda conceder un plazo de diez días a la representación procesal de las recurrentes a fin de que dentro de dicho término presente una certificación acreditativa de la fecha de notificación de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid impugnada, a efectos del cómputo del plazo establecido en el art. 44.2 LOTC.

Tras recibirse la certificación requerida, la Sección, por providencia de 24 de febrero de 1997, acuerda admitir a trámite la demanda de amparo y, de conformidad con lo dispuesto por el art. 51 LOTC, requerir a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid para que en el plazo de diez días remitan,

respectivamente, testimonio del recurso de suplicación núm. 4407/1994 y de los autos núms. 1048/1993 y 20/1994 acumulados, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de las recurrentes en amparo, para que en el plazo de diez días puedan comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de la demanda presentada.

5. Por providencia de 28 de abril de 1997, la Sección acuerda tener por recibidos los testimonios de las actuaciones solicitados, tener por personado y parte al Procurador de los Tribunales don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en nombre y representación de la entidad "Avon Cosmetics, SA", y, de conformidad con lo dispuesto por el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo, en la Secretaría de la Sala, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a los Procuradores señores Millán Valero y Rodríguez Muñoz, para que dentro de dicho término puedan presentar las alegaciones que a su derecho convengan.

6. Por escrito registrado en el Tribunal el 27 de mayo de 1997, la representación procesal de las recurrentes ratifica la demanda de amparo.

7. El mismo día 27 de mayo de 1997, la representación procesal de la entidad "Avon Cosmetics, SA" presenta su escrito de alegaciones.

Se argumenta, en primer lugar y como cuestión procesal previa, que la demanda incumple el requisito de haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, establecido en el art. 44.1 b) LOTC. Tras dictarse la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, las recurrentes formalizaron directamente la demanda de amparo, sin interponer previamente, como deberían haber hecho, recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, la empresa alega que la demanda de amparo parte de un dato inexistente, cual es el de que en la fecha en que se alcanzó el Acuerdo de 23 de julio de 1992 los salarios de las actoras habían sido declarados discriminatorios por los Tribunales, por lo que la indemnización calculada sobre los mismos también lo era. Y ello no es así, pues sólo habían sido declarados discriminatorios los salarios de las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados. Las demandantes de amparo no habían deducido pretensión alguna conducente a la obtención de una declaración judicial de que sus salarios eran discriminatorios, sino que reclamaron posterior y directamente contra la cuantía de las indemnizaciones establecidas en el Acuerdo de 23 de julio de 1992. Probablemente, las demandantes de amparo no interpusieron demanda por discriminación de sus salarios, porque cuando el 17 de diciembre de 1993 (algunas de ellas el 21 de enero de 1994) reclamaron contra las indemnizaciones percibidas la acción ya había prescrito, toda vez que sus contratos de trabajo se habían extinguido el 31 de julio de 1992, por lo que había transcurrido más de un año. Pero el caso es que, si no se ejerce una acción, los Tribunales no pueden obviamente entrar a juzgar sobre la misma, con la consecuencia de que no cabe imputar lesión alguna del art. 14 CE a las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de 14 de abril de 1994, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 1996.

El escrito de alegaciones de la empleadora insiste en que, como declara la sentencia recurrida, la pretensión de las actoras tenía como finalidad variar en más y por vía indirecta la cantidad fijada en el Acuerdo de 23 de julio de 1992, lo que no resulta admisible, compartiendo en este sentido los argumentos manejados por la sentencia recurrida en amparo. La empleadora afirma que la indemnización es un concepto distinto del salario, siendo doctrina judicial consolidada que el módulo salarial que se ha de utilizar para calcular las indemnizaciones de los expedientes

de regulación de empleo es el existente en la fecha en la que tiene lugar el cese, sin que resulte posible revisar aquellas indemnizaciones. Si las recurrentes querían revisar las indemnizaciones fijadas en el expediente de regulación de empleo pudieron y debieron hacer reserva expresa o manifestar su expresa oposición en el momento de la firma del finiquito, en vez de consentir la percepción de las indemnizaciones acordadas el 23 de julio de 1992 y mostrar su aquiescencia a este Acuerdo; también podían haber combatido y no dejar firme la resolución administrativa que homologó el citado Acuerdo de 1992.

Finalmente, este escrito de alegaciones rechaza que se pueda tomar en consideración el Acuerdo de 11 de junio de 1993, alegado en la demanda, toda vez que el Tribunal Constitucional ha de partir de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida y aquel Acuerdo es un hecho nuevo que no aparece reflejado ni contenido en las sentencias de Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid impugnadas en amparo. Otra cosa produciría indefensión a "Avon Cosmetics, SA".

"Avon Cosmetics, SA", solicita, en suma, que se desestime la demanda de amparo por falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial, al no haberse interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina. Y, subsidiariamente, que, si se entra en el fondo de la demanda, se deniegue el amparo solicitado.

8. El Ministerio Fiscal presenta su escrito de alegaciones el 29 de mayo de 1997.

Plantea como cuestión previa si la demanda cumple el requisito de haber agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC]. Seguidamente, tras citar las SSTC 145/1991 y 147/1995, afirma que la prohibición de discriminación por razón de sexo (arts. 14 CE y 17 ET) se proyecta sobre la indemnización percibida como consecuencia de la extinción de la relación laboral, sin que sea óbice para su

impugnación que la indemnización se haya establecido por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores adoptado en el seno de un expediente de regulación de empleo. Tampoco sería relevante que la indemnización hubiera sido asumida voluntariamente por los trabajadores de forma expresa o que fuera consecuencia de una tácita renuncia, por cuanto en materia laboral existe el principio de irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores reconocidos por disposiciones legales de Derecho necesario, como lo son, sin duda, los arts. 14 CE y 17 ET. En consecuencia, un finiquito que contuviera una indemnización discriminatoria podría ser impugnado y declarado nulo.

Ocurre, sin embargo, que para el Ministerio Fiscal no nos encontramos ante una situación de esta índole. En el presente supuesto se pactó y aceptó inicialmente una fórmula igualitaria de indemnización para todos los trabajadores. Posteriormente -afirma el Ministerio Fiscal- se declaró que un grupo de trabajadoras estaba percibiendo un salario discriminatorio, por lo que la indemnización anteriormente recibida fue considerada finalmente discriminatoria. Ha sido, pues, una estimación posterior la que ha apreciado la discriminación.

Los demandantes de amparo no impugnan la extinción contractual, ni que la indemnización percibida supere de forma notoria los mínimos legales, ni que la fórmula para su cálculo fuera idéntica para todos los empleados; lo que pretenden es recibir más dinero -afirma el Ministerio Fiscal-, como consecuencia de la posterior declaración en firme de que el salario que habían percibido era discriminatorio, habiendo sido este salario el tenido en cuenta en la fórmula pactada utilizada para determinar la indemnización resultante de la extinción contractual. El Ministerio Fiscal señala que los demandantes, en el momento de la firma del finiquito, tenían interpuesto un procedimiento de reclamación salarial, habiendo obtenido sentencia favorable a sus pretensiones, aunque no

fuera firme. Con estos antecedentes, en el acuerdo se estableció una reserva específica sobre el carácter no liberatorio del finiquito en relación con las diferencias salariales que estuviesen en discusión entre empresa y trabajador. Todos los trabajadores, y no sólo las demandantes de empleo, firmaron sus correspondientes finiquitos, sin hacer reserva alguna sobre la aplicación del salario que se les pudiera reconocer (como consecuencia de las demandas interpuestas) a las indemnizaciones derivadas de las extinciones contractuales, indemnizaciones notablemente superiores a las legalmente establecidas e incluso a las que corresponden al despido improcedente. En definitiva -concluye el Ministerio Fiscal-, no estamos en presencia de una indemnización impugnada por discriminatoria, sino ante la pretensión de aumentar dicha indemnización, al haber acaecido posteriormente hechos que las partes conocían y habían podido tener en cuenta; se pretende, en suma, despojar al finiquito de su fuerza liberatoria y de renuncia a toda acción futura.

Por todo lo expuesto, el Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso de amparo.

9. Por providencia de 16 de septiembre de 1998, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 17 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se interpone contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14 de junio de 1996, que desestimó el recurso de suplicación frente a la Sentencia del día 14 de abril de 1994, del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid. Se les imputa a estas resoluciones judiciales la vulneración del art. 14 CE. Se alega que la indemnización acordada en favor de las ahora quejas en el Acuerdo de 23 de julio de 1992 es discriminatoria por razón de sexo: Si el salario percibido por las demandantes en 1992 era discriminatorio por motivo de sexo,

igualmente lo será una indemnización calculada sobre dicho salario discriminatorio.

El objeto del presente proceso constitucional consiste, pues, en determinar si las sentencias recurridas en amparo han incurrido o no en una violación del art. 14 CE, al haber aceptado y hecho suya la lesión supuestamente cometida por el Acuerdo de 23 de julio de 1992 a la hora de fijar las indemnizaciones pactadas en el expediente de regulación de empleo.

2. Con carácter previo, debemos examinar si la demanda de amparo cumple o no el requisito de agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC], cuyo incumplimiento denuncia la empresa «Avon Cosmetics, SA», y el Ministerio Fiscal. Tanto la empresa como el Fiscal entienden que las demandantes de amparo debían haber interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 14 de junio de 1996.

La objeción procesal debe ser rechazada. Reiteradamente hemos dicho que la especial naturaleza del recurso de casación para la unificación de doctrina -recurso no sólo extraordinario sino excepcional, condicionado legalmente a rígidos requisitos de admisión (por todas, STC 89/1998)- determina que «no sea preceptiva siempre su interposición para dar por agotada la vía judicial previa» (STC 332/1994). Por el contrario, su formalización se impone únicamente cuando «no quepa duda respecto de la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponerlo, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo (SSTC 337/1993, 347/1993, 354/1993, 377/1993, 132/1994 y 140/1994)» (STC 93/1997). Además, «no basta con alegar la abstracta procedencia del recurso de casación para la unificación de doctrina», sino que «corresponde a la parte que pretende hacer valer su no interposición, como motivo de inadmisibilidad de la demanda, acreditar la posibilidad de recurrir en esta extraordina-

ria vía, absteniéndose de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso (...), pues es claro que la diligencia de la parte para la tutela de su derecho ante los Tribunales ordinarios no alcanza a exigirle, a priori, la interposición de recursos de dudosa viabilidad» (STC 210/1994).

En el presente supuesto, ni el Ministerio Fiscal ni la empresa «Avon Cosmetics, SA», acreditan la procedencia y posibilidad real y efectiva de interponer recurso de casación para la unificación de doctrina. Si el Ministerio Fiscal se limita a hacer una invocación de que en principio cabía interponerlo, la empresa «Avon Cosmetics, SA», por su parte, incurre en la contradicción de sostener que debía interponerse el recurso, toda vez -dice- que la demanda de amparo se apoya en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 1992, para seguidamente afirmar que esta última sentencia y las recurridas en amparo examinan y resuelven supuestos diferentes.

En todo caso, no resulta posible apreciar que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, y la sentencia del mismo Tribunal recurrida en amparo sean contradictorias entre sí, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, ni que ambas sentencias hayan llegado a pronunciamientos distintos en méritos a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (art. 217 LPL).

Debe recordarse, en este sentido, que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, declaró que el salario -concretamente el llamado «complemento personal Avon»- percibido por las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados era discriminatorio por razón de sexo, mientras que la sentencia recurrida en amparo parte precisamente de que no tenía el mismo objeto que el procedimiento resuelto por la

Sentencia de 15 de diciembre de 1992, toda vez que las demandantes (trabajadoras de otra sección de la empresa) no alegaban la discriminación por razón de sexo de su salario -concretamente, de su «complemento personal Avon»-, sino que discutían la compatibilidad con el art. 14 CE de la indemnización percibida según el Acuerdo de 23 de julio de 1992.

3. Despejado el camino para proceder al examen del fondo del asunto, debemos dejar claro, antes de nada, que el examen de las actuaciones acredita que la demanda de amparo parte de un dato que no se corresponde con la realidad. La demanda sostiene que la indemnización acordada en favor de las demandantes en el Acuerdo de 23 de julio de 1992 es discriminatoria por razón de sexo, pues se calculó sobre un salario -el percibido por las actoras en 1992- que incurría en esta discriminación, afirmándose en la demanda presentada ante el Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid que el carácter discriminatorio por razón de sexo del salario había sido declarado por la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992.

Este último dato es el que no se corresponde con la realidad. Ninguna de las dos sentencias últimamente citadas habían declarado discriminatorio por razón de sexo el salario percibido por las demandantes de amparo. Como precisa la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de 14 de abril de 1994, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 1996, la anterior Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada a su vez por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992, se refería únicamente a las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados y no a las de la sección de envasado en la que

prestaban sus servicios las demandantes de amparo. No cabe decir, en consecuencia, que el salario percibido por estas últimas había sido declarado discriminatorio por razón de sexo por los Tribunales laborales, toda vez que éstos habían declarado discriminatorio únicamente el salario percibido por las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados.

Con estos hechos ciertos, desde la perspectiva del art. 14 CE no cabe reprochar a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de 14 de abril de 1994 (confirmada por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 1996), que desestimara una demanda que se fundaba en un dato irreal, cual era que el salario de las ahora demandantes de amparo había sido declarado discriminatorio por razón de sexo por los Tribunales laborales. Un fundamento fáctico de aquella demanda carente de la mínima apoyatura en la realidad. Precisamente, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Madrid, de 14 de abril de 1994, reprocha a las actoras que, si entendían que su salario era discriminatorio por razón de sexo, debían haber ejercido la correspondiente acción ante los Tribunales laborales, lo que no hicieron. Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 14 de junio de 1996, les censura que no impugnaran en su día el Acuerdo de 23 de julio de 1992, en el que se pactaron las indemnizaciones que ahora combaten.

4. La demanda de amparo se apoya en el Acuerdo de 11 de junio de 1993, afirmando que del compromiso allí adoptado por la empresa se deduciría el carácter discriminatorio del salario percibido por las demandantes de amparo. En esta misma línea de razonamiento, en el recurso de suplicación interpuesto por las ahora quejas se afirmaba que con el Acuerdo de 11 de junio de 1993 la propia empresa extendió a aquéllas los efectos de la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada por la Sentencia de la

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992; se trata de un argumento insuficientemente fundamentado, carente de pruebas, pero con el que se desvela que las demandantes de amparo eran conscientes de que estas sentencias no les afectaban, al ceñir sus efectos a las trabajadoras de la sección de almacén de productos terminados.

Al firmarse el Acuerdo de 23 de julio de 1992, los salarios de las quejas, trabajadoras de la sección de envasados, no habían sido declarados discriminatorios. Este enjuiciamiento sólo se había proyectado sobre los salarios de las trabajadoras de la sección de productos terminados. Las ahora recurrentes en amparo no ejercitaron acción alguna para obtener un pronunciamiento judicial acerca del presunto carácter discriminatorio de sus salarios. Fue posteriormente, y transcurrido más de un año desde la extinción de sus contratos de trabajo, cuando impugnan la cuantía de las indemnizaciones.

No es descartable que el salario -concretamente el «complemento personal Avon»- percibido por las demandantes de amparo acaso fuera discriminatorio por motivo de sexo. Y, si así fuera, en principio habría que darles la razón cuando alegan que una indemnización calculada sobre un salario que incurre en discriminación por motivo de sexo es igualmente discriminatoria. Pero este Tribunal no puede resolver sobre la base de meras conjeturas o sospechas, sino que necesita certezas claras, manifiestas, evidencias. Y, con preferencia a este requisito ineludible, la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo impide que este Tribunal se pronuncie sobre algo sobre lo que no pudieron pronunciarse los Tribunales laborales, lo que fue debido a la propia inactividad de las demandantes de amparo, quienes no dieron la oportunidad a los órganos jurisdiccionales del orden social para que decidieran sobre el carácter discriminatorio del salario y del llamado «complemento personal Avon» percibido por las solicitantes de amparo.

En consecuencia, no resulta posible apreciar que las sentencias aquí impugnadas hayan incurrido en discriminación por motivo de sexo al no haber declarado que las indemnizaciones pactadas en el Acuerdo de 23 de julio de 1992 eran discriminatorias. La pretensión se fundaba en que estas indemnizaciones se calculaban sobre un salario que supuestamente había sido declarado discriminatorio por la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 19 de Madrid, de 2 de septiembre de 1988, confirmada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de diciembre de 1992. Pero, como se ha visto, este último es el dato que no se corresponde con la realidad, siendo la propia pasividad de las demandantes de amparo lo que impidió que existiera la eventual declaración judicial de que el salario percibido por ellas era discriminatorio por razón de sexo.

Cuanto acabamos de decir y argumentar nos conduce derechamente a la desestimación del amparo solicitado.

Fallo:

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.- Alvaro Rodríguez Bereijo.-Vicente Gimeno Sendra.-Pedro Cruz Villalón.-Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Pablo García Manzano.-Firmado y rubricado.

2. IGUALDAD DE TRATO EN EL ACCESO AL EMPLEO Y EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

STC 317/1994,

de 28 de noviembre de 1994

Tipo de recurso:

Recurso de Amparo contra Sentencia de 10-4-1992 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, que, en suplicación, confirma la Sentencia de 11-7-1991 del Juzgado de lo Social núm. 16, dictada en reclamación de cantidad: la recurrente en amparo imputa a las resoluciones recurridas que, en base a una inadecuada interpretación del alcance de la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 de la CE, le han negado el derecho a una indemnización por rescisión de contrato de trabajo con ocasión de su matrimonio, que le venía reconocida en el art. 56 de la Ordenanza Laboral de Seguros de 14-5-1970. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: inexistencia: denegación de amparo.

Disposiciones estudiadas:

- Artículo 56 de la Ordenanza laboral de sociedades de seguros de 14 de abril de 1970
- Artículos 3 y 5 de la Directiva 76/207/CEE sobre igualdad de hombres y mujeres en el acceso al empleo
- Artículos 1, 10 y 14 de la Constitución Española
- Artículo 5 de la Convención de

Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 18 de diciembre de 1979

Antecedentes:

1. Por escrito registrado el 2 de junio de 1992, el Procurador de los Tribunales, don Roberto Granizo Palomeque, interpone, en nombre y representación de la Asociación de Previsión Social para Residencias de Pensionistas Ferroviarios, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de abril de 1992, que confirma la del Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid, de 11 de julio de 1991, dictada en reclamación de cantidad.

2. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

- a) Doña Josefa Penades García Izquierdo, al contraer matrimonio en enero de 1991, solicitó al amparo del art. 56 de la Ordenanza Laboral de Seguros, la rescisión de su contrato laboral y la indemnización correspondiente de 6.061.523 pesetas.

En la referida Ordenanza Laboral, de 14

de mayo de 1970 (art. 56) se establecía lo siguiente:

"El personal femenino afectado por esta Ordenanza, al contraer matrimonio, tendrá derecho a optar:

- 1) Continuar su trabajo en la empresa.
- 2) Rescindir su contrato, con percibo de una indemnización consistente en tantas mensualidades de su sueldo como años de servicio haya prestado a la empresa, contándose a este efecto como año completo la fracción superior a seis meses, con límite máximo de doce mensualidades.

Renunciando al percibo de esta indemnización podrá reservarse el derecho a reingresar en la empresa, habiendo vacante en su categoría, si lo solicita pasado un año y antes de transcurrir cinco años desde la fecha de rescisión de su contrato.

Sin embargo, al personal femenino ingresado con anterioridad al 1 de junio de 1959, que contraiga matrimonio, se le reconoce el derecho a percibir como indemnización tantas mensualidades de sueldo como años de servicio haya prestado a la empresa, pero quedar en situación de excedencia forzosa con derecho a reingresar en caso de incapacidad o fallecimiento del marido, ocupando la primera vacante que se produzca en su categoría, siempre que lo solicite dentro de los seis meses siguientes.

Este mismo derecho se reconoce al personal femenino ingresado entre el 1 de junio de 1959 y el 1 de enero de 1962, con limitación de la indemnización a un máximo de doce mensualidades."

La solicitud de la hoy actora fue rechazada por su empresa, Asociación de Previsión Social para Residencia de Pensionistas Ferroviarios.

- b) Presentó demanda, en vía judicial, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 16 de Madrid en Sentencia de 11 de julio de 1991,

razonando que, como el art. 56 de la Ordenanza Laboral sólo establecía el beneficio indicado para las mujeres, era discriminatorio.

- c) Disconforme, la actora recurrió en suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por Sentencia de 10 de abril de 1992, confirmó la sentencia del Juzgado, reiterando que el privilegio que se reclama es nulo por inconstitucional.

3. En la demanda de amparo, la recurrente denuncia vulneración de los arts. 14 y 24.1 de la CE, por cuanto estima que cuando un precepto favorece sólo a las mujeres y discrimina a los hombres la interpretación constitucional del principio de igualdad no conlleva que el derecho haya de ser suprimido, sino el que haya de reconocérselo a los hombres. Afirma que este Tribunal en todos los supuestos en que ha estimado que alguna norma jurídica suponía un efecto discriminatorio, la solución que ha dado no es entender que la norma sea nula, por tanto, ineficaz, sino que es nula la discriminación, esto es el hecho de que un determinado derecho se reconozca y conceda a un sexo y al otro no, considerando anulado ese efecto y, por tanto, entendiendo su aplicación al sexo discriminado. Para avalar su tesis cita entre otras la STC 68/1991. Concluye señalando que el que no se haya realizado esta interpretación, conduce a esta parte a la privación de un derecho que tendría reconocido, vulnerándose de esta manera el art. 14 de la CE y, además, el art. 24.1 CE, en la medida en que no se ha hecho una interpretación razonable del art. 14 CE.

Interesa, por ello, la nulidad de las dos sentencias dictadas en vía judicial y el reconocimiento del derecho de la recurrente a percibir la indemnización señalada.

4. Por providencia de 15 de junio de 1992, la Sección Segunda de la Sala Primera acordó conceder un plazo de diez días al solicitante de amparo para que acreditase mediante certificación expedida por el

Secretario del Tribunal la fecha de notificación de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Recibida la certificación, la Sección, mediante providencia de 22 de julio de 1992, acordó admitir a trámite la demanda, así como requerir a los órganos judiciales la remisión de los autos y del recurso de suplicación, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso judicial para su comparecencia en este proceso.

5. Mediante providencia de 21 de diciembre de 1992, la Sección tuvo por recibidas las actuaciones remitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Juzgado de lo Social núm. 16, así como, por personado y parte al Procurador don José Manuel Villasante García, en nombre de la Asociación de Previsión Social para Residencias de Pensionistas Ferroviarios, y dió vista de las presentes actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y de los Procuradores Sres. Granizo Palomeque y Villasante García para que presentaran alegaciones.

6. El representante de la Asociación de Previsión Social para Residencias de Pensionistas Ferroviarios, en escrito que tuvo entrada el 15 de enero de 1993, formuló las siguientes alegaciones:

La razón de ser de la norma litigiosa (art. 56 de la Ordenanza Laboral para las Empresas de Seguros y Capitalización de 14 de mayo de 1970) consiste, tal como acertadamente aprecia la sentencia recurrida, en un privilegio reservado única y exclusivamente a la mujer (circunstancia evidente de sexo) que contrajera matrimonio (circunstancia de estado civil) que responde, sin duda, a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, configurándose, en consecuencia, como una norma protectora de la mujer casada y, por ello, constitucionalmente ilegítima.

No cabe duda de que la norma standard en régimen común de las relaciones laborales, tras la promulgación de la vigente Constitución, es la carencia de efectos

diferenciadores en el ámbito de aquellas relaciones, salvo justificación razonable de circunstancias personales del trabajador tales como el sexo y el estado civil y ello sin necesidad de recurrir a la interpretación y aplicación del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, sino por mor del mandato constitucional previsto en el citado art. 14. En consecuencia cabe afirmar que desde la entrada en vigor de la Constitución, la norma cuestionada (art. 56 de la citada Ordenanza) perdió todo su valor por la oposición al art. 14 de la Norma fundamental, solución esta que aparece como la única justificada y razonable de conformidad con los principios constitucionales y con la propia realidad social del tiempo en que se aplica la norma.

La satisfacción de la pretensión deducida de la parte demandante, ahora recurrente, tampoco podría lograrse mediante la inaplicación de la norma en cuestión que mantiene un privilegio únicamente en favor de las mujeres, no tanto como norma discriminatoria sino como norma protectora, mediante la extensión de este privilegio a los hombres, lo que implicaría quebrantar la letra y el espíritu de la norma cuestionada que, como declara la sentencia recurrida, reserva única y exclusivamente dicho privilegio a las mujeres con evidente intención y acotación gramatical.

Generalizar dicho privilegio implicaría crear una norma nueva cuya formulación no podría hacerse sino en términos absolutamente inciertos, carente de la más mínima justificación social y que subvertiría los principios básicos de las relaciones laborales actuales de interdicción de la discriminación por razón de circunstancias personales del trabajador tales como el estado civil.

Tampoco puede admitirse la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que en el presente supuesto litigioso se han dictado sucesivas sentencias desestimatorias suficientemente razonadas y fundamentadas, tanto por parte del Juzgado de lo Social como por la Sala de lo Social

del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Interesa, por todo cuanto antecede, la delegación del amparo solicitado.

7. En escrito presentado el 20 de enero de 1993, la representación de la recurrente se reitera en lo ya manifestado en su demanda.

8. El Ministerio Fiscal, que evacuó su trámite de alegaciones el 26 de enero de 1993, solicitó la estimación del amparo por entender que las resoluciones judiciales han vulnerado el art. 14 CE. A la luz de la doctrina contenida en las SSTC 128/1987 y 28/1992, considera que lo que debe determinarse es si el art. 56 de la Ordenanza Laboral aplicable es o no una norma protectora y si su finalidad es la de amparar las situaciones de desigualdad de partida de la mujer trabajadora, pretendiendo lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón.

A su juicio, el citado art. 56 de la Ordenanza intenta corregir una situación de desventaja laboral y de empleo de la mujer sociológica e histórica respecto del trabajador varón. La ratio de ese precepto no anda lejos de las situaciones de excedencia forzosa por razón de matrimonio incluso con constitución de dote que el Tribunal Constitucional ha corregido debidamente entre otras en las SSTC 241/1988 y 148/1990. La norma analizada permite a la trabajadora optar entre continuar trabajando o rescindir el contrato en las condiciones previstas en el núm. 2 y párrafos siguientes del citado art. 56. El privilegio, como lo califica la sentencia de instancia, que ahora se le niega a la actora, frente a los trabajadores varones parece evidente que se concede en atención a la dificultad notoria, la Encuesta de Población Activa lo sigue demostrando, que una mujer trabajadora y casada puede tener para obtener nuevo empleo. En modo alguno puede entenderse que esa norma obedezca a una ratio de mero privilegio proteccionista respecto de la

mujer trabajadora. Aunque nacida en una época en la que proliferaron las normas de este tipo, el art. 56 no responde a esa concepción. La extensión generosa de la indemnización frente a la que le correspondería conforme al Estatuto de los Trabajadores, las condiciones regladas, si se renuncia a la indemnización, de cara a la excedencia forzosa y reingreso posterior, no hacen sino evidenciar el contexto de norma no protectora que subyace en ese precepto, y que justifica el trato discriminatorio favorable a la mujer trabajadora. Al no apreciarlo así las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el art. 14 CE en relación con el art. 9.2 CE.

9. Por providencia de 10 de noviembre de 1994 se señaló para deliberación y fallo de la presente sentencia el siguiente día 14 del mismo mes y año, fecha en que dió comienzo la misma habiendo finalizado en el día de hoy.

Fundamentos jurídicos:

1. Aunque la actora imputa a las resoluciones impugnadas la vulneración de los arts. 14 y 24.1 CE, la demanda pone de manifiesto que, en realidad, el reproche de inconstitucionalidad se reduce a uno sólo: la pretendida vulneración del art. 14 CE, derivada de una inadecuada interpretación del alcance de la prohibición de discriminación contenida en dicho precepto, en virtud de la cual se le ha negado el derecho a una indemnización por ruptura del contrato con ocasión de su matrimonio que le venía reconocida en el art. 56 de la Ordenanza Laboral de Seguros. Claro es que la denunciada infracción del art. 24.1 CE sólo tiene origen en esta fundamental discrepancia interpretativa, que, como tal, no puede considerarse en modo alguno amparada por el derecho a la tutela judicial. Procede, pues, analizar la cuestión planteada desde la sola perspectiva del art. 14 CE, habiendo de quedar orilladas las escasas consideraciones hechas con base en el art. 24.1 CE al carecer de dimensión autónoma y no constituir más que formas redundantes de aproximación al problema debatido.

2. En el art. 14 CE se enuncia una serie de factores de desigualdad que el constituyente ha considerado, a priori, inadmisibles, por contrariar la dignidad humana, en línea con lo dispuesto en el art. 10 CE, y en numerosos tratados internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos. El sexo o género de la persona es uno de esos factores; de ahí la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, que exige una justificación reforzada cuando pretenda basarse en su sola consideración una diferencia de trato [por todas, SSTC 128/1987; 241/1988; 148/1990; 145/1991, entre otras]. Ahora bien, la consideración del sexo como factor diferencial plantea peculiaridades específicas, pues, generalmente en la prohibición de discriminación por este motivo la mujer resulta ser el sujeto protegido [STC 229/1992, fundamento jurídico 2].

Como este Tribunal ha afirmado la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (STC 128/1987, fundamento jurídico 5.º). Este arraigo social histórico de la conducta prohibida es el que impone que, cuando se invoca el art. 14 CE, no baste con apreciar si, objetivamente y en abstracto, se implanta un determinado trato de favor en beneficio de los sujetos potencialmente destinatarios del mismo, cuando el beneficio en cuestión se atribuye atendiendo a alguno de los factores prohibidos de discriminación.

Es preciso, también, analizar la función del pretendido privilegio, para evitar el riesgo de que su apariencia favorable oculte un resultado contrario a la igualdad sustancial, con la que se encuentra directamente relacionada la prohibición de discrimina-

ción. La necesidad de valorar teleológicamente las normas protectoras, o aparentemente protectoras, de la mujer como trabajadora, ya ha sido puesta de manifiesto por la doctrina de este Tribunal (STC 128/1987, fundamento jurídico 6.º) y se deduce explícitamente de normas internacionales, particularmente orientadas a perfilar el alcance de la prohibición de discriminación por sexo. De este modo, por su carácter intrínsecamente discriminatorio, se imponen a los Estados por ellos vinculados -a todos los órganos del Estado- la necesidad de prestar una particular atención a la fundamentación de las medidas tutelares de la mujer, cuando, siendo contrarias al principio de igualdad de trato, el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser [Dir. CEE 76/207, de 9 de febrero, arts. 3.2 C y 5.2 C].

Esta premisa requiere, pues, para valorar la legitimidad de la medida una doble constatación:

- a) Que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato, es decir, y utilizando la terminología de un tratado internacional de importancia básica en la materia, el Convenio 111 de la OIT, que (no) tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación [art. 1.1 a) de los colectivos discriminados.
- b) Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, y que no sean admisibles en cuanto, a través de este instrumento, consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona. En esta línea, el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (Boletín Oficial del Estado 21 de marzo 1984), reitera la necesidad de que los Estados firmantes adopten las medidas necesarias para modificar los patrones socio-culturales de conducta de

hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en funciones estereotipadas de hombres y mujeres [art. 5 a)]. Asimismo y en idéntico sentido, este Tribunal consideró discriminatorias las normas protectoras que perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina, partiendo de presupuestos como la inferioridad física o, por lo que ahora interesa, de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares de parte de la mujer (STC 128/1987, fundamento jurídico 6). Una forma de tutela, pues, que se impone con carácter general frente a toda manifestación del fenómeno.

La anterior afirmación resulta, en este caso, de una importancia singular. Precisamente porque la discriminación que se manifiesta a través de este tipo de medidas es un fenómeno social, como tal fenómeno social debe ser valorado (STC 269/1994), sin perjuicio de que, en sus manifestaciones concretas, la propia víctima pueda estar de acuerdo, o aún desear su aplicación, porque el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento que ha de serle aplicado.

3. Como se desprende de los antecedentes de esta resolución, la pretensión de la hoy actora, en el proceso del que trae causa el presente recurso, consistía en que le fuese reconocido su derecho a percibir una determinada cantidad de dinero, como contrapartida a la rescisión de su contrato de trabajo subsiguiente a su matrimonio, tal y como se le reconocía a la mujer en el art. 56 de la Ordenanza de Seguros.

La norma en cuestión, emanada en el periodo preconstitucional, respondía a una orientación normativa muy concreta, que llegó a tener expreso reflejo en las leyes

fundamentales del régimen anterior: la de liberar a la mujer casada del trabajo, facilitándole la vuelta al hogar a través de medidas que desincentivaran la permanencia en el empleo cuando contraía matrimonio. Es claro que una norma como la que ahora se considera reúne todas las características que se han descrito en el apartado anterior, como tipificadoras de una norma aparentemente protectora que ha de ser calificada como discriminatoria.

En primer lugar, produce como resultado la pérdida de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, pues incentiva la interrupción de la carrera profesional de la mujer, que queda irremediamente cortada hasta que devenga cabeza de familia, y potencia la desocupación femenina, así como la menor integración de la mujer en el mundo del trabajo (STC 128/1987, fundamento jurídico 5.º).

En segundo lugar, claramente ha perdido su razón de ser en una sociedad como la actual, y en un ordenamiento que propugna como valor superior el de igualdad (art. 1 CE), prohíbe la perpetuación o fomento de la desigualdad discriminatoria siquiera sea a través de medidas indirectas (art. 14 CE), y eleva su propósito al máximo nivel de tutela, dispensado en nuestro Derecho a los derechos fundamentales.

En atención a todo lo anterior, no puede sino llegarse a la conclusión de que la norma de la Ordenanza Laboral citada quedó derogada por la Constitución, por lo que no puede basarse en ella pretensión alguna de la naturaleza de la ejercitada por la actora, como con acierto apreciaron los Tribunales de instancia.

4. Por último, y contra lo que la parte afirma, no es posible subsanar el carácter discriminatorio de la norma mediante la extensión del pretendido privilegio a los trabajadores varones.

La actora sostiene que, en el caso, se habría producido una discriminación por omisión, consistente en la ausencia de regulación por la norma del derecho de

otros colectivos, caracterizados por el sexo (los varones), a la indemnización por ruptura del contrato de trabajo. Pero es claro que no es éste el modelo bajo el que puede encuadrarse la norma que analizamos.

Como este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, la inconstitucionalidad de una norma por omisión sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella [SSTC 74/1987; 24/1982, 45/1989, por todas]. A la vista de esta doctrina, no cabe dudar de que la argumentación de la parte es esencialmente errónea, y que no procede aplicar al caso soluciones como las adoptadas en las SSTC 103/1983, 104/1983 o 68/1991, y ello, porque, en primer lugar, no puede hallarse mandato constitucional alguno que imponga el establecimiento de incentivos para dar por terminado el contrato de trabajo con ocasión del matrimonio, y, en segundo, porque la norma que ha originado el litigio del que trae causa el presente recurso de amparo no es contraria al art. 14 CE por excluir de su texto a los varones, sino por someter a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a consolidar su expulsión del mercado de trabajo, así como a perpetuar la situación de desventaja en el acceso y el mantenimiento del puesto de trabajo característica de este colectivo. De ahí que carezca de sentido pretender la extensión de un aparente privilegio que, per se, es contrario al mandato constitucional de igualdad [STC 3/1993].

A estas consideraciones ha de añadirse, además, que, si se valora el contexto en que la norma fue emanada, la bilateralización de la medida [STC 229/1992] sólo tendría un alcance formal, que todo lo más conduciría a hacer encubierta u oculta una discriminación que, en la redacción original de la Ordenanza, era abierta.

En conclusión, para este caso, el efecto desigualatorio del precepto de la

Ordenanza, el resultado de restricción de la igualdad de oportunidades en el empleo (por utilizar la terminología del Convenio 111 de la OIT) es evidente, por lo que, su carácter discriminatorio no puede ser sanado en modo alguno sin ignorar un mandato constitucional que fuerza a erradicar de nuestro ordenamiento a la norma que lo establece. Por ello en nada yerra la resolución judicial que se abstiene de aplicarla por considerarla nula, que es una calificación irreprochable a la luz de las consideraciones anteriores.

Fallo:

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

Ha decidido

Desestimar el Recurso de Amparo.

Publíquese esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid a veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.- Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.- Fernando García-Mon y González-Regueral.- Carlos de la Vega Benayas.- Vicente Gimeno Sendra.- Pedro Cruz Villalón.- Firmado y rubricado.

**STC 16/1995,
de 24 de enero de 1995**

Tipo de recurso:

Recurso de amparo formulado contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13-12-1991, en recurso de suplicación sobre jubilación anticipada. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: inexistencia: denegación de amparo.

Disposiciones estudiadas:

- Arts. 14 y 53.2 de la Constitución Española.
- Arts. 41.1, 43.1 y 44.1, a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Antecedentes:

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal con fecha 7 de abril de 1993, el Procurador de los Tribunales don Federico Pinilla Peco, en nombre y representación de doña María Eloísa Salvador Bolado, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 13 de diciembre de 1991, en recurso de suplicación núm. 6407/1990.

2. El recurso de amparo se fundamenta en los siguientes hechos:

- a) La demandante de amparo, que ostenta la categoría de taquillera, ingresó en la empresa «FC Metropolitano de Barcelona, SA», el 22 de noviembre de 1956, y el 13 de septiembre de 1989, al cumplir cincuenta y cinco años, cuando llevaba prestados más de veinticinco años de servicios, solicitó la jubilación voluntaria de acuerdo con lo establecido al efecto en el art. 66 de la

Reglamentación de Trabajo de la Empresa, aprobada por Orden del Ministerio de Trabajo de 29 de junio de 1946 (BOE 7-10-1946), petición que le fue denegada.

- b) Con fecha 7 de noviembre de 1989 interpuso demanda, cuyas pretensiones fueron sucesivamente desestimadas; primero por el Juzgado de lo Social y más tarde por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación. De acuerdo con las resoluciones judiciales, el precepto que establece una edad diferente de jubilación voluntaria para hombres y mujeres es discriminatorio por razón del sexo y no puede ser aplicado.

- c) El recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia no fue admitido a trámite por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por falta de doctrina de contraste o de contradicción en los términos requeridos por la Ley de Procedimiento Laboral. Previamente la Sala había considerado que no procedía solicitar de oficio (art. 221 LPL) certificación de las Sentencias del Tribunal Constitucional invocadas como doctrina contradictoria por el recurrente, por no ser de las comprendidas en el art. 216 de la misma normativa procesal laboral.

3. La demanda de amparo alega que se ha producido una vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 14 de la Constitución Española, puesto que de ser discriminatorio el distinto régimen de jubilación voluntaria establecido en la norma para hombres y mujeres, la forma de corregir la discriminación no es privar al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional.

4. Mediante providencia de 14 de noviem-

bre de 1993 fue admitida a trámite la demanda, y se requirió del órgano jurisdiccional la remisión de las actuaciones, con emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción de la propia recurrente en amparo.

5. Mediante escrito presentado el 9 de diciembre de 1993, el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Avila del Hierro compareció en nombre de «FC Metropolitano de Barcelona, SA». La Sección Segunda de esta Sala Primera acordó por providencia de 20 de diciembre de 1993 dar vista de las actuaciones por término legal a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

6. La recurrente de amparo invoca en su escrito de alegaciones, presentado el 14 de enero de 1994, la doctrina del Tribunal en sus SSTC 81/1982 y 90/1983, conforme a la cual cuando subsisten desigualdades que pueden ser considerados beneficios otorgados a la mujer por una legislación preconstitucional, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional.

7. En su escrito de 17 de enero de 1994, presentado al día siguiente en el Registro del Tribunal, la representación procesal de «Ferrocaril Metropolitano de Barcelona, SA», se opone a la solicitud de amparo. El recurso es inadmisibile, puesto que se interpuso un recurso como el de casación para unificación de doctrina que en este caso era innecesario al no existir sentencias contradictorias. Por otra parte, el propio escrito de demanda reconoce el carácter discriminatorio del régimen de jubilación voluntaria reconocido en el precepto controvertido, pese a lo cual solicita que se le permita seguir beneficiándose de una mejora carente de fundamentación objetiva. La interdicción de la desigualdad de trato impide que pueda pretenderse la equiparación aplicando a los varones unas reglas previstas únicamente para mujeres,

de las que en el momento de entrada en vigor de la Constitución no eran ya beneficiarias.

8. Por su parte el Fiscal ante el Tribunal Constitucional, en sus alegaciones presentadas el día 20 de enero de 1994, señala que debe reconocerse que las resoluciones judiciales recurridas han cercenado una disposición laboral que era favorable a la mujer desde la perspectiva del art. 14 de la Constitución, por lo que de seguir el criterio expresado en la STC 128/1987 y más recientemente en las SSTC 3/1993, 109/1993 y 187/1993, el amparo debería prosperar. No obstante, el acceso a una prestación social como es la pensión de jubilación y especialmente la voluntaria no parece que pueda dar origen a un tratamiento diferenciado entre varón y mujer. Una disposición como la ahora analizada parece responder más a superados criterios de paternalismo proteccionista que a razonables criterios de favorecimiento de la promoción social de la mujer trabajadora, consideraciones que conducen a patrocinar la denegación del amparo que pretende la demanda.

9. Por providencia de 19 de enero de 1995, se señaló para deliberación y fallo de la presente sentencia el día 24 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos:

1. La pretensión de amparo se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que denegó a la recurrente la jubilación anticipada, así como contra el auto del Tribunal Supremo que denegó la admisión a trámite del recurso de casación por unificación de doctrina interpuesto contra la anterior. El Tribunal Superior entendió que la norma sectorial aplicable a la empresa en cuestión es inconstitucional, puesto que establece diferentes condiciones de edad según el sexo para acceder voluntariamente a la jubilación anticipada. De acuerdo con el art. 66 de dicha Reglamentación de Trabajo (O. de 29 de junio de 1946), pueden solicitar su jubilación voluntaria los

empleados que hayan cumplido sesenta años de edad (cincuenta y cinco en el caso del personal femenino) y veinticinco años de servicio. La demanda de amparo sostiene que la desigualdad de trato habría de ser reparada en todo caso haciendo extensiva al personal masculino el beneficio o mejor condición, pero no suprimiendo el mismo. La representación de la empresa personada en las actuaciones considera que el régimen de jubilación establecido para el personal femenino es en sí mismo discriminatorio e inaplicable. El Ministerio Fiscal, por su parte, estima que las resoluciones judiciales no han aplicado una disposición más favorable a la mujer trabajadora con fundamento en el art. 14 del Texto constitucional, desde cuya perspectiva el amparo debería prosperar. Sin embargo, el representante del Ministerio Público señala también que el acceso a la prestación no parece que deba dar lugar a un tratamiento diferenciado en función del sexo, y la norma contemplada puede responder a criterios de paternalismo proteccionista más que a una promoción social de la mujer trabajadora, consideraciones que se oponen a la concesión del amparo.

2. Con carácter previo al examen de la pretensión de amparo es necesario resolver la causa de inadmisibilidad opuesta por la representación de la empresa. Se alega a estos efectos que el recurso de unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora constituía un remedio innecesario, por no existir Sentencias contradictorias, y por ello no pudo tener eficacia interruptiva o suspensiva sobre el plazo establecido para recurrir en amparo.

Una de las manifestaciones del principio de subsidiariedad que informa la actuación de este Tribunal (art. 53.2 CE y arts. 41.1, 43.1 y 44.1 a) LOTC), es la exigencia del previo agotamiento de los recursos judiciales, para permitir a los órganos judiciales cumplir la función de otorgamiento del amparo que ordinariamente tienen atribuida, puesto que el recurso de amparo ante este Tribunal se configura como un remedio estrictamente subsidiario, sólo

procedente cuando no hayan tenido éxito las demás vías ofrecidas por el ordenamiento (SSTC 147/1994 y 32/1994), de modo que el proceso jurisdiccional, en cuyo desarrollo se dice producida la vulneración de derechos fundamentales, es el marco natural para denunciar la misma y obtener la necesaria reparación.

Obligada consecuencia de lo anterior es que el demandante de amparo, a quien se exige agotar las posibilidades de ver satisfecha su pretensión de amparo en la vía judicial, tiene pleno derecho a utilizar, con carácter previo al recurso de amparo, los recursos establecidos en el proceso, aun los de dudosa procedencia, al menos siempre que no haya intención dilatoria (SSTC 28/1987, 224/1992), puesto que el Tribunal ha tenido presente también que el riguroso plazo de caducidad establecido para acudir en amparo no puede quedar al arbitrio de los sujetos del proceso, ni ser artificiosamente prorrogado o reabierto a voluntad (SSTC 120/1989, 99/1993).

En el presente caso el recurso de casación para unificación de doctrina fue ofrecido de modo expreso por el órgano jurisdiccional, y se utilizó tempestivamente por la parte, si bien el Tribunal Supremo estimó, en el Auto de 5 de marzo de 1992 que ha precedido inmediatamente al presente recurso de amparo, que no eran idóneas las resoluciones ofrecidas como doctrina de contraste, por venir dictadas por el Tribunal Constitucional, dados los términos del art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral (Auto de 5 de marzo de 1992). No se trata por ello de un recurso manifiestamente improcedente (STC 182/1993), sin duda interpretativa posible (SSTC 352/1993, 24/1994), cuya interposición haya sido resultado de una personal decisión de la parte, en términos tales que sólo sea imputable a su propia responsabilidad o a la de su representante o defensor (SSTC 24/1994, 352/1993, 131/1991).

Con todo, aun aceptando el amplio margen de que dispone el órgano jurisdiccional para determinar si se han cumplido los

rígidos presupuestos procesales exigidos para esta modalidad de recurso (STC 141/1994) y la propia literalidad del precepto (art. 216 LPL), no parece posible sostener que, cuando la presunta contradicción doctrinal se refiera a derechos y libertades fundamentales, que han de ser perentoriamente tutelados en la sede judicial ordinaria (art. 53.1 y 2 CE), si resultan cumplidos los demás requisitos en cuanto a identidad de supuestos y contenido de la contradicción doctrinal, no puedan ser un elemento válido de referencia las resoluciones del Tribunal a quien, en su función de supremo intérprete de la norma constitucional (art. 1.1 LOTC), corresponde resolver la cuestión (art. 53.2 CE) y que ha dejado establecida la doctrina adecuada en materia de derechos y libertades.

En cualquier caso, no es posible concluir que la actuación de la recurrente en este caso haya sido innecesaria o superflua, como tampoco existió una actuación indiligente y defectuosa que pudiera haber sido determinante en el resultado frustrado del recurso y por tanto en el fin anticipado de la vía judicial, puesto que el Tribunal Supremo consideró no idónea la doctrina ofrecida como término de referencia, aceptando que en otro caso hubiera solicitado su aportación de oficio. No concurre por ello la primera de las causas de inadmisibilidad opuestas por la representación de la empresa personada en las actuaciones. En cuanto a la segunda, dado que se refiere al fondo mismo de la cuestión suscitada por la demanda, deberá ser resuelta con ésta.

3. Entrando así a conocer del núcleo central de la pretensión de amparo, será útil recordar algunas de las consideraciones expuestas por la doctrina del Tribunal en torno a la igualdad ante la Ley en supuestos de diferencia de trato por razón del sexo, para analizar más tarde las peculiaridades del concreto supuesto planteado. Como señala la STC 317/1994 (fundamento jurídico 2.º), el sexo es uno de los factores de discriminación que por contrarios a la esencial dignidad de la persona estima inadmisibles el art. 14 de la

Constitución, en línea con los numerosos tratados internacionales suscritos por el Estado español en la materia, y de ahí que se haya venido exigiendo una justificación reforzada cuando la diferencia de trato pretenda basarse en esta sola consideración.

Este examen más riguroso, aplicable en términos generales a los supuestos de diferencia de trato por razón del sexo en los que el género es el único elemento determinante de la discriminación, con independencia de cuál de los dos sexos sea el preterido, no puede olvidar que poner fin a la «histórica situación de inferioridad de la mujer», a su «desigual punto de partida» (STC 3/1993, fundamentos jurídicos 4.º y 3.º, respectivamente), es un objetivo constitucionalmente planteado en la actuación de los poderes públicos, en orden a la consecución de las condiciones de igualdad que propugna el art. 9.2 CE. A este respecto, entre los posibles elementos justificadores del distinto tratamiento normativo, se encontrarán indudablemente aquellas «medidas de acción positiva en beneficio de la mujer» (STC 3/1993, fundamento jurídico 3.º), en virtud de las cuales la persona de sexo femenino, como sujeto protegido de las mismas (STC 229/1992, fundamento jurídico 2.º), pero sobre todo como agente o sujeto activo de su propia realización personal, pueda contribuir a poner fin a una situación de inferioridad en la vida social y jurídica, caracterizada por la existencia de numerosas trabas de toda índole en el acceso al trabajo y en la promoción a lo largo de la actividad laboral y profesional (STC 128/1987, fundamento jurídico 5.º).

Sin embargo, es también obligado recordar que en las medidas normativas protectoras del trabajo femenino puede haber barreras que dificulten, como efecto no deseado, el acceso al mundo del trabajo en condiciones de igualdad (STC 3/1993, fundamento jurídico 3.º) y operen de hecho en perjuicio de la mujer (STC 229/1992, fundamento jurídico 2.º), como puede haber también disposiciones que tiendan a reproducir determinados patro-

nes socioculturales y en la práctica perpetúan la propia posición de inferioridad social de la población femenina (STC 317/1994, fundamento jurídico 2.º).

4. Por otra parte, el Tribunal también ha tenido ocasión de poner de manifiesto que la desigualdad de trato puede dar lugar a una equiparación en el acceso al derecho o situación que se reputa más beneficiosa, «con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados» (STC 3/1993, fundamento jurídico 5.º). Pero asimismo puede ocurrir que la restauración de la igualdad lleve a considerar inaplicable el beneficio injustificado o arbitrario, cuando este último parte de una condición o razón social que implica una discriminación, esto es, cuando constituye una excepción articulada sobre un criterio de diferenciación constitucionalmente inaceptable (STC 3/1993, que remite a las SSTC 28/1992 y 114/1992). Una disposición normativa semejante no sería contraria al art. 14 CE por excluir de su ámbito a los trabajadores varones, sino por «perpetuar la situación de desventaja en el acceso y mantenimiento del puesto de trabajo» (STC 317/1994, fundamento jurídico 4.º), que es característica del colectivo históricamente desprotegido.

5. Sobre las premisas que anteceden, la determinación del carácter odioso y discriminatorio, o bien neutral y aceptable, del beneficio pretendido, podría condicionar decisivamente la resolución de cada uno de los múltiples supuestos análogos que pudieran plantearse. Sin embargo, es necesario definir también con carácter previo el marco sobre el que recae la solitud de tutela, puesto que puede ocurrir que quien insta el amparo se inserte en el colectivo que resulta excluido del beneficio reconocido por la norma, en cuyo caso la pretensión se dirige normalmente a la extensión del mismo a los sujetos indebidamente excluidos. En tal hipótesis, es posible asimismo que, en la forma antes apuntada, el derecho o situación más beneficiosa se considere discriminatorio en sí mismo, y por ello no proceda su extensión. Cabe también que se aprecie

un legítimo factor de diferenciación, incluso uno de carácter oculto o implícito, pero que pueda ser oportunamente alegado y probado, que derive de una diferente situación real o bien de una opción normativa constitucionalmente válida, como asimismo han sugerido las resoluciones antes apuntadas, en cuyo caso tampoco procedería la inclusión de los preteridos por la norma. De no concurrir alguna de las anteriores alternativas, procedería la equiparación en el tratamiento más favorable, como técnica obligada de restauración del principio constitucional de igualdad.

6. Pero la realidad presenta también situaciones, y la presente es una de ellas, en las que el titular según la norma del beneficio controvertido, ve desconocido el derecho nominalmente reconocido en ella y ha de accionar ante los Tribunales, en cuyo momento se excepciona la validez constitucional de la norma, por discriminatoria en sí misma y contraria, no solamente al mandato constitucional, sino también al propio derecho fundamental de los sujetos excluidos o discriminados. Se enfrentan así dos pretensiones frontalmente contrapuestas, pero igualmente encaminadas, según su formulación al menos, a la salvaguardia del derecho fundamental. Entre las consideraciones que cabe hacer al respecto, se encuentra sin duda la de que mientras exista la norma, el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta otorga, aunque pueda reconocerlo también a quienes según el tenor literal de la misma no lo tendrían, inaplicando las cláusulas que, de modo implícito o explícito establecen la discriminación, pues ésta consiste sustancialmente, para el discriminado, en la privación o limitación de un derecho, no en su otorgamiento (SSTC 315/1994, 68/1991).

7. En el supuesto ahora contemplado, no se trata ciertamente de convalidar una norma que favorece la ruptura con indemnización del contrato de trabajo por parte de la mujer (STC 317/1994, fundamento jurídico 4.º), o que, bajo la apariencia de ofrecer una ventaja a ésta, de hecho

busca su exclusión de la vida laboral en tanto esté casada, para facilitar su preferente dedicación a la vida familiar (STC 70/1993, fundamento jurídico 3.º). La existencia de una edad de jubilación a edad más temprana no puede ser conceptuada como una situación que en sí misma comporte un privilegio odioso o una inmunidad excepcional. De hecho en la STC 207/1987 se reconoció el derecho de los empleados de sexo masculino a optar al mismo régimen de retiro anticipado que tenían previamente reconocido las empleadas de la misma empresa.

Sin embargo, en el presente caso, coincidiendo con el unánime criterio de los órganos jurisdiccionales que han conocido del mismo, puede tratarse de una medida que «haya perdido su razón de ser», en los términos utilizados por la STC 317/1994 (fundamento jurídico 2.º), y que, asimismo, puede ser «contraria a la igualdad de trato» (ibidem), en cuanto que afecte negativamente a la igualdad de oportunidades de acceso al empleo del propio colectivo femenino discriminado. Si a tales consideraciones se añade que los órganos judiciales no han introducido la diferencia de trato mediante su resolución, puesto que los empleados varones no tenían reconocido en la norma el derecho en cuestión, sino que en el control de validez previo a la aplicación de tal norma, de rango reglamentario y anterior a la Constitución como ocurriera en la STC 315/1994 (fundamento jurídico 3.º), la han considerado inaplicable, no puede imputarse a las resoluciones judiciales que hayan ocasionado una vulneración del derecho fundamental, ni siquiera mediante la explícita convalidación que sobre la práctica empresarial precedente comporta el criterio jurisdiccional. Procede por ello desestimar el recurso.

Fallo:

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por doña María Eloísa Salvador Bolado.

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

Dada en Madrid, a veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco.- Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.- Fernando García-Món y González-Regueral.- Carlos de la Vega Benayas.- Vicente Gimeno Sendra.- Rafael de Mendizábal Allende.- Pedro Cruz Villalón.- Firmado y rubricado.

STC 198/1996,

de 3 de diciembre de 1996

Tipo de recurso:

Recurso de amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 febrero 1993, estimando recurso de suplicación promovido por la Comunidad Autónoma de Madrid y revocando la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 20 de la misma ciudad, de 29 junio 1992, dictada en autos sobre despido en período de prueba.

Disposiciones estudiadas

- Art. 14 de la Constitución Española
- Art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores

Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 12 de abril de 1993 -registrado en este Tribunal el día 14- la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Rodríguez de la Fuente, en nombre y representación de doña María de los Milagros Landa Marín, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de febrero de 1993.

2. La demanda se basa, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) Convocadas por Orden del Consejero de Política Territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM), de 26 de julio de 1990, pruebas selectivas para la cobertura de veinticinco plazas de auxiliar administrativo, la ahora recurrente participó con éxito en las mismas. Tras haber optado por varias de las plazas ofertadas, se le adjudicó la elegida en segundo lugar, esto es, un puesto de trabajo correspondiente a la categoría de auxiliar administrativo, en régimen de jornada completa

y con destino en la Consejería de Transportes. El 1 de febrero de 1992 suscribió el oportuno contrato.

- b) Previamente, personal del Ministerio de Transportes, en concreto quienes desempeñaban funciones de basculero, se habían integrado en la CAM, y en 1990 se acordó equiparar esta categoría a la de auxiliar administrativo. El puesto de trabajo asignado a la recurrente correspondía al de basculero.
- c) El 28 de febrero de 1992 la CAM decidió resolver con efectos del día siguiente la relación laboral concertada entre las partes, por no haber superado el período de prueba, de conformidad con lo establecido en el art. 20.4 del Convenio Colectivo (LCM 1988\113) en relación con el art. 14 del ET.
- d) Interpuesta reclamación previa sobre despido, fue desestimada por Resolución de la Consejería de Transportes, de 8 de abril de 1992, que rechazó el pretendido móvil discriminatorio por razón de sexo de la decisión extintiva, porque las funciones encomendadas a la recurrente fueron las mismas que realizan el resto de trabajadores del Servicio de Inspección de Transportes con igual categoría, Servicio donde ya existía tanto personal masculino como femenino que venía desempeñando idéntico cometido. Simplemente ha tenido lugar una resolución del contrato durante el período de prueba, a la vista de la propuesta formulada por la Dirección General de Transportes, en la que se consideraba que la recurrente no era idónea para desempeñar las tareas propias de la categoría profesional, dada su escasa disposición a realizarlas.
- e) La posterior demanda fue estimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 20 de Madrid, de 29 de junio de 1992, que declaró nulo por

discriminatorio el cese efectuado y condenó a la CAM a la inmediata readmisión de la actora con exclusivo abono de los salarios de tramitación desde el 29 de febrero al 16 de marzo de 1992, fecha ésta en que comenzó a prestar servicios en la Consejería de Integración Social.

Consta como hecho probado que algunas de las operaciones del montaje de la báscula para pesar los vehículos, concretamente la elevación de las planchas de metal y la separación y posterior unión de las plataformas, que conjuntamente realizaban tres trabajadores, requerían notable esfuerzo físico o fuerza muscular (hecho probado 6). «... Si la actora -razonaba el Magistrado- aprobó y optó por plaza de auxiliar administrativo, y sin que nadie la informase se encuentra desempeñando actividad de basculero, que exige el empleo de fuerza física superior al típico o media de las mujeres, la razón de la no superación del período de prueba, radica en la atribución de funciones no acordes con la capacidad biológica propia de su condición femenina, y por tanto, la razón del cese, encubre indirecta discriminación. Distinto hubiere sido, si la actora, a sabiendas, hubiera optado por tal plaza con pleno conocimiento de su alcance funcional; pero al establecer la CAM formalmente la equivalencia entre una y otra categoría, sin tener en cuenta y considerar las especiales condiciones físicas que requiere el puesto de basculero, impone a la actora subrepticamente, indirecto requisito, cual es el empleo de fuerza física superior a la media de su sexo, y con dicha actitud, probablemente no querida intencionalmente, discrimina» (Fundamento de Derecho sexto).

f) Recurrida en suplicación por la demandada, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 8 febrero de 1993, estimó el recurso, revocó la de instancia y la absolvió de la demanda formulada por la actora. Después de incorporar al relato fáctico, entre otros extremos, que las funciones de

basculero las realizaban tanto hombres como mujeres, la Sala argumentaba lo siguiente: «... en la decisión de la demandada no existe conducta discriminatoria por razón de sexo, sino falta de aptitud física en la recurrida para llevar a cabo las funciones encomendadas por su categoría profesional; funciones que las llevaban a término hombres y mujeres con igual categoría de basculeros, funciones éstas derivadas de dicha especialidad, dada la asimilación de basculero a auxiliar administrativo que llevara a cabo el acuerdo de revisión del Convenio Colectivo, ... sin que pueda hablarse de discriminación indirecta, que requeriría una decisión extintiva en el período de prueba fundada en la condición femenina o que se le hubiere destinado a dicha función con el objetivo indubitado de colocarla en la alternativa de no realizar los trabajos encomendados por no poderlos desarrollar físicamente.

Tras lo razonado y habiendo decidido la recurrente cesar a la demandante en sus funciones en período de prueba, al advertir las dificultades que la misma tenía para desarrollar su labor, se está en el caso del art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores...» (Fundamento de Derecho sexto).

3. El recurso de amparo se dirige contra la expresada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, al consagrar una discriminación por razón de sexo contraria al art. 14 CE.

Ante todo, no es óbice que el cese se haya producido durante el período de prueba, porque la facultad de resolver la relación laboral que concede el art. 14.2 del ET no se puede hacer valer en contra de un derecho fundamental (STC 94/1984).

En segundo término, debe analizarse la causa que ha motivado el cese -las insuperables dificultades de la recurrente para realizar las tareas del puesto asignado

que entrañan una considerable fuerza física- desde la perspectiva de la discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE (STC 145/1991 y el art. 2 de la Directiva CEE 76/207, de 9 de febrero), (Sentencias del TJCE de 31 de marzo de 1981, asunto Jenkins y de 1 de julio de 1986, asunto Rummler/Dato-Druck). Al no haberse especificado en la convocatoria que, además de las funciones definidas en el Convenio como propias de los auxiliares administrativos, había que realizar las relativas a las operaciones de pesaje de camiones en las básculas, las cuales requieren un esfuerzo físico notable, esta exigencia ha supuesto en la práctica indirecta discriminación.

No se ocultan dos dificultades: determinar cuánto esfuerzo físico entrañan tales operaciones y si la fuerza requerida está por encima de la media de la fortaleza física femenina. La primera cuestión sólo puede resolverse, como hizo el Magistrado, a través de los medios de prueba habituales (testifical y reconocimiento judicial); una mayor precisión únicamente podría alcanzarse mediante el empleo de instrumentos técnicos. La segunda cuestión es una conclusión que el Magistrado obtiene con base en la prueba practicada. Ciertamente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia añade una circunstancia -otras mujeres sí han podido realizar dichas operaciones-, olvidando que las discriminaciones indirectas o encubiertas se caracterizan por su apariencia de neutralidad y su dificultad probatoria, hasta el punto de que para precisar el alcance de una medida de apariencia neutra pero con resultado discriminatorio, se habla en ocasiones de acudir a análisis estadísticos para ampliar el elemento estándar de referencia comparativa de forma objetiva (art. 95.3 de la LPL).

Aunque en autos se carece de dichos datos técnicos o estadísticos, existen los suficientes para afirmar que nos hallamos ante una discriminación indirecta. Bajo la apariencia de una común exigencia de aptitudes para acceder y desempeñar un puesto de trabajo definido de forma neutra

-auxiliar administrativo-, en la práctica y por las tareas asignadas al mismo (las propias de la anterior función de basculero), se impone como parámetro de medida de aptitud facultades que por la misma naturaleza de las cosas no son compartidas por igual por las personas pertenecientes a uno u otro sexo, como es la fuerza física, que sin necesidad de mayores y deseables precisiones científicas o técnicas constituye característica biológica en la que los varones sobresalen sobre las mujeres; afirmación que sigue siendo válida pese a que determinados individuos de uno u otro colectivo no respondan y sean excepciones a lo que es común o propio de la generalidad. Por ello, la circunstancia de que las tareas de basculero en ocasiones también algunas mujeres hayan sido capaces de desempeñarlas, sólo puede operar en este caso como circunstancia que ayuda al encubrimiento de la realidad y, por tanto, a que la discriminación sufrida por la demandante haya supuesto una mayor dificultad o carga probatoria.

Cuando la CAM y los firmantes del Convenio adoptan el acuerdo de neutralizar la antigua categoría de basculero mediante su homologación o integración en la más genérica de auxiliar administrativo, probablemente consideraban que con ello favorecían el acceso a dichas funciones de personas de uno u otro sexo. Sin embargo, el resultado de un tratamiento sólo aparente y formalmente igualitario de la función y sus requisitos de acceso ha consagrado una discriminación a causa del resultado desfavorable producido, la exigencia de un factor que en absoluto se da por igual en ambos sexos, cual es la fuerza física, y constituye un legítimo elemento diferencial entre las personas de distinto sexo. En el acceso a puestos para los cuales se requiere un factor que aparece legítimamente diferenciado entre los sexos, el verdadero trato igualitario sin que se produzca discriminación debe partir de la previa consideración de esas diferencias y valorar en qué medida son susceptibles de afectar positiva o negativamente a determinados

grupos. Al respecto, es de destacar que de las veinticinco plazas de auxiliares administrativos cubiertas, sólo las dos de basculeras fueron rechazadas en el período de prueba.

Interesa, por ello, la nulidad de la sentencia impugnada y la firmeza de la dictada por el Juzgado de lo Social.

4. La Sección Primera, por providencia de 12 de julio de 1993, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, acordó conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a la solicitante de amparo para alegar lo que estimaran pertinente en relación con la posible existencia del motivo de inadmisión previsto en el art. 50.1 c) de la LOTC.

La representación de la recurrente solicitó la admisión a trámite de la demanda, después de insistir en su inequívoco contenido constitucional.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por su parte, interesó se dictara auto de inadmisión por la causa que advirtió la Sección. A su juicio, aunque no deja de inquietar la situación de discriminación encubierta que se denuncia, las razones de la sentencia recurrida son atinadas y no vulneradoras del art. 14 CE. Se trata de un tema de aptitud profesional en el que la posesión de un cierto grado de fuerza física es un elemento más, no el único, y sin que se haya probado sino todo lo contrario, que tal elemento excluyera ni abierta ni encubiertamente la condición femenina. Parece probado, en definitiva, que la actora fue despedida no en razón a su inaptitud para el trabajo por su condición femenina ante una tarea laboral predeterminada para el varón de manera indirecta, sino en razón a su inhabilidad para trabajar en la debida forma en una tarea que, teniendo capacidad para ello, puede desempeñarse indiferenciadamente por uno u otro sexo.

5. La Sección, por providencia de 13 de diciembre de 1993, acordó admitir a trámite la demanda de amparo, sin perjuicio de

lo que resulte de los antecedentes y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, interesar de los órganos judiciales intervinientes la remisión de testimonio de las actuaciones, así como la práctica de los correspondientes emplazamientos.

La Sección, por providencia de 31 de enero de 1994, acordó tener por personada y parte, en nombre y representación de la CAM, a la Letrada doña Rosario López Cárdenas; acusar recibo al Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Social núm. 20 de dicha capital de los testimonios remitidos; y dar vista de todo lo actuado a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que a su derecho convenga, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

6. La representación de la recurrente precisó que en las discriminaciones indirectas la intencionalidad del autor de la discriminación es irrelevante e incluso puede no existir intención de discriminar. Para detectar la discriminación debe efectuarse la comparación no entre individuos singulares sino entre grupos y en el caso de la discriminación sexual entre personas pertenecientes a uno u otro sexo.

En relación con el acceso al empleo, de la misma manera que no sería admisible la exclusión genérica de una determinada actividad profesional a trabajadores de un determinado sexo, salvo que existiera una conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo (SSTC 216/1991 y 229/1992, y STJCE dictada en el caso Stoeckel), es también inadmisibile hacer abstracción de aquellas diferencias biológicas legítimas, como la menor fortaleza física e inferior capacidad para levantar pesos, que justifican y exigen un trato razonablemente diferente. Aplicando al caso debatido el régimen jurídico de la «Sex Discrimination Act» de Gran Bretaña, concluye que el desempeño de las tareas de basculero exige por sí mismo el requisito de poseer fuerza física. Aunque no se distingue entre hombres y mujeres pues, en principio, pueden reunir esa condición unos y otras,

la proporción de mujeres que puede reunir es notablemente inferior y están en desventaja comparativa. La convocatoria debió establecer tal condición específica y se ha producido un daño a la actora al no poderla cumplir, porque contaba con la puntuación necesaria para optar y obtener cualquiera otra de las vacantes. En definitiva, ha sido excluida por no reunir una condición no exigida en la convocatoria, para la que tiene una ineptitud propia de la mayoría de las personas del sexo femenino: carecer de fuerza para levantar determinados pesos.

7. La representación de la CAM solicitó la denegación del amparo. El cese de la trabajadora no vulneró el art. 14 CE ya que no fue discriminatorio y menos aún por razón de sexo, sino que se trató del ejercicio de un derecho por parte de la empresa que tiene reconocido en los arts. 14.2 del ET y 20.4 del Convenio Colectivo aplicable, como acertadamente entendió la sentencia recurrida. Las funciones encomendadas a la actora no se apartaron de las habituales y propias del puesto de trabajo que le fue asignado, para cuyo desarrollo no es necesario estar dotado de especiales condiciones físicas y así lo prueba el hecho de que vengan desempeñándolo con normalidad hombres y mujeres. Pero desde su incorporación se opuso a realizar tales funciones. Estamos ante un problema de mera legalidad, pues la empresa puede resolver el contrato en período de prueba sin necesidad de motivación, si bien en este caso lo resolvió motivadamente -la falta de aptitud física de la trabajadora para llevar a cabo las funciones propias de su categoría profesional-.

Tampoco se han vulnerado los arts. 3 y 5 de la Directiva de la CEE 76/207. La actora accedió a su puesto de trabajo en igualdad de condiciones que el resto de los opositores, igualdad de trato que asimismo se respetó en las condiciones de trabajo, porque para el desarrollo de las funciones de basculero la fuerza física era un elemento más y no suponía exclusión directa o indirecta de la condición femenina de la trabajadora.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó asimismo la desestimación del amparo. Tras reconstruir los antecedentes y fundamentación jurídica del recurso y reiterar las alegaciones vertidas en el trámite del art. 50.3 LOTC, señala, con cita de las SSTC 128/1987, 19/1989 y 229/1992, que es necesario examinar y decidir si la actuación empresarial se basó, subrepticamente o no, exclusivamente en la condición física femenina de la recurrente o en causas objetivas.

En primer término, el amparo podría prosperar si se dedujera de lo actuado que la recurrente fue adscrita, ilegítima o prede-terminantemente, a un puesto de trabajo en el que, dada su condición femenina, no iba a poder superar el período de prueba. En caso contrario, habría que pasar un segundo test, examinando si el puesto de trabajo asignado, por su propia naturaleza, presupone una verdadera discriminación indirecta.

Inicialmente la CAM no motivó en absoluto por qué la recurrente no había superado el período de prueba pero ya al contestar la reclamación previa explícita su escasa predisposición a realizar los controles de basculación y que este trabajo es indistintamente desempeñado por hombres y mujeres. La adscripción al puesto de trabajo no parece ni que sea designación ilegítima o irregular, pues por Convenio está incluido entre los que pueden corresponder a la demandante, ni tampoco puede atribuirse a priori a la decisión empresarial un criterio de predeterminación para colocar a la recurrente en situación de discriminación indirecta o encubierta.

Esta última reflexión provocaría la concesión del amparo a la luz del art. 14 CE si se conviniese que la naturaleza del trabajo de basculero impide, en términos de capacidad física media, ser desempeñado por trabajadoras, aunque excepcionalmente y por encima de esa media algunas pudieran llevarlo a cabo. En este terreno probatorio, fronterizo con la legalidad ordinaria (art. 117.3 CE), la sentencia de instancia entiende que la naturaleza del trabajo

requiere una fuerza física superior a la de una mujer trabajadora de tipo medio, mientras que la sentencia de suplicación afirma lo contrario. Cabe destacar, no obstante, algunos datos: a) es incuestionable que la recurrente no mostró predisposición a realizar la parte física de su trabajo, ni mostró aptitud para esa parte de su función laboral; b) no se ha probado de manera indubitada que las tareas de basculación en sí mismas requieran una aptitud física que exceda de la condición femenina, ya que existen trabajadoras que desempeñan esa función y nadie ha probado que aquéllas excedan del tipo medio.

En definitiva, si no existió por parte de la CAM predisposición discriminatoria en la designación del puesto de trabajo ni éste per se se ha demostrado que fuera no apto para la condición femenina de la recurrente, la resolución impugnada no ha vulnerado el art. 14 CE.

9. Por providencia de 2 de diciembre de 1996, se señaló para deliberación y fallo de esta Sentencia el día 3 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos

1. El recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de febrero de 1993, que en trámite de suplicación revocó la de instancia y consideró ajustada a Derecho la decisión empresarial de desistir unilateralmente del nexo contractual durante el período de prueba. Únicamente debemos dilucidar si, como sostiene la recurrente, el órgano judicial ha perpetuado una discriminación indirecta por razón de sexo, al ignorar que el cese deriva de su imposibilidad biológica para desarrollar las funciones de un puesto de trabajo que requiere poseer una fuerza física superior a la media de las mujeres.

2. Ante todo, conviene reiterar que la controversia no está, en principio, desprovista de relieve constitucional por el mero hecho de que la empresa, al amparo de lo establecido en el art. 14.2 del ET, se haya limi-

tado a hacer uso de la facultad de resolver unilateralmente el contrato de trabajo durante el período de prueba. Ya en las SSTC 94/1984 y 166/1988 se declaró que el ámbito de libertad reconocido por el referido precepto no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales y, aunque se trata de una decisión que no es necesario motivar, nunca se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como es el de la igualdad recogido en el art. 14 CE.

En segundo lugar, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991 y 147/1995). A su vez, dentro de la primera puede distinguirse entre discriminaciones abiertas y encubiertas. En estas últimas el sexo, pese a no ser la causa explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el móvil que realmente guió la actuación o el comportamiento empresarial, aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta. En las discriminaciones indirectas vedadas por el art. 14 CE la medida que produce el efecto adverso ha de carecer de justificación, no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para el cumplimiento del trabajo o no ser idónea para el logro de tal fin (Sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1986 asunto Bilka).

En fin, basada la pretendida discriminación en la notable fuerza física que requería el desempeño del puesto de trabajo, no es ocioso recordar que este Tribunal ha reaccionado enérgicamente contra el estereotipo de la mayor debilidad o inferioridad física de la mujer respecto del varón, pues se trata de una percepción defectuo-

sa, errónea o anacrónica, que responde más a un prejuicio infundado que a diferencias reales naturales o biológicas y conlleva una división sexista del trabajo (SSTC 216/1991, 229/1992 y 286/1994). Por tanto, la radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos, que objetivamente exigen para su correcto desenvolvimiento un elevado esfuerzo físico, es inaceptable a la luz del art. 14 CE, cuya prohibición de discriminación por razón de sexo obliga, por el contrario, a adoptar un criterio neutro predicable por igual del hombre y la mujer, y a valorar individualizadamente la idoneidad de cada candidato para el adecuado cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo.

Ahora bien, en este terreno de la aptitud profesional lo decisivo es la naturaleza y características del trabajo efectivamente prestado y la consiguiente exigencia de aquellas cualificaciones estrictamente necesarias para desarrollar con eficacia la prestación convenida. El esfuerzo físico, pues, puede ser tomado en consideración si constituye un elemento determinante de la aptitud profesional para desempeñar ciertas tareas, aunque, en la medida en que la configuración del puesto de trabajo lo permita, debe combinarse con otros rasgos que en conjunto excluyan cualquier discriminación por razón de sexo (SSTC 58/1994 y 147/1995).

3. La aplicación de las anteriores premisas doctrinales al presente supuesto aconseja partir del examen de las circunstancias más relevantes del caso.

a) La solicitante de amparo superó con éxito las pruebas selectivas para la cobertura de veinticinco plazas de auxiliar administrativo en la Comunidad de Madrid, siéndole adjudicado el puesto por el que optó en segundo lugar correspondiente a la categoría de auxiliar administrativo, en régimen de jornada completa y con destino en la Consejería de Transportes. El 1 de febrero de 1992, suscribió el oportuno contrato en el que se pactó un mes de perio-

do de prueba. El art. 20.3 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, publicado en el «Boletín Oficial» de 22 de agosto de 1988, expresamente establece que «cualquier trabajador, hombre o mujer, podrá optar a cualquier puesto de trabajo sin discriminación», rechazando así el principio tradicional de denominación de las categorías laborales con base en el sexo. Tras la transferencia a la Administración Autonómica del personal dependiente del Ministerio de Transportes que ostentaba la categoría profesional de basculero, en el Acuerdo de revisión del Convenio Colectivo para 1990 se integra a dicho personal en la categoría de auxiliar administrativo, pretendiendo eliminar así un eventual resquicio a la «masculinización» del puesto de trabajo, sin que proceda entrar aquí a enjuiciar el acierto o desacierto de aquella integración. El puesto de trabajo asignado a la recurrente llevaba aparejado el desempeño de funciones de basculero. La plaza adjudicada a la recurrente, libremente elegido por ella entre las ofertadas, se ajustó formalmente a los términos de la convocatoria porque correspondía a la categoría de auxiliar administrativo. Por nadie se ha aducido, por lo demás, que en la definición del puesto de trabajo asignado se haya recurrido a criterios de evaluación no neutros, hipervalorando rasgos inherentes a uno de los sexos, ni tampoco se ha negado que el cumplimiento de algunas de las tareas de dicho puesto exige desplegar cierta fuerza física, si bien las operaciones que exigen mayor esfuerzo se acometen con el concurso de tres trabajadores. El puesto de trabajo se define de acuerdo con criterios comunes y se ofrece a cualquier trabajador con independencia de su sexo, como así se deriva de las actuaciones.

b) El 28 de febrero de 1992, la Comunidad de Madrid decidió resol-

ver con efectos del día siguiente la relación laboral concertada entre las partes, por no haber superado el período de prueba, de conformidad con lo establecido en el art. 20.4 del Convenio Colectivo en relación con el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores. Aunque durante el período de prueba el empresario puede resolver unilateralmente y ad nutum la relación laboral, la Comunidad de Madrid, al desestimar la reclamación previa, ya motivó su decisión, sustentada en que la Dirección General de Transportes consideraba a la trabajadora no idónea para desempeñar las tareas propias de su categoría profesional, dada su escasa disposición a realizar algunas de ellas, tales como la asistencia a los controles de inspección, rechazando, en consecuencia, el móvil discriminatorio pues las funciones encomendadas a la actora eran las mismas que realizaban el resto de los trabajadores del servicio, en el que existía personal tanto masculino como femenino que venía desempeñando idéntico cometido.

c) Interpuesta demanda por despido, la demanda fue estimada por el Magistrado-Juez de lo Social, quien declaró nulo el cese efectuado por discriminatorio y condenó a la Comunidad de Madrid a la inmediata readmisión de la actora con exclusivo abono de los salarios de tramitación desde el 29 de febrero al 16 de marzo de 1992, fecha ésta en la que la solicitante de amparo comenzó a prestar servicios en la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid. Aun reconociendo expresamente «lo aventurado del juicio», el Magistrado alcanzó la convicción de que determinadas funciones de las asignadas al puesto de trabajo exigían notable esfuerzo físico, «por encima de la media de la fortaleza física femenina». De los testigos propuestos por la actora, dos de ellos aludieron a sus dificultades físicas

para realizar aquellas funciones, por lo que era ayudada, y para otro lo que ocurría era que la actora pensaba que no tenía que realizar funciones de basculero al ser auxiliar administrativo. En los dictámenes recabados por el Juzgado por la vía del art. 95.3 LPL, en el emitido por la Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid se rechaza la existencia de discriminación, aludiendo, de una parte, a que las funciones de la actora no se apartaron de las propias del puesto de trabajo asignado y, de otra, a que dichas funciones eran desempeñadas con normalidad por personal femenino. Por su parte, el dictamen emitido por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Asuntos Sociales señala que si las funciones que venía realizando la actora requerían unas determinadas aptitudes y condiciones físicas para el desempeño del puesto de trabajo, éstas debieron hacerse presentes desde un principio y no en el desarrollo del trabajo, pero si, por el contrario, el asunto debatido era la realización de las funciones propias de la categoría de auxiliar administrativo, conforme a lo establecido en el Convenio Colectivo, la controversia excede de la competencia del Instituto de la Mujer, al no existir causa discriminatoria aparente.

d) Interpuesto por la Comunidad de Madrid recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social, el recurso fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Tras incorporar al relato fáctico, entre otros extremos, que las funciones de basculero las realizaban tanto hombres como mujeres, la Sala niega que en la decisión de la demandada exista conducta discriminatoria por razón de sexo, sino que, advertidas las «dificultades» que la actora tenía para llevar a cabo las funciones de su categoría profesional, la misma fue cesada en sus funciones durante

el período de prueba, de conformidad con lo previsto en el art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores.

4. De todo lo anteriormente expuesto no se aprecia la existencia de la alegada vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo.

En efecto, no resulta posible afirmar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia impugnada haya vulnerado el art. 14 CE al confirmar la decisión empresarial de resolver el contrato de trabajo durante el período de prueba, con base en la escasa disposición de la actora a realizar determinadas funciones de las correspondientes a su puesto de trabajo. Según el relato de hechos probados, tanto hombres como mujeres desarrollaban las funciones de basculero y algunas operaciones de montaje de la báscula para pesar los vehículos requerían notable esfuerzo físico o fuerza muscular por lo que se llevaban a cabo conjuntamente por tres trabajadores. Es posible que la trabajadora haya resultado sorprendida porque entre las funciones asignadas a su puesto de trabajo, correspondiente a la categoría de auxiliar administrativo, se comprendieran las de basculero. Ha de lamentarse que en la convocatoria de las plazas de auxiliares administrativos faltase la concreción que un año después de los hechos ahora enjuiciados, el 17 de febrero de 1993, aparece en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid», al especificarse ahora que son plazas para llevar a cabo las tareas de basculero. También resulta significativo que la revisión del Convenio Colectivo, incluyendo a los basculeros, fuese posterior, el 7 de noviembre de 1993.

No obstante, está acreditado en las actuaciones que la trabajadora optó libremente por una plaza de auxiliar administrativo con destino en la Consejería de Transportes de la Comunidad de Madrid. La circunstancia de que, a la hora de optar por los puestos de trabajo ofrecidos, sea deseable una mayor especificación y concreción de las tareas asignadas a los mis-

mos, con las consecuencias que ello pueda tener desde el plano de la legalidad ordinaria, no convierte, sin embargo, el cese de la actora en discriminatorio por razón de sexo.

La discriminación por razón de sexo no es apreciable en este caso. En primer lugar, porque el puesto de trabajo se ha definido conforme a criterios neutros y está abierto a los trabajadores de ambos sexos, debiendo recordarse que la integración de los basculeros en la categoría de auxiliar administrativo llevada a cabo por el acuerdo de revisión del Convenio Colectivo de 1993 no fue ajena al propósito de evitar la «masculinización» de la tarea de basculero, con la consiguiente incidencia en la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE (SSTC 145/1991 y 147/1995, fundamento jurídico 6.º), sin que nos corresponda enjuiciar, como ha quedado dicho, el acierto de la fórmula de integración acordada.

Tampoco cabe omitir que la trabajadora optó libremente por seleccionar en el segundo lugar de sus preferencias el puesto que le fue finalmente adjudicado, que llevaba aparejado el cumplimiento de las funciones de basculero, exigidas por igual a todos los trabajadores, con independencia de su sexo. Y no puede afirmarse que haya existido una discriminación por razón de sexo, cuando -como así resulta del relato de hechos probados- trabajadores de ambos sexos ejecutaban satisfactoriamente las tareas del puesto de trabajo y con el concurso de tres de ellos se acometen las tareas que requieren mayor esfuerzo físico.

Por lo demás, si las funciones de basculero requieren poseer una cierta fortaleza física, superior a la media de las mujeres, como entendió la sentencia de instancia aun admitiendo «lo aventurado del juicio» ello, en sí mismo y por sí solo, no resulta discriminatorio y contrario al art. 14 CE, toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo (STC 147/1995, fundamento jurídico 2.º). Otra cosa son las consecuencias que se

atribuyan a esa mayor fortaleza física, pues si se hipervalora, a efectos salariales o de atribución de una superior categoría profesional respecto a trabajos de igual valor, en detrimento de otras características más comunes y neutras en cuanto al impacto en ambos sexos, serán esas decisiones empresariales, con amparo o no en el Convenio Colectivo aplicable, las que resultarán, en su caso, lesivas del art. 14 CE.

La menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, puede constituir un prejuicio desde el que podría llegar a entenderse, infundadamente, que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del acceso de las mujeres a determinados puestos de trabajo. Este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales, naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios al suponer para la mujer un especial límite o desventaja.

Y aunque es cierto que pueden existir tipos de trabajo que requieran una mayor fuerza muscular o física, también lo es - como ya se dijo en la STC 229/1992, fundamento jurídico 4.º - que existen medios adecuados para que esa necesaria protección se realice de forma neutra desde el punto de vista de la no discriminación por razón de sexo, en favor también de los trabajadores varones más débiles o menos fuertes.

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al revocar la sentencia del Juzgado de lo Social que había entendido lo contrario, declara de modo inequívoco su convicción de que en el cese de la actora no existió conducta discriminatoria por razón de sexo, entendiendo que dicho cese, adoptado al constatarse las «dificultades» que la trabajadora tenía para desarrollar su labor, se enmarca sin dificultad en la previsión del art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Se cumplen, así, las exigencias que se derivan de la doctrina de este Tribunal en este tipo de supuestos. En primer lugar, que la entidad empleadora explicita y acredite que la resolución del contrato durante el período de prueba es ajena al sexo de la trabajadora y a todo propósito atentatorio contra el art. 14 CE. Y, en segundo término, que el órgano judicial exprese su convicción en tal sentido (SSTC 94/1984 y 166/1988; para supuestos de despido, STC 136/1996 y las allí citadas). En el presente caso, la Entidad empleadora ha fundado la resolución del contrato en la escasa disposición de la actora para atender determinadas funciones asignadas a su puesto y el Tribunal Superior de Justicia, ponderando el derecho fundamental alegado, ha mostrado de forma expresa su convicción de que el cese de la trabajadora no incurrió en discriminación alguna, al estar justificado, a tenor del art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores, por la necesidad de cumplir debidamente cometidos propios de la prestación laboral concertada. Y no se han suministrado razones que permitan corregir la ponderación efectuada por el órgano judicial.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional,

POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid, a tres de diciembre de mil novecientos noventa y seis.-Alvaro Rodríguez Bereijo.-Vicente Gimeno Sendra.- Pedro Cruz Villalón.-Enrique Ruiz Vadillo.-Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Pablo García Manzano.-Firmado y rubricado.

Voto particular

Que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la sentencia dictada:

Tal como pone de relieve nuestra sentencia, los hechos objeto de nuestro enjuiciamiento son los siguientes:

- 1) la recurrente se presentó y superó unas pruebas de auxiliar administrativo con destino en la Consejería de Transportes;
- 2) posteriormente la Administración demandada, la Comunidad de Madrid, asimila el puesto de «basculero» al de auxiliar administrativo y adscribe la recurrente a dicho puesto;
- 3) la Comunidad de Madrid, finalmente, decide resolver la relación laboral, porque la actora no posee la fuerza física necesaria para efectuar el trabajo de basculero.

Para la mayoría «... si las funciones de basculero requieren poseer una cierta fortaleza física, superior a la media de las mujeres..., ello en sí mismo y por sí solo no resulta discriminatorio...», aunque... «puedan serlo las consecuencias que se atribuyan a esa mayor fortaleza física», tal como lo sería una diferencia salarial.

Estoy de acuerdo con nuestra sentencia en que hay que evitar la «masculinización» de los puestos de trabajo. Si una mujer se siente con fuerzas para trabajar en el fondo de las minas o con el coraje y pericia para subir a los cielos y pilotar un avión de combate, está en su derecho y nadie puede prohibirle el acceso a tales puestos de trabajo, tal como hemos tenido ocasión de afirmar (SSTC 145/1991 y 147/1995).

Pero el supuesto aquí es muy otro, pues a nadie se le puede pasar por la imaginación de que si decide concursar a un puesto de auxiliar administrativo pueda acabar trabajando de «basculero», a menos que se le

advierta, previamente al concurso, que puede acceder a un trabajo penoso, deber de información que incumplió la Comunidad de Madrid con la recurrente.

La «menor fortaleza física de la mujer» no creo que sea un «prejuicio», sino un hecho biológico. Naturalmente que es inconstitucional masculinizar los puestos de trabajo, pero, si un determinado puesto exige un esfuerzo físico superior a la media de las mujeres, debe hacerse constar en la convocatoria, ya que, de haberse hecho así en el presente caso, la recurrente no hubiera optado a dicho puesto.

En mi opinión, es indiferente a los efectos de determinar la existencia de una discriminación indirecta, que el puesto de trabajo haya podido ser desempeñado por alguna mujer. El problema reside en si la mayoría de las mujeres pueden o no desempeñar ese puesto de trabajo; cuando se oferta un puesto que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente se le obliga a la mujer a realizar otro (aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional) que no puede ejercitar porque carece de la fuerza necesaria, y se procede, por esa sola causa, a su despido, el empleador ha creado, en la práctica, una discriminación por razón de sexo que debiera haber sido amparada por este Tribunal.

Pensamos, en definitiva, que las discriminaciones indirectas no son reconducibles exclusivamente a los efectos del contrato de trabajo (en la línea de las SSTC 58/1994 y 147/1995), sino que también son extensibles al contrato de trabajo mismo. Si se oferta un puesto de trabajo y luego se constriñe a la mujer a realizar otro que, de facto, está masculinizado, se infringe el artículo 14 CE, máxime cuando dicha conducta la observa una Administración Pública que, en cuanto poder público que es, está obligada por la Constitución a remover los obstáculos y promover las condiciones para que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva (art. 9.2 CE).

Madrid a cuatro de diciembre de 1996.

3. PROTECCION DE LA MATERNIDAD

STC 173/1994,

de 7 de junio de 1994

Tipo de recurso:

Recurso de Amparo contra Sentencia de 7-5-1991 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, en suplicación, revoca la Sentencia de 7-1-1991 del Juzgado de lo Social núm. 26 de los de Madrid, dictada en autos sobre despido, por cuanto estimó que no se produjo la discriminación por razón de sexo aceptada por la sentencia de instancia y que motivó la declaración de despido nulo, ya que no había existido un despido, sino que, simplemente, la empresa se había abstenido de renovar el contrato temporal que la vinculaba con la trabajadora, al encontrarse ésta embarazada: la recurrente en amparo alega que la sentencia impugnada ha incurrido en discriminación por razón de sexo. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: existencia: otorgamiento de amparo.

Disposiciones estudiadas:

- Artículos 10, 14, 24 y 53 de la Constitución Española
- Artículo 11 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Antecedentes:

1. Por escrito presentado ante este Tribunal el 7 de enero de 1992 (y depositado en el Juzgado de Guardia el 31 de diciembre de 1991), la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Vinader Moraleda, en nombre y representación de doña María del Mar Roca Martínez, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 7 de mayo de 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en recurso de suplicación núm. 1089/1991 (not. 3 de diciembre).

2. El recurso de amparo se fundaba en los siguientes hechos:

- a) La actora venía prestando servicios para el Ministerio de Cultura, mediante sucesivos contratos temporales que comenzaron el 29 de junio de 1987 y que se sucedieron por el orden siguiente:

Desde el 29 de junio de 1987 hasta el 10 de septiembre de 1987, en la exposición La Conclusión, en el Centro de Arte Reina Sofía (Real Decreto 2104/1984).

Del 31 de octubre de 1987 al 16 de febrero de 1988, en la exposición Sonnabend en el Centro de Arte Reina Sofía (Real Decreto 2104/1984, por acumulación de tareas).

Del 24 de marzo de 1988 al 19 de diciembre de 1988 en el Centro de Arte Reina Sofía, con contrato temporal de ocho meses y veintiocho días de duración, al amparo del Real Decreto 1989/1984 para fomento del empleo.

Del 10 de febrero de 1989 al 10 de abril de 1989, en el Centro Reina Sofía (Real Decreto 2104/1984, por acumulación de tareas).

Del 24 de mayo de 1989 al 7 de agosto de 1989, en el Centro Reina Sofía (Real Decreto 2104/1984, por acumulación de tareas).

Del 1 de enero de 1990 al 30 de junio de 1990, en el Museo de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, con un contrato temporal de seis meses, al amparo del Real Decreto 1989/1984, de contratación temporal como medida de fomento del empleo.

Próximo a finalizar este último contrato, la hoy actora recibió, con fecha 27 de junio de 1990, comunicación escrita de la entidad empleadora en la que se hacía constar como causa de ruptura del vínculo laboral lo dispuesto en el art. 4.1 del Real Decreto 1989/1984 por el que se regulaba la contratación temporal como medida de fomento del empleo. La fecha fijada para la expiración del contrato en el 30 de junio de 1990. Y -afirma la actora- el mismo día 27 de junio, el responsable de contratación de la entidad empleadora comunicó verbalmente a su esposo que la razón de no renovar el contrato de trabajo era su embarazo, ya que éste motivaría una baja médica y no sería posible suplir su ausencia con otro trabajador temporal.

b) Contra dicha comunicación, la actora presentó reclamación administrativa, previa al proceso, con fecha 24 de

julio de 1990, y, al día siguiente día, 25 de julio de 1990, demanda por despido ante el Juzgado de Guardia, cuyo conocimiento correspondió por turno de reparto al Juzgado de lo Social núm. 26 de los de Madrid.

c) En la Sentencia del Juzgado de lo Social, de 7 de enero de 1991, se hacía constar expresamente en los antecedentes de hecho lo siguiente: De las seis trabajadoras con categoría de Vigilante de museos que prestaban servicios en el Museo de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando bajo la cobertura de un contrato temporal para fomento del empleo, la única que no vió prorrogado su contrato por un nuevo período de seis meses fue la demandante, quien, al solicitar -a través de su esposo- una explicación de tal hecho, recibió como respuesta del responsable de contratación que no se producía la renovación por encontrarse embarazada la interesada. En la referida sentencia se declaraba la nulidad del despido de la actora por considerarlo discriminatorio, al no haber destruido la Administración empleadora la presunción que se deducía de los indicios de discriminación que la actora había puesto de manifiesto en el proceso.

d) Recurrida en suplicación la mencionada sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Madrid dictó la suya, hoy impugnada, en la que, estimando el recurso, revocaba la sentencia de instancia. Basaba la Sala su fallo en la siguiente argumentación (por lo que interesa a los efectos del presente recurso): en el presente caso el encadenamiento de sucesivos contratos temporales, con solución de continuidad, no dió a la actora la condición de trabajadora fija discontinua, por lo que su falta de llamamiento para un futuro contrato temporal, en forma alguna puede ser calificada como despido ni, por ende, entender hubo discriminación en

dicho inexistente despido.

3. Considera la actora que la resolución impugnada vulnera el art. 14 CE, en cuanto prohíbe la discriminación por razón de sexo. Tener en cuenta el embarazo de la trabajadora para producirle un perjuicio es doctrina ya mantenida en este Tribunal (SSTC 94/1984 y 166/1988) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de la Directiva 76/207 CEE. Pese a esta clara doctrina, la sentencia impugnada ha considerado que en el caso no existía discriminación cuando no existía despido, siendo así que a otras cinco trabajadoras, cuyo contrato terminaba al mismo tiempo que el de la actora, les fue renovada la relación laboral, siendo la hoy demandante la única excluida y siendo su embarazo -así se reconoció expresamente en la sentencia de instancia- la razón determinante de la conducta del ente público empleador.

Además, estima que la resolución impugnada vulnera el art. 24 CE, en cuanto no proporciona una motivación suficiente para la conclusión obtenida. Así se desprende de una abundante doctrina jurisprudencial, que cita, y concluye afirmando dejar de aplicar las normas de tutela de un derecho fundamental.

Por todo lo anterior, solicita de este Tribunal que dicte sentencia estimatoria, en la que se declare la nulidad de la resolución impugnada y se retrotraigan las actuaciones, para que por la Sala de instancia se dicte nueva sentencia en que se respete el derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE.

4. Tras integrar la demanda aportando la documentación acreditativa de la fecha de notificación de la sentencia, en los términos en que le fue requerida, la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo por providencia de 23 de marzo de 1992. En la misma resolución se requería a los Tribunales de procedencia para que remitiesen las actuaciones correspondientes y emplazasen a quienes fueron parte en el

proceso de instancia, para que compareciesen, en su caso, en el proceso de amparo. Por escrito registrado el 26 de marzo de 1992, compareció en estas actuaciones el Abogado del Estado.

5. Abierto el trámite de alegaciones por providencia de fecha 20 de julio de 1992, el Abogado del Estado efectuó las suyas por escrito registrado con fecha 15 de septiembre de 1992. En su argumentación destacaba que, en el presente caso, no se trataba de un despido, sino de una prórroga contractual que, a todos los efectos, equivalía a la concertación de un nuevo contrato con la trabajadora. Dado que la doctrina del TC en materia de discriminación la proscribió en relación con el despido, no puede ser aplicable a casos como éste en que, justamente falla el presupuesto de la previa extinción de la relación de trabajo. De hecho, la posibilidad de delimitar el ámbito de libertad y la prohibición de resultados inconstitucionales sólo puede operar sobre modificaciones de un estatus jurídico previamente existente o en el plano de concretos derechos y obligaciones. Sin embargo, no puede operar adecuadamente en los casos en que está en juego la libertad de contratación porque, técnicamente, no es un derecho, sino el presupuesto de nacimiento de relaciones jurídicas privadas. En suma, las razones por las que se contrata a una persona con preferencia sobre otra, pertenecen al ámbito de los motivos, y éstos son irrelevantes para el Derecho.

6. Por escrito registrado el 15 de septiembre de 1992, la parte efectuó sus alegaciones en las que, sustancialmente, reproducía las contenidas en la demanda de amparo.

7. A su vez, el Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido por escrito de fecha 23 de septiembre de 1992. En primer lugar, descarta que haya podido producirse una vulneración del art. 24 CE, dado que en la sentencia de instancia existe suficiente motivación de las razones por las que se ha descartado que en este caso concurriera una discriminación vedada por el art. 14

CE. El que la respuesta judicial haya sido desestimatoria de las pretensiones de la recurrente, pues, no afecta al art. 24.1 CE.

Por lo que respecta a la vulneración del art. 14 CE, aunque considera aceptables los razonamientos de instancia, no cree que se vulnere derecho fundamental alguno, a la vista de los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Si no existió un despido, sino una no contratación, no puede entenderse producida discriminación alguna, por pertenecer estas conductas al ámbito de autodeterminación de la persona y no al desarrollo de vínculos y obligaciones adquiridas con anterioridad en el curso de la relación de trabajo.

8. Por providencia de 2 de junio de 1993, se fijó para deliberación y votación de la presente sentencia el día 7 siguiente.

Fundamentos jurídicos:

1. La demanda de amparo denuncia, en síntesis, la pretendida vulneración del art. 14 CE, por la resolución de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, que consideraba que no podía estimarse que en el caso se hubiera producido la discriminación por razón de sexo alegada, ya que no había existido un despido sino que, simplemente, la empresa se había abstenido de renovar el contrato temporal que la vinculaba con la trabajadora.

En esto consiste el núcleo de la cuestión de fondo planteada, puesto que la alegada vulneración del art. 24.1 CE es meramente instrumental para obtener el amparo pedido frente a la pretendida discriminación, y carece de relevancia autónoma. El Tribunal Superior de Justicia ha razonado su postura con una fundamentación jurídica en términos suficientes para entender cumplidas las exigencias del art. 24.1 CE, aunque denegase la pretensión actora. Por ello, debe descartarse este motivo segundo de amparo esgrimido en la demanda que, en esencia, sólo es una reproducción bajo otra óptica de la preten-

sión principal, la alegada vulneración del art. 14 CE.

2. Centrada la cuestión en la denunciada discriminación por razón de sexo contraria al art. 14 CE se ha de recordar que, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de mantener, la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En esta línea ya se pronunciaron las SSTC 94/1984 y 166/1988, citadas por la actora en su demanda.

Conviene, también, tener en cuenta una peculiar circunstancia concurrente en este caso, que le dota de caracteres específicos. La sentencia de instancia en su fundamentación y en sus hechos probados estima que el embarazo de la trabajadora fue la causa determinante de la conducta de la Administración pública empleadora. Declarado expresamente probado este hecho en la instancia (porque la Administración no pudo aportar elementos probatorios que desvirtuaran el clima discriminatorio puesto de manifiesto por la trabajadora), la Sala del Tribunal Superior de Justicia mantuvo sin alteraciones su relato de hechos probados, y dejó, por tanto, establecida definitivamente esta conexión causal entre el hecho denunciado -la no renovación del contrato temporal que unía a la actora con el Ministerio de Cultura- y el motivo jurídicamente relevante que lo fundamentó.

Lo que se discute, en síntesis, es si excluye la consideración de un acto discriminatorio prohibido el que se trate, como afirma el Tribunal Superior de Justicia, de una decisión del empresario de no renovar el contrato de trabajo en curso o no contratar

de nuevo a la recurrente, pese a ese motivo del estado de embarazo de la trabajadora, y ello al no existir relación laboral ni, por consiguiente, despido, por lo que mal puede ser éste calificado como nulo por discriminación.

3. Respecto de este aspecto de la cuestión planteada, debe tenerse en cuenta que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE).

En este contexto, no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer.

De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las mas notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE). Así sucedería con lo establecido en el Convenio núm. 111 de la OIT, que prohíbe también las discriminaciones en el empleo y la ocupación (lo que, obviamente, incluye los momentos preliminares a la contratación). Y así sucedería con lo establecido en el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979

(rat. 16 de diciembre de 1983), cuyo art. 11 extiende el compromiso de los Estados firmantes a establecer mecanismos adecuados de tutela contra la discriminación de la mujer en relación con el empleo y el ejercicio del derecho al trabajo, como derecho inalienable de todo ser humano.

No puede mantenerse que en el presente caso no se ha producido una discriminación por el solo dato de que el empresario se ha limitado a ejercitar un acto de libertad al margen del contrato de trabajo. La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho. La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados no puede ser negada, como lo ratifican los instrumentos internacionales citados. Y por ello mismo, la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que a la luz de los hechos declarados probados, ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 14 CE, y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación.

Por consiguiente, una argumentación como la mantenida por la Sala en su resolución hoy impugnada provoca, sustancialmente, el efecto de abstenerse en dispensar el amparo que se pide con fundamento en principios extraídos del ámbito de la legalidad ordinaria, que no pueden, en modo alguno, neutralizar la realidad comprobada -y los efectos- de la vulneración por el empresario de un derecho fundamental de la actora (STC 88/1985, fundamento jurídico 4). La sentencia ahora impugnada, fundándose en motivos carentes de virtualidad para oponerse a la efectividad del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, ha vulnerado el art. 14 CE, por lo que el recurso de amparo ha de ser estimado.

4. Detectada la existencia de una conducta discriminatoria del empresario, la misma debió ser corregida por el órgano judicial, y al no haberlo hecho así, nos corresponde adoptar las medidas necesarias para eliminar los efectos perjudiciales que aquella conducta discriminatoria ha producido. Sólo así puede entenderse cumplido el mandato constitucional de que no prevalezca discriminación alguna; un mandato reforzado que impone a los poderes públicos la obligación específica de adoptar las medidas precisas para garantizar la efectividad de la igualdad rota (art. 53.2 CE).

Puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia el crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental (STC 166/1988), o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, ilícito por discriminatorio. En el presente caso, el efecto anulatorio afectaría a la denegación de la prórroga, y por ello, eliminada esa denegación, habría de entender prorrogada temporalmente o contratada por un nuevo período el primitivo contrato temporal para el fomento del empleo. Así lo entendió la sentencia de instancia, que condenó al Ministerio de Cultura a abonar a la actora los salarios dejados de percibir desde el día 1 de julio al 31 de diciembre de 1990. De este modo, para restituir a la actora en el goce de su derecho fundamental, procede anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia para que produzca plenos efectos la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid, de 7 de enero de 1991 (autos 580/1990).

Fallo:

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo y, en su virtud:

1. Declarar el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer (art. 14 CE).
2. Declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 1991 (recurso de suplicación núm. 1089/1991).

Publíquese esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid, a siete de junio de mil novecientos noventa y cuatro.-Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.-Fernando García-Mon y González-Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Vicente Gimeno Sendra.-Rafael de Mendizábal Allende.-Pedro Cruz Villalón.-Firmado y rubricado.

STC 3/1995,

de 10 de enero de 1995

Tipo de recurso:

Recurso de Amparo contra Sentencia de 13-4-1993 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, que, en suplicación, revoca Sentencia de 2-11-1992 del Juzgado de lo Social núm. 10, recaídas en autos sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo. Omisión del presupuesto procesal de agotamiento de la vía judicial previa: desestimación del amparo.

Disposiciones estudiadas:

- Art. 44.1 a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Art. 216 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Antecedentes:

1. Por escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 10 de junio de 1993, la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Castro Rodríguez, interpone, en nombre y representación de doña María del Carmen Mena Piñeiro, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de abril de 1993, dictada en suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, de 2 de noviembre de 1992, recaída en autos sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de vulneración de derechos fundamentales.

2. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

- a) La actual recurrente en amparo suscribió contrato de trabajo temporal al amparo del Real Decreto 1989/1984 por un período de seis meses y trece días con la empresa «Repsol Derivados, SA», como auxiliar admi-

nistrativo. Dicho contrato fue prorrogado por un año más con duración hasta el 31 de diciembre de 1991. La demandante se quedó embarazada, y en el mes de octubre de 1991 la dirección de la empresa le comunicó, verbalmente y de forma oficiosa su decisión de cesarla en su puesto de trabajo dada su situación de embarazo. Con fecha 18 de noviembre de 1991 la trabajadora causó baja médica por parto, situación en la que permaneció hasta el 9 de marzo de 1992. La actora fue cesada el 31 de diciembre de 1991. Formulada reclamación judicial por despido, el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, dictó Sentencia con fecha 22 de marzo de 1992, declarando nulo el despido, ya que estimó la existencia de discriminación por razón de sexo. No obstante, no condenó a la readmisión ni a salarios de tramitación por cuanto que la fecha del despido coincidía con la de extinción del contrato. Mas ello sin perjuicio, de acuerdo con el segundo fundamento jurídico, «de que por ejercicio de acción no acumulable exija la indemnización correspondiente». Dicha sentencia no fue recurrida por la dirección de la empresa por entender que de la misma no derivaba responsabilidad alguna para ella. (Conviene aclarar que dicha sentencia alcanzó firmeza al no ser recurrida tampoco por la actual demandante en amparo.)

- b) Con fecha 2 de julio de 1992, la demandante de amparo presentó demanda por resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la vulneración de derechos fundamentales, contra la empresa «Repsol Derivados, SA», reclamando la cantidad de 4.167.237 pesetas, desglosadas en 619.165 pesetas por el perjuicio causado por el despido, y 3.548.072 pesetas por la pérdida de salarios. La demanda fue estimada por el mismo Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, en Sentencia de

2 de noviembre de 1992, que reconoció dicha indemnización. Recurrida en suplicación por la empresa, fue revocada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Sentencia de 13 de abril de 1993, en la que absolvió a la empresa.

3. La demanda estima conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE y el principio de no discriminación por razón de sexo, consagrado en el art. 14 CE. Se solicita la nulidad de la sentencia impugnada para que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicte una nueva, respetuosa con los citados derechos fundamentales.

Los argumentos en los que se basa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Se afirma que la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid le ha dejado en una absoluta indefensión al no obtener la tutela judicial que en justicia le corresponde. A juicio de la actora, el cese por expiración del plazo es una decisión tomada por la situación de una persona, en este caso de una mujer, que por el solo hecho de quedarse embarazada es, más que «advertida», amenazada de ser despedida, cuando de ser otra la causa del cese no se habría producido la anterior prórroga de un año más del inicial contrato, con gran satisfacción de la empresa que le sube el salario. Tal como se declaró en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, de 21 de marzo de 1992, el cese es una decisión puramente discriminatoria del empresario por el hecho de estar embarazada. Lo que debe contestar la Sala es si debe indemnizar o no esa violación de derechos fundamentales que se ha producido y no volver a replantear si ha habido o no discriminación, lo que ya está perfectamente establecido. La negativa de

la Sala a dar tutela a ese derecho, que ha nacido de otra resolución, constituye una incongruencia absoluta entre la sentencia dictada y la pretensión que se deducía en este procedimiento, pues lo que la sentencia impugnada valora es si había o no temeridad o discriminación cuando ya lo había establecido otro órgano judicial. Recuerda la imposibilidad de acumular acciones de despido y de resarcimiento de daños y perjuicios, así como la existencia en la Ley de Procedimiento Laboral vigente de 1990 de un procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales (arts. 174 y ss.), dentro del cual es posible reclamar la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración, incluida la indemnización que proceda, que es lo que se está reclamando en este procedimiento. No se reclama la prórroga forzosa, como entiende el Tribunal Superior de Justicia, sino que, a efectos de justificar la lógica de una cantidad, se utiliza como punto de referencia lo que podría haber sido percibido de haber cubierto los tres años de contrato.

b) Se aduce, además, que la maternidad no es un capricho sino una función social que debía estar amparada en vez de repudiada en el mundo del mercado de trabajo. Cita la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. No sancionar, ni reconocer ningún daño y perjuicio, a una mujer que ha sido despedida por razón de embarazo, es, según la recurrente en amparo, abrir la puerta al despido de las mujeres embarazadas y permitir una situación de discriminación. La acción que se ejercita tiene perfecto encaje en nuestro ordenamiento jurídico, como se des-

prende de las SSTs de 20 de septiembre de 1990 y 23 de julio de 1990, que permiten ejercer las acciones de indemnización de daños y perjuicios derivados del contrato. Aún más, se afirma en la demanda que, «hay una sentencia absolutamente esclarecedora de un supuesto muy parecido al que estamos estudiando que es la Sentencia de 11 de diciembre de 1991, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en la que se estudia también el art. 14 de la Constitución, se declara nulo radical el despido de una trabajadora por estar embarazada y además en contratos temporales, y en la que propone una actuación como la que hizo en su momento el Juzgado de lo Social núm. 10 de los de Madrid».

c) Se alega, por último, vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, al no respetar las anteriores decisiones judiciales hechas por órganos competentes reconociendo la indemnización de daños producidos por la vulneración de los derechos conculcados.

4. La Sección Primera, por providencia de 25 de octubre de 1993, acordó conceder un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que alegaran en relación con la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1

c) LOTC. El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 11 de noviembre de 1993, se opuso a la admisión a trámite de la demanda. Considera que la sentencia recurrida se limita a denegar la indemnización por no encontrar título jurídico para ello, lo que no provoca la vulneración del art. 14 CE ni la del art. 24.1 CE. Niega por otra parte, que se haya vulnerado el derecho a la ejecución (art. 24.1 CE) de las resoluciones judiciales en sus propios términos, pues la sentencia precedente no condicionaba necesariamente la ejecución indemnizatoria de su fallo, sino que indicaba una vía jurisdiccional para la reclamación. Por su parte, la demandante en amparo se ratifica en todo lo alegado en la demanda.

5. Por providencia de 13 de diciembre de 1993 la Sección, acordó admitir a trámite la demanda y requerir al TSJ de Madrid y al Juzgado de lo Social el envío de las actuaciones, e interesar al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento para la comparecencia en este proceso constitucional.

6. La Sección, por providencia de 28 de febrero de 1994, acordó acusar recibo al TSJ de Madrid y al Juzgado de lo Social de las actuaciones remitidas; tener por personado y parte en el procedimiento al Procurador de los Tribunales señor Oterino Menéndez a los efectos de evaluar el trámite de alegaciones del art. 52 de la LOTC; y dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por un plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

7. En escrito registrado el 26 de marzo de 1994, la representación de la recurrente ratificó en todos sus extremos la demanda inicial.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó la desestimación del amparo solicitado. Tras reseñar los antecedentes y fundamentación jurídica de la demanda, subraya que nada en la sentencia recaída en un proceso precedente obliga en términos del art. 24.1 CE a otorgar una indemnización a la trabajadora. A tal efecto, no puede desconocerse, como advierte la sentencia recurrida, la naturaleza de la contratación temporal que regía la relación laboral entre la señora Mena Piñeiro y «Repsol Derivados, SA». Conceder una indemnización, dice la sentencia recurrida, implicaría reconocer de facto la consecuencia económica compensatoria de una prórroga forzosa. Esta tesis podría discutirse sólo en terrenos de mera legalidad por mor del art. 117.3 CE. Los derechos de compensación económica de la trabajadora no quedarán desprotegidos, pues, fuera de la jurisdicción laboral podrían plantearse civilmente con causa en el art. 1902 CC. Lo que pretende la demanda es que con olvido de la naturaleza temporal de la

relación laboral existente entre la trabajadora y la empresa, y declarada la existencia de una causa extintiva de aquélla, se otorgue ex constitutione (art. 14) una indemnización. Pero lo cierto es que existen otras declaraciones de vulneraciones constitucionales que no producen efectos procesales directos, v. gr., dilaciones indebidas o hábeas corpus. Es evidente que de no mediar la ratio del Real Decreto 1989/1984 cobraría todo su sentido la vulneración del art. 14 CE (SSTC 114/1989, 135/1990, 197/1990, 14/1992, 21/1992, 7/1993, y 266/1993). La declaración de nulidad radical del despido implica la readmisión inmediata del trabajador, con exclusión de la indemnización sustitutoria.

La demanda de amparo -añade el Fiscal-reconoce de facto la virtualidad de la normativa aplicable -Real Decreto 1989/1984- y no ha interesado la readmisión de la trabajadora, cuando ésa era la única consecuencia exigible constitucionalmente. Sin embargo, desconoce esa virtualidad normativa pidiendo de manera claramente sustitutoria una indemnización. Surgiría así una suerte de despido improcedente. Ciertamente es que el Tribunal Constitucional puede acudir a esta vía compensatoria pretendida por la demanda y preservar de esta manera la consecuencia de una muy censurable decisión empresarial, pero ello a juicio de este Ministerio Fiscal, supondría cuasilegislar en esta vía, amén de, siempre con una loable decisión metaconstitucional, traspasar la barrera de la cuestión de mera legalidad que establece el art. 117.3 CE. Puede hacerse en defensa de derechos fundamentales violados pero no es el caso de autos. No se concibe que si el título para conceder la indemnización es la declaración de despido radicalmente nulo, tal título ejecutivo no puede producir efectos ex tunc y en el proceso en el que se declara sino deba deferirse a un proceso posterior.

Por último, afirma el Fiscal que no puede tampoco prosperar el alegato de la vulneración del art. 14 CE, igualdad en la aplicación de la ley, porque el único término

de comparación que se ofrece es la Sentencia de 11 de diciembre de 1991 del TSJ de Valencia, que no es término de comparación adecuado al estar la sentencia recurrida dictada por el TSJ (Sala de lo Social) de Madrid.

9. La representación de «Repsol Derivados, SA», interesó la denegación del amparo solicitado. A su juicio concurren dos causas de inadmisibilidad: a) La falta de imputación de la violación del derecho denunciado a una acción u omisión del órgano judicial, tanto por no haber recurrido en el pleito concreto del despido la sentencia de instancia ante el Tribunal Superior, interesando la declaración de nulidad radical y la consiguiente reincorporación de la demandante a su puesto de trabajo [art. 44.1 b) LOTC], como por haber llegado a una conciliación en el segundo pleito precedente de reclamación de cantidad por finiquito de salarios impidiendo el dictado de la sentencia y la instrumentación de los procesos impugnatorios [art. 44.1 b) LOTC]; y c) el no agotamiento de todos los recursos utilizables en la vía judicial previa por no haber interpuesto el recurso de casación para unificación de doctrina [art. 44.1 a) LOTC].

Afirma que si la vulneración de los derechos y libertades de la actora consistió, según la sentencia del Juzgado, en el pleito por despido, en la declaración del mismo como discriminatorio, el Juzgado mismo reparó la lesión en el propio proceso de despido que la recurrente consintió; y si la misma formuló el cálculo de las consecuencias económicas de tal despido y del cese global de su relación laboral en la demanda judicial del segundo pleito, que formalmente concilió el 6 de julio de 1992, cobrando 250.003 ptas. de indemnización con cese incluido, resulta evidente que las consecuencias económicas de la lesión del derecho fundamental fueron acordadas con el correspondiente finiquito. Subraya que la sentencia impugnada en amparo no contiene ninguna vulneración ni del art. 14 ni del art. 24.1 CE y que ha aplicado correctamente los criterios lega-

ley y jurisprudenciales en materia de daños y perjuicios sin incurrir en ninguna infracción revisable en amparo. A su juicio, la sentencia razona correctamente que, al no existir un derecho de la actora a la prórroga del contrato hasta el tope legal de los tres años, no cabe estimar la existencia de un daño efectivo e indemnizable. Hubiera constituido un auténtico enriquecimiento injusto de la recurrente si se le abonasen unos servicios no prestados por un perjuicio no acreditado, toda vez que la actora cobró a través de su finiquito la indemnización derivada de la resolución de su contrato. En definitiva, sostiene que los problemas planteados son de legalidad ordinaria y por ello reservados a la competencia exclusiva de los jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social.

10. Por providencia de 19 de diciembre de 1994 se señaló para deliberación y votación de esta Sentencia el día 22 siguiente, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

Fundamentos jurídicos:

1. Razones de orden lógico determinan la procedencia de examinar en primer lugar las causas de inadmisibilidad del presente recurso de amparo alegadas por la representación de «Repsol Derivados, SA», parte demandada en el proceso previo y personada en este recurso de amparo como parte recurrida. Aduce en primer lugar que de los tres procedimientos laborales seguidos a instancia de la actual recurrente en amparo, con motivo de la extinción del contrato de trabajo temporal que mantenía con la citada sociedad, no agotó en el primero de ellos, tramitado ante el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, los recursos procedentes contra la Sentencia de 22 de marzo de 1992 que puso fin a dicho procedimiento, y en el que se declaró nulo el despido por discriminación, pero sin declarar el derecho a la readmisión dado que la fecha del cese coincidía con la fijada en el contrato para la terminación del mismo y sin perjuicio de la posible indemnización que, por vulneración de un derecho fundamental, podía

reclamar la actora en otro proceso; alega también que el segundo procedimiento judicial seguido ante el propio Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid, terminó por conciliación celebrada el 6 de julio de 1992, quedando liquidado el contrato de trabajo mediante un finiquito que comprendía todos los conceptos reclamados; y, finalmente, con referencia ya al tercer proceso -el previo a este recurso de amparo que terminó por la sentencia ahora recurrida-, alega como motivo de inadmisión que impediría a este Tribunal entrar en el fondo del asunto, que no se ha respetado lo establecido en el art. 44.1 a) de nuestra Ley Orgánica por no haberse agotado todos los recursos utilizables contra la sentencia impugnada.

Es claro que las dos primeras causas de inadmisión invocadas han de ser rechazadas, puesto que la primera -no haber recurrido la Sentencia de 22 de marzo de 1992 que puso fin al primer proceso-, no puede proyectarse sobre el actual recurso de amparo en el que, con base precisamente en la firmeza de aquella sentencia, se solicita la indemnización de perjuicios por vulneración de un derecho fundamental que le fue otorgada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Madrid y que fue revocada por la sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social) por la Sentencia de 13 de abril de 1993, ahora impugnada. Carece, pues, de base esta supuesta causa de inadmisión, toda vez que no guarda relación alguna, desde un punto de vista procesal, con el presente recurso de amparo; ni se razona jurídicamente en las alegaciones de la parte recurrida, los efectos que, en orden a la inadmisión de la demanda, derivarían del hecho de haberse consentido la sentencia dictada en el primer proceso, cuando lo cierto es que se arranca de la firmeza de dicha sentencia para plantear en el proceso previo a este recurso el problema de fondo que en él se formula.

También hay que rechazar el segundo motivo de inadmisión alegado por la recurrida, puesto que en él no se plantea un obstáculo procesal impeditivo de una resolución sobre el fondo, sino una cues-

tión de legalidad ordinaria -los efectos del finiquito del contrato- que, enjuiciada y resuelta por el Tribunal competente, en ningún caso podría ser revisada por este Tribunal.

2. Distinta suerte ha de correr el tercero de los motivos de inadmisión que, planteado por la parte recurrida en sus alegaciones, ha de ser acogido y, por tanto, impide a este Tribunal examinar y decidir sobre el problema de fondo que se formula en este recurso de amparo.

Se trata de que frente a la sentencia recurrida en amparo no se interpuso el recurso de casación para la unificación de doctrina del que se advirtió expresamente a la recurrente y que, conforme a lo razonado en la propia demanda de amparo, su interposición resultaba claramente procedente, según lo establecido en el art. 215 y siguientes de la vigente Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

En efecto, aunque en el antecedente duodécimo de la demanda de amparo se pretende justificar la improcedencia de interponer dicho recurso por no encontrar ninguna Sentencia que, por contradecir la ahora recurrida directamente en amparo, pudiera hacer viable con arreglo al art. 216 LPL el recurso de casación para la unificación de doctrina, es lo cierto que en los fundamentos jurídicos de la demanda, contradiciendo aquella justificación, se citan hasta cuatro sentencias que encajan perfectamente en las exigencias del citado precepto, y que la demanda trae a colación como uno de sus fundamentos: la vulneración del art. 14 CE por no respetar la sentencia impugnada el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Las sentencias invocadas en el recurso en apoyo de dicha infracción constitucional, son las siguientes: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de julio de 1989; Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 23 de julio y 20 de septiembre de 1990; y Sentencia del TSJ de Valencia de 11 de diciembre de 1991.

Pues bien, es doctrina reiterada de este Tribunal que la configuración subsidiaria del recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales, cuyo primer garante está atribuida por la Constitución a los órganos del poder judicial (art. 53.2 CE), exige, y así lo establece el art. 44.1 a) LOTC, no acudir al remedio extraordinario del amparo constitucional, sin haber «agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial». Y concretamente con referencia al recurso de casación para la unificación de doctrina que ha introducido la vigente Ley de Procedimiento Laboral, la necesidad de su previa utilización cuando el amparo se basa en la infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley por la contradicción entre diversas sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o con sentencias del Tribunal Supremo. Así se ha declarado por este Tribunal en sus recientes SSTC 152/1994 y 318/1994.

Como ya hemos señalado en la demanda de amparo se citan diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que, guardando relación con el caso debatido, llegan a pronunciamientos distintos. Muy señaladamente se invoca en la demanda la Sentencia de 11 de diciembre de 1991 del TSJ de Valencia, afirmándose que estudia también el art. 14 de la CE y declara nulo radical el despido de una trabajadora por estar embarazada teniendo contrato temporal, agregándose que, al no ser posible la readmisión de la demandante en su precedente puesto por el vencimiento de la prórroga del contrato, se establece una indemnización determinada. La semejanza del caso que ahora se juzga y el supuesto identificado en dicha sentencia que llegó razonadamente a un distinto fallo respecto del ejercicio de la acción de daños y perjuicios, hacia procesalmente procedente la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina por concurrir, en principio, todos los requisitos exigidos por el art. 216 LPL: la sentencia puesta de contraste ha sido dictada en suplicación por la Sala de lo

Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia y la contradicción se produce respecto de una idéntica situación y en relación a unas pretensiones sustancialmente iguales. Y lo mismo cabe decir de las demás sentencias invocadas en el recurso, aunque la coincidencia de los casos por ella resueltos no coincidan tan exactamente con el supuesto ahora enjuiciado, pero sí guardan la semejanza que la propia recurrente señala para fundar la infracción del art. 14 CE, por desigualdad en la aplicación de la ley. Desigualdad que tiene ahora en la jurisdicción laboral un cauce encaminado a la unificación de doctrina por el Tribunal Supremo del que, cualquiera que sea el resultado del recurso establecido con dicha finalidad, no puede prescindirse para acudir a la vía del amparo constitucional.

Es, pues, claro que mediante la formalización del recurso para la unificación de doctrina se hubiera conseguido, no sólo el restablecimiento de la unidad de doctrina jurisprudencial, supuestamente rota por la sentencia ahora impugnada en amparo, sino el examen por el Tribunal Supremo del problema que se nos plantea directamente y, por tanto, sin agotar los recursos procedentes en la vía judicial que exige el art. 44.1 a) de nuestra Ley Orgánica.

Así las cosas, este Tribunal no puede entrar a resolver sobre el fondo porque de hacerlo estaría suplantando la labor revisora de decisiones judiciales que las propias leyes atribuyen a otros Tribunales dentro de nuestro sistema de ordenación judicial (STC 337/1993).

Fallo:

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín

Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diez de enero de mil novecientos noventa y cinco.-Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.-Fernando García-Mon y González-Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Vicente Gimeno Sendra.-Rafael de Mendizábal Allende.-Pedro Cruz Villalón.-Firmados y rubricados.

Voto particular:

Que formula el Presidente don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1881/1993.

1. Disiento de la decisión adoptada por la mayoría, así como de la fundamentación que la sustenta.

En primer lugar, no creo que puede considerarse que la actora no haya agotado la vía judicial previa [art. 44.1 a) LOTC]. Como este Tribunal ha reiterado en numerosas resoluciones, el referido precepto pretende establecer mecanismos que aseguren, efectivamente, el carácter subsidiario del recurso de amparo, ofreciendo al justiciable la posibilidad de que los Jueces y Tribunales ordinarios salvaguarden los derechos fundamentales cuya infracción invoca, propiciando la reparación de las consecuencias de dicha eventual infracción. Por ello se ha dicho que «el requisito del agotamiento de la vía judicial previa no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación existentes en el ordenamiento, sino aquellos que razonablemente convengan» (STC 67/1982), por ser adecuados y útiles para lograr el objetivo antes descrito. En este sentido no puede discutirse que el recurso de casación para la unificación de doctrina es un medio de impugnación hábil para lograr las finalidades descritas por lo que, si procede su interposición, ha de efectuarse antes de acudir a la vía de amparo (SSTC 337/1993; 377/1993, por todas). Pero la procedencia de la interposición del referido recurso no puede afirmarse sin más. Se han de tomar en consideración los

requisitos legalmente impuestos para el cumplimiento de su función institucional en el esquema de medios de impugnación previsto en la Ley procesal laboral, a la luz de la interpretación que del alcance de dichos requisitos viene manteniéndose en nuestros Tribunales. El art. 216 LPL establece que el recurso procederá en supuestos de contradicción doctrinal entre «sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia» y las dictadas por otras «Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiera llegado a pronunciamientos distintos», y, contra lo que afirma la mayoría, estimo que esa sustancial igualdad entre los elementos citados que constituye el presupuesto mismo del recurso, y que, por añadidura, es exigida rigurosamente en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo al interpretar el referido precepto de la LPL (STS de 4 de noviembre de 1991, por todas), no concurre en este caso, de forma patente y manifiesta.

En efecto, en ninguna de las sentencias mencionadas por la representación de la propia actora, ni, en particular en la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 11 de diciembre de 1991, en la que la mayoría de la Sala ha hecho especial hincapié era objeto de la pretensión ejercitada el percibo de una indemnización vinculada a una discriminación por razón de sexo, materializada en la terminación del contrato de trabajo por despido declarado nulo por discriminatorio en un anterior proceso, y distinta a la legalmente establecida frente al despido improcedente. Esta diversidad de pretensiones ha permitido entender a la recurrente que no existía contradicción doctrinal relevante a efectos de lo dispuesto en el art. 216 LPL, tal y como viene siendo muy rigurosamente interpretado por el Tribunal Supremo. Por ello, no le era exigible para tener acceso al amparo constitucional interponer dicho recurso, que, con

toda probabilidad, no hubiera sido admitido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, y que, por ello, no hubiera servido a la finalidad última a que obedece el requisito del art. 44.1 a) LOTC. En consecuencia, la Sala debería haber entrado a analizar el fondo del asunto.

2. Sentado lo anterior, es inexcusable entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, constituido por la eventual procedencia de la indemnización solicitada como consecuencia de la falta de prórroga del contrato temporal de la trabajadora por razón de su embarazo. Para ello conviene recordar que en la sentencia impugnada se rechaza que la hoy actora pueda tener derecho a la indemnización que reclamaba, no porque la motivación que impulsó a la empresa no fuese el embarazo de aquélla (punto este que la sentencia no discute sino que antes bien ratifica, al aceptar los hechos probados de la resolución de instancia), sino porque: a) «el contrato de trabajo era temporal, al amparo del Real Decreto 1989/1984 y la prórroga pactada entre los interesados vencía el 31 de diciembre de 1991»; b) «la prórroga de tales contratos es una libre facultad de ambas partes, quienes pueden negarse a ella sin tener que alegar motivo ni causa alguna y los interesados sólo pueden tener una simple expectativa jurídica, que se extinguió desde el momento en que la empresa tomó la decisión de no prorrogar el contrato y la notificó a la demandante, quien jamás puede alegar perjuicio alguno por tal decisión en la que, por ser totalmente libre para ambas partes, no cabe apreciar temeridad ni discriminación alguna», y c) «el Tribunal no puede fijar indemnización alguna en favor de cualquiera de los interesados, sea cual fuese la causa en que se intenta justificarla, pues ello supondría imponer una prórroga forzosa totalmente contraria al espíritu y texto del Real Decreto 1989/1984».

El razonamiento judicial transcrito resulta inadmisibles desde la perspectiva de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, al menos por un doble orden de razones:

- a) La primera, que, según doctrina de este Tribunal, una vez que la parte demandante ha asumido con éxito la carga de probar la existencia de indicios de discriminación en el contrato de trabajo, corresponde a la demandada alegar y acreditar los fundamentos de su decisión, excluyendo la posibilidad de que ésta pueda estar basada en un motivo discriminatorio, y ello es predicable de todos los poderes y facultades empresariales, tanto los que, por exigencia legal, han de estar fundados en causas concretas, como aquellos otros que en circunstancias distintas serían discrecionales o en todo caso no estarían sujetos a la carga de exteriorizar su motivación. Con palabras de la STC 94/1984 (fundamento jurídico 3.º), una decisión que la Ley abandona a la esfera de libertad del empresario podrá ser irrelevante para el Derecho siempre que tenga cabida «dentro del ámbito de libertad reconocido en el precepto legal, que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales» pues, afirmado el carácter normativo de la Constitución, sus mandatos se erigen en límites infranqueables que obligan a reconsiderar, desde su perspectiva, el alcance real de dichos márgenes de libertad, que ya no pueden ser apreciados con independencia de aquéllos.

Por esta razón no puede resultar constitucionalmente admisible un razonamiento judicial que trae como consecuencia directa la neutralización del precepto constitucional en aquellos aspectos de la dinámica del contrato de trabajo en los que la Ley se abstiene de establecer requerimientos causales explícitos para el ejercicio de los poderes empresariales.

- b) A pesar de que es la anterior, a mi juicio, una consideración trascendente desde la perspectiva del art. 14 CE, aún lo es más el control de los argumentos que han sido determinantes para el fallo de la sentencia impugnada, en cuanto referidos al fondo de la cuestión planteada. Como ya se ha expuesto, y en síntesis, el razonamiento judicial descansa sobre la base de que en el presente caso no es posible considerar producida discriminación alguna porque, siendo como es libre la decisión de prorrogar el contrato, y no existiendo un derecho a que la prórroga se produzca (de ninguna de las partes de la relación), imponer al empresario el abono de una indemnización por no hacerlo supondría reconocer la existencia de una prórroga forzosa, contraria al espíritu y la letra de la norma.

También en relación con este bloque argumental conviene tener presente la doctrina de este Tribunal, que ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En su STC 173/1994, se afirmó que es constitutiva de una discriminación por razón de sexo una acción u omisión con resultado peyorativo que el empleador adopte con fundamento «en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca» (fundamento jurídico 2.º), y el embarazo, desde luego, es una de esas condiciones o circunstancias inevitablemente vinculadas a la condición de mujer.

Cuando dicha diferenciación peyorativa se materializa en la no contratación o en la falta de prórroga del contrato de trabajo, «no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral puede generarse una conducta de esta naturaleza, mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga» de no mediar la circunstancia del embarazo de la trabajadora, claramente vinculada con un factor prohibido de discriminación (fundamento

jurídico 3.º). Por lo dicho, lo mismo que en el supuesto que trajo causa la STC 173/1994 citada, no puede sostenerse que en el presente caso no se ha producido una discriminación por el solo hecho de que «el empresario se ha limitado a ejercitar un acto de libertad al margen del contrato de trabajo», pues «la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario es jurídicamente relevante desde el momento en que... ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral». De otro modo, para concluir con la cita de nuestra doctrina, «quedarían al margen de la tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales suscritos por España en esta materia» que constituyen criterios hermenéuticos básicos del contenido del art. 14 CE por imperativo del art. 10.2 de la Norma fundamental (así, el Convenio 111 de la OIT, arts. 1 y 2, o el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, art. 11).

Partiendo de esta base doctrinal, resulta claro que el sentido de nuestra sentencia hubiera debido ser estimatorio de la pretensión de amparo, por haber vulnerado la resolución impugnada el art. 14 CE, en cuanto no ha reparado las consecuencias de la discriminación denunciada, pues también la tutela resarcitoria es una vía adecuada y efectiva para alcanzar dicho resultado, sin que ello implique el establecimiento de prórroga forzosa del contrato de clase alguna. Este argumento, sin duda válido desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, es aquí erróneo, porque no ha tenido en cuenta que en este proceso se trata de determinar las consecuencias de la lesión de un derecho fundamental, que es el fundamento real y último de la indemnización.

Publíquese este voto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, diez de enero de mil novecientos noventa y cinco.-Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.-Firmado y rubricado.

STC 136/1996,

de 23 de julio de 1996

Tipo de recurso:

Recurso de amparo formulado contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 octubre 1992, desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, de 10 enero 1992, recaída en autos sobre despido. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: existencia: otorgamiento de amparo.

Disposiciones estudiadas:

- Convenio de 28 de junio de 1952, sobre protección de la maternidad.
- Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad de hombres y mujeres en el acceso al empleo.
- Arts. 10, 14, 15 y 24.1 de la Constitución Española.
- Art. 44.1, b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Arts. 20 y 54.2, a) del Estatuto de los Trabajadores.
- Art. 5º, d) del Convenio OIT núm. 158, de 22 de junio de 1982 (ratificado el 18 de febrero de 1985), sobre terminación de la relación laboral por el empleador.
- Arts. 96 y 113.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.
- Art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1995, sobre seguridad e higiene en el trabajo.

Antecedentes:

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 24 de mayo de 1994 el Procurador de los Tribunales don Juan Ignacio Avila del Hierro, en nombre y representación de doña María Isabel Rubio Martínez, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de

30 de octubre de 1992, desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid en 10 de enero de 1992.

2. La demanda se basa en los siguientes hechos:

- a) La ahora recurrente, que desde el 1 de marzo de 1983 prestaba servicios laborales por cuenta y en la sede del Partido Popular, fue despedida, con efectos desde el día 30 de septiembre de 1991, por ausencias injustificadas del puesto de trabajo y reiteradas faltas de puntualidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 54.2, a) del Estatuto de los Trabajadores.

La comunicación de despido concretaba la primera causa a la ausencia injustificada al trabajo durante los días laborables comprendidos entre el 16 y el 30 de agosto. «Pese a que -precisaba- antes de sancionarle por este motivo se le ha requerido para que justifique esta ausencia, las razones esgrimidas en su carta el día 24 de los corrientes no son admisibles, toda vez que su presunta situación de Incapacidad Laboral Transitoria en ese período tan sólo puede ser legitimada por el médico correspondiente de la Seguridad Social a través de los oportunos partes de baja y confirmación plasmados en los documentos oficiales establecidos al efecto, sin que la mera solicitud de esa situación de un médico particular, adscrito a una Fundación Médica de carácter privado, enerve ese único y posible sistema de acreditación de la situación de ILT».

La segunda aludía a sus reiteradas faltas de cumplimiento de horario los días 8, 10 y 11 de julio y los días 3 a 6 y 9 a 13 de septiembre, de modo que en los dos últimos meses de trabajo efectivo había acumulado un total de cuarenta y cuatro horas y diez minutos no trabajados.

- b) Impugnado el despido ante la jurisdicción social, la demanda exponía que la causa real de la extinción no resi-

día en razones disciplinarias, si no que obedecía, entre otros motivos, al embarazo de la recurrente, relatando las circunstancias del mismo y las de otros tres estados de gestación previos, así como la negativa a aceptar la propuesta empresarial de causar baja definitiva con una indemnización.

c) El Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, en Sentencia de 10 de enero de 1992, declaró procedente el despido y extinguida la relación laboral que unía a las partes, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Declaró probados, entre otros, los siguientes hechos:

-Que las funciones desempeñadas por la actora, dentro del equipo de la Diputada doña Isabel Tocino, consistían en el «seguimiento de los asuntos parlamentarios a través de la prensa, temas de agenda y llamadas» (hecho primero). En cuanto al trabajo a realizar dependía directamente de aquélla, aunque administrativamente el superior jerárquico era el Gerente Nacional (hecho segundo).

-Que por diversas razones la referida parlamentaria prácticamente no acudió a la sede del Partido desde junio hasta el 13 de septiembre de 1991 (hecho cuarto). «La actora [le] comunicó su estado de embarazo ... cuando tuvo la certeza del mismo, y en ningún momento ... que el médico le hubiera prescrito reposo absoluto ... Tampoco le dice nada al respecto el 13 de septiembre cuando ambas se ven en la sede del Partido Popular, fecha en la que sí [le] comunicó ... su interés en marcharse de la empresa con una baja incentivada, pidiéndole que se la gestionara con la Gerencia, a lo que accedió ...» (hecho quinto).

-«Ha quedado probado que la actora tenía autorizadas y disfrutó sus vacaciones del 15 de julio al 15 de agosto, y que no se incorporó al

trabajo el 16 de agosto, sino el 2 de septiembre, sin comunicar ... a ninguna persona del Partido Popular los motivos, ni solicitar la oportuna licencia. También han quedado probadas las faltas de cumplimiento del horario imputadas en la carta de despido» (hecho sexto).

-«El 24 de septiembre de 1991 la actora presentó al Gerente ... un informe médico fechado el 30 de mayo de 1991 en el que» un ginecólogo de una clínica privada le certificaba «la siguiente patología: de gestación de siete semanas. Gestación de riesgo, con riesgo de aborto y mala historia obstétrica. Por todo ello deberá permanecer de baja laboral y a partir del día jueves 30 de mayo de 1991, hasta las quince semanas de gestación» (hecho octavo).

-«Con fecha 10 de octubre de 1991 la Doctora ... del Centro de Salud del INSALUD que corresponde a la trabajadora facilita a ésta un parte de baja con fecha 19 de agosto de 1991 y alta de 26 de septiembre de 1991, que ha sido anulado por la Inspección Médica del INSALUD por su irregularidad» (hecho séptimo).

Y en su fundamentación jurídica, tras afirmar que «no existe el más mínimo indicio en las actuaciones» de discriminación por razón de sexo y condición personal de embarazada (fundamento de derecho segundo), razonaba: «... Habiendo acreditado la empresa en el acto del juicio, que son ciertas las causas alegadas en su carta de despido de 30 de septiembre de 1991, ... ha de concluirse que la trabajadora ha incurrido en un incumplimiento contractual grave y culpable contemplado como causa justa de despido disciplinario en el art. 54.2, a) del ET, ... habiendo faltado la actora a su trabajo desde el 16 de agosto al 2 de septiembre, sin haber puesto en ningún momento en conocimiento de la empresa, ni de su Jefe ..., el presunto alto riesgo de su embarazo, ni que el

médico le hubiera prescrito reposo absoluto, ni haber tramitado en su caso la correspondiente baja, ni haber presentado documentación alguna en la empresa, haciendo llegar al Gerente el 24 de septiembre de 1991 tan sólo un informe de un ginecólogo fechado en mayo ... A todo lo anterior han de añadirse las reiteradas faltas de cumplimiento del horario, también probadas, sin tener en cuenta las correspondientes al mes de julio, prescritas, de acuerdo con el art. 60 ET, tal y como reconoció la empresa en el acto del juicio, y a cuyo respecto ha de resaltarse que si bien la Jefe de la actora ..., no controlaba el horario de la misma, dada su escasa presencia en la sede del Partido, lo que sin duda daba a la trabajadora una gran libertad en cuanto a flexibilizar su horario y organizar su trabajo, ello no obsta para que su obligación sea la realización de la jornada diaria, que unilateralmente ha dejado reducida a menos de la mitad en las fechas aludidas en la carta de despido. Todo lo anterior ha de contemplarse teniendo en cuenta que aun cuando fuera cierta la necesidad de la actora de hacer reposo, en ningún momento le comunicó ni a su Jefe ni al Gerente, ni al Jefe de Personal, ni tan siquiera les presentó el informe de su ginecólogo particular fechado en mayo sino hasta finales de septiembre, por lo que en todo caso las faltas han sido injustificadas» (fundamento de derecho tercero).

- d) Recurrída en suplicación, el recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de octubre de 1992. En primer lugar rechazó la revisión de los hechos probados porque: «... Examinadas las peticiones y los documentos en que se apoyan, se comprueba que en forma alguna tales revisiones se sustentan en errores del juzgador en la apreciación de las pruebas, puesto que siendo sólo objeto de alegación para la defensa del presente motivo la cita de documentos, los que el recurrente indica, los utiliza partidariamente

para sustentar sus tesis, rebatiendo así al juzgador, quien en ejercicio de las atribuciones y facultades legalmente otorgadas, ya los tuvo en cuenta, para entresacar de los mismos las conclusiones que concretó en hechos declarados probados con repercusión y relación directa con el objeto del litigio, que no es otro que el de conocer si los hechos imputados en la carta de despido a la trabajadora tuvieron lugar, y si las faltas de puntualidad y ausencias reprochadas estuvieron o no justificadas ...» (fundamento de derecho tercero).

En segundo término confirmó la procedencia del despido y descartó la existencia de discriminación razonando lo siguiente: «... La trabajadora en lugar de hacer caso de las recomendaciones médicas, ponerlo en conocimiento de la empresa y proceder a cumplimentar baja por enfermedad, dejando a la demandada la opción de sustituir a la trabajadora en este periodo, decide unilateralmente compatibilizar el trabajo y su estado de salud sin contar con la empresa, la cual sólo podía saber la situación de embarazo, pero no otras circunstancias invalidantes derivadas del mismo, dando como resultado un incumplimiento contractual por parte de la actora al ausentarse de su puesto de trabajo sin permiso durante quince días seguidos, y disminuir de forma continuada su jornada laboral durante el mes de septiembre ...». «... La trabajadora el 13 de septiembre de 1991 comunica a su Jefa directa su interés en marcharse de la empresa, lo que haría voluntariamente con una baja incentivada. Esto significa que antes de que la empresa pidiera explicaciones a la actora sobre justificación de ausencias, ésta ya había decidido extinguir su relación laboral, dejando su conclusión sólo pendiente de una negociación de carácter económico, por lo que ni siquiera como planteamiento dialéctico, puede admitirse móvil alguno discriminatorio en la decisión sancionadora de la empresa, que ha podido basar en causas objetivas, previstas y sancionadas en el art. 54.2 a) del ET ...» (fundamento de derecho cuarto).

e) Contra la misma interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Auto de 11 de marzo de 1994 lo inadmitió por omitir en el escrito de interposición una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, y faltar la igualdad sustancial que exige el art. 216 de la LPL, tras un pormenorizado examen de la Sentencia recurrida y las invocadas como contradictorias.

3. El recurso de amparo se dirige contra las expresadas sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia, a las que imputa haber lesionado los arts. 14, 15 y 24.1 CE. Se argumenta a propósito de este último, desde la premisa según la cual las faltas de puntualidad y asistencia no operan de forma automática y objetiva y deben ser consideradas en atención a los antecedentes y circunstancias, sin desconocer el factor humano, que la actora ya puso de relieve en su demanda la existencia de tres embarazos problemáticos durante la vigencia de la relación laboral, concretamente en los años 1986, 1988 y 1989, y que a raíz de quedar embarazada de nuevo en 1991 con riesgo de aborto, flexibiliza su asistencia y horario con conocimiento no sólo de su jefe inmediato, sino también de la empresa. En el acto del juicio se practicó abundante prueba al respecto, ignorada por el juzgador, y en suplicación se intentó incorporar al relato histórico tales circunstancias. Sin embargo, la Sala, al ignorar y rechazar los correspondientes motivos del recurso porque el objeto de la litis se centra en determinar si los hechos imputados en la carta de despido están o no acreditados, niega a la recurrente el derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, las sentencias impugnadas consagran una actuación de discriminación por razón de sexo y condición de la mujer embarazada desconociendo el derecho a la vida y a la integridad física, interpretados a la luz del art. 5 de la Directiva CEE 76/207, arts. 3 y 4 del

Convenio núm. 3 de la OIT, arts. 1.2 c), 3 y 6 del Convenio núm. 103 de la OIT y art. 1.2 de la Recomendación núm. 95 de la OIT. La actora es mujer y además en avanzado estado de gestación, con precedentes de tres embarazos traumáticos, y se la despide a sabiendas de que su ausencia se ha justificado con un certificado médico que acredita el riesgo de aborto, constanding además que su trabajo es inexistente por ausencia de su jefe. Las causas del despido enraízan con su condición de mujer embarazada, pues si no hubiese concurrido esa circunstancia, no habría tenido necesidad de ausentarse del trabajo y tampoco habría sido despedida. Frente al derecho a su integridad física y la de su hijo, la empresa antepone la obligación rígida y sin fisuras de acudir a la sede del Partido para encontrar unas oficinas desiertas por vacaciones de agosto sin su jefe.

En fin conculcan el art. 14 en relación con el art. 24 CE, que prohíben la discriminación y la actuación contraria a la dignidad personal y a los valores éticos. La empresa ha actuado de modo torticero y malicioso, exigiendo lo inexigible (legitimar un certificado médico particular por otro de la Seguridad Social) para situar a la actora en peor posición una vez que quiso negociar la baja incentivada.

Interesa, por ello, la nulidad de las resoluciones impugnadas con retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia el Tribunal Superior de Justicia, al objeto de que responda adecuadamente a la revisión fáctica propuesta en el recurso de suplicación o, en su defecto, se declare la nulidad radical o la nulidad del despido.

4. La Sección Segunda, por providencia de 18 de julio de 1994, acordó admitir a trámite la demanda, sin perjuicio de lo que resulte de los antecedentes; tener por personado y parte, en nombre y representación de la demandante, al Procurador señor Avila del Hierro y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, requerir a los órganos judiciales para que remitan

testimonio de las actuaciones y practiquen los correspondientes emplazamientos.

La Sección, por providencia de 24 de enero de 1995, acordó tener por personado y parte al Procurador señor Vázquez Guillén, en nombre y representación del Partido Popular; acusar recibo al Tribunal Supremo, al Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Social núm. 22 de dicha capital del testimonio de las actuaciones remitidas y, a tenor del art. 52 de la LOTC, dar vista de las mismas, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a los Procuradores personados para que puedan presentar las alegaciones que a su derecho convengan.

5. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional interesó la denegación del amparo. Tras reseñar los antecedentes y fundamentación jurídica de la demanda, rechaza la vulneración del art. 24.1 CE. Las Sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia razonan sobre la prueba en sus fundamentos de Derecho. No sólo examinan las actuaciones de la recurrente -que calló su estado y circunstancias ante la empresa y no siguió, al parecer, las prescripciones médicas-, sino que incluso analizan las irregularidades padecidas en los informes médicos aportados por la actora y también su voluntad, manifestada antes del despido y de que la empresa tuviera conocimiento de la dificultad de su gestación, de causar baja voluntaria incentivada en la empresa. No puede, pues, defenderse con éxito que las sentencias ignoraran la prueba y no dieran respuesta motivada a la pretensión de la parte. Cosa distinta es que la valoración que les haya merecido no coincida con la querida por la recurrente o que a consecuencia de esa valoración judicial conjunta de la prueba se hayan redactado unos hechos declarados como probados con los que la actora no esté de acuerdo. Al respecto debe recordarse que este Tribunal no es una tercera instancia ni puede entrar a revisar los hechos probados y la valoración judicial de las pruebas, cuando la efectuada no es arbitraria o inexistente, como ocurre en el caso presente.

Tampoco es acogible la alegación de discriminación por razón de sexo. No hay en las sentencias impugnadas ni en la carta de despido dato alguno que permita reconducir la decisión empresarial a motivaciones relacionadas con el sexo de la despedida o con su estado de alto riesgo de gestación. Se trata de un despido basado en faltas de puntualidad y de asistencia al trabajo, que no puede apoyarse en otras circunstancias de gestación difícil que al parecer venía padeciendo la recurrente, porque ni ella había comunicado ese estado a la empresa ni los informes médicos que tardíamente acompaña ofrecen garantías -según el hecho probado séptimo-, ni su voluntad de causar baja voluntaria, que ya tenía expresada a su jefa y transmitida a su través a la empresa con anterioridad, justificaba por parte de la demandada otro entendimiento de la situación que no fuera el de penalizar un incumplimiento irregular de la empleada. El informe médico ginecológico que la actora presentó al Gerente el 24 de septiembre de 1991 ha sido, por lo demás, valorado por los órganos judiciales de acuerdo con la ausencia de credibilidad que les merece, dadas las circunstancias concurrentes y que expresan en sus sentencias de manera razonable.

En todo caso, la valoración judicial de la prueba no ha sido arbitraria, existiendo una justificación suficiente en las sentencias recurridas. Por ello, ni vulneran el derecho a la no discriminación ni tampoco el derecho a la vida o a la integridad física, porque la declaración sobre la procedencia del despido tiene unas motivaciones ajenas a cualquier lesión de los citados derechos.

6. La representación de la recurrente básicamente reiteró las consideraciones ya vertidas en su demanda. La representación del Partido Popular no formuló alegaciones.

7. Por providencia de fecha 22 de julio de 1996 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el siguiente día 23 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos:

1. La demandante de amparo imputa, en síntesis, a las decisiones impugnadas -la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Social, confirmada en suplicación por la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, que declararon procedente su despido al estimar acreditadas las faltas repetidas e injustificadas de asistencia y puntualidad al trabajo, alegadas por la empresa en la comunicación de despido-, una vulneración de los arts. 14, 15 y 24.1 CE.

2. Ante todo, la pretendida lesión del derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el art. 15 CE carece de consistencia. Aunque la pasividad de un Juez ante una conducta empresarial que pusiera en peligro la vida o integridad física de sus trabajadores podría vulnerar este derecho (AATC 868/1986 y 17/1995), el presente recurso se alza frente a ciertas resoluciones judiciales que se limitaron a enjuiciar un despido basado en faltas de asistencia y puntualidad al trabajo, declarándolo finalmente procedente porque las reputaron injustificadas y, por tanto, en modo alguno incidieron sobre los bienes protegidos por el referido precepto constitucional.

3. De otra parte se achaca a la empresa haber obrado de modo torticero y malicioso, de forma contraria a la dignidad personal y a los valores éticos, queja ésta ajena a los derechos fundamentales susceptibles de protección a través de este proceso constitucional. Ciertamente, el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41.1 LOTC (SSTC 101/1987 y 57/1994 y ATC 241/1985).

4. Asimismo se denuncia una vulneración del art. 24.1 CE porque los órganos judiciales no han incorporado al relato fáctico el dato de los tres previos embarazos problemáticos acaecidos durante la vigencia

de la relación laboral, ni que a raíz del nuevo embarazo flexibilizara su asistencia y jornada de trabajo con conocimiento de la empresa, pese a la abundante prueba practicada al respecto en el acto del juicio.

Se olvida, sin embargo, que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface normalmente con la obtención de una resolución, favorable o adversa, sobre el fondo de la pretensión ejercitada. La valoración de las pruebas está atribuida en exclusiva a los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia (art. 117.3 CE) y no corresponde a este Tribunal revisar en vía de amparo sus apreciaciones, ni la ponderación llevada a cabo por aquéllos (por todas, STC 140/1994). El art. 24.1 CE no conlleva la obligación judicial de aceptar todos los extremos del relato fáctico alegado por la parte actora, descartando los resultados de la actividad probatoria desarrollada por la parte contraria (STC 99/1994). Los Jueces y Tribunales ostentan la potestad de valorar la prueba producida en el proceso y declarar los hechos probados (STC 72/1982) y, por tanto, no compete a este Tribunal controlar si los hechos probados se corresponden con las pruebas practicadas o si existen otras que, por su naturaleza documental o pericial [art. 190 b) de la Ley de Procedimiento Laboral entonces vigente], pueden modificarlos, y ello en una operación enderezada a demostrar la equivocación del juzgador. El art. 44.1 b) LOTC, al impedir entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso, veda corregir el contenido de los hechos declarados probados dándoles un contenido diferente, so pretexto de valorar y analizar un acto procesal -la negativa a adicionar un hecho probado- que no puede ser objeto de un control de mera legalidad (ATC 183/1983). Que el órgano judicial no acceda a la revisión de los hechos probados interesada al formalizar un recurso no entraña una indefensión constitucionalmente relevante (ATC 296/1983).

Es más, la Sala rechazó los correspondientes motivos del recurso de suplicación porque la revisión fáctica sólo puede

ampararse en las pruebas documentales practicadas -no en testificales-, algunos de los documentos ya fueron valorados sin incurrir en error de apreciación por el juzgador y otros son irrelevantes para el objeto del litigio. Al efecto no es ocioso recordar que en virtud del art. 105 de la LPL la carta de despido delimita los términos de una controversia, en la que la carga de la prueba de la veracidad de los hechos imputados incumbe al demandado (STC 47/1985 y ATC 108/1992). La Sala, pues, efectuó una interpretación desde luego no irrazonable ni arbitraria del art. 190 b) de la LPL.

La necesidad de no circunscribir el debate procesal a las faltas de asistencia y puntualidad cabría extraerla del tenor del art. 96 de la LPL (en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad), pero la virtualidad en su caso de tal norma, que ciertamente revela la importancia de las reglas del onus probandi para la efectividad de la tutela antidiscriminatoria, no engarza con el contenido del art. 24.1, sino con el del art. 14 CE.

5. Resta resolver si estamos ante un despido discriminatorio, contrario, por tanto, al art. 14 CE. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres [STC 173/1994, fundamento jurídico 2.º]. Los tratos desfavorables basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, por tanto, una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE. Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar-

lo incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (STC 94/1984 y 166/1988) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994) y sin duda la conclusión debe proyectarse a decisiones causales, como es el despido.

El examen de la normativa que ex art. 10.2 CE sirve de fuente interpretativa así lo corrobora. En efecto, prescribe el art. 5 d) del Convenio núm. 158 de la OIT que el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo. El Convenio núm. 103 de la OIT precisa el alcance y ámbito temporal de la prohibición y, tras declarar que la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo (art. 3.5), reputa ilegal que por y durante tal ausencia al trabajo el empleador comunique a la mujer su despido (art. 6); análogas previsiones contempla el art. 4 del Convenio núm. 3. De otra parte, según el art. 4.1 de la Recomendación núm. 95, también de la OIT, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debería comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. Y al respecto la Declaración de 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo (art. 8. 1).

El análisis del ordenamiento comunitario depara una solución análoga. De los arts. 1.1, 2, apartados 1 y 3, y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (Sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz), como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (Sentencia de la misma fecha recaída en el asunto Dekker), y la ruptura del

contrato ni siquiera puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (Sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1994 asunto Habermann-Beltermann). Posteriormente, la Directiva 92/85/CEE (LCEur 1992\3598) estableció la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada que haya comunicado su estado al empresario, durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones o las prácticas nacionales (art. 10.1). Precepto éste que -como ha destacado la Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, asunto Webb- «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».

6. Desde la STC 38/1981, este Tribunal ha reiterado que cuando se alegue que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional. Pero para que opere este desplazamiento al empresario del onus probandi no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el empresario asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión extintiva constituyen una legítima causa de despido y se presentan razonablemente como ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímilmente dado lugar en todo caso al des-

pido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales.

En consecuencia, cuando se ventile una vulneración del art. 14 CE, los órganos de la jurisdicción social han de alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo, de modo que pueda estimarse que el despido en todo caso habría tenido lugar verosímilmente por existir causas suficientes, razonables y serias para entender como razonable la decisión empresarial desde la mera perspectiva disciplinaria. El órgano judicial debe considerar probado que los hechos imputados al trabajador, además de tener una realidad histórica, fueron en verdad los únicos causantes del despido en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio (SSTC 55/1983, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 7/1993, 266/1993 y 180/1994).

En este sentido, el razonamiento de los órganos judiciales es rotundo y más bien parco. Según el Juzgado de lo Social no existe en las actuaciones el más mínimo indicio de la pretendida discriminación, olvidando que el art. 14 CE obliga al juzgador, ante una situación que pueda suponer razonablemente una discriminación por razón de sexo, a expresar los motivos por los cuales entiende que no existió la aparente discriminación (STC 38/1986, fundamento jurídico 4.º). A juicio de la Sala, que la actora hubiera previamente decidido

extinguir su relación laboral, decisión sólo pendiente de una negociación de carácter económico, impide admitir, ni siquiera como planteamiento dialéctico, móvil discriminatorio alguno en la conducta empresarial. Pero que se haya truncado una negociación tendente a extinguir de mutuo acuerdo el contrato de trabajo no puede ser un dato determinante para excluir que el despido pudiera encubrir una discriminación constitucionalmente vedada.

Para discernir la justeza de la apreciación judicial es imprescindible, por el contrario, ahondar en el significado de la prohibición de despedir por razón de embarazo, pues en el caso presente las causas disciplinarias alegadas por el empresario e incluso los argumentos en cuya virtud las sentencias impugnadas estiman acreditado el incumplimiento contractual grave y culpable imputado a la trabajadora, difícilmente pueden disociarse del estado de gestación de la recurrente. Como se ha reflejado en los antecedentes, en opinión de la empresa las faltas de asistencia al trabajo no podían reputarse justificadas porque una situación de incapacidad laboral transitoria sólo puede legitimarse por los servicios médicos de la Seguridad Social. Por su parte, el Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia reprocharon a la actora haber procedido unilateralmente a compatibilizar el trabajo y su estado de salud, sin comunicar a la empresa los riesgos de su embarazo hasta el 24 de septiembre de 1991, ni tramitar la oportuna baja de enfermedad.

Ahora bien, la prohibición pretende evitar a la trabajadora embarazada cualquier riesgo de despido por motivos relacionados con su estado y, por lo que aquí interesa, comprende la hipótesis de las ausencias al trabajo debidas a una enfermedad o trastorno fisiológico causados por el embarazo y que impidan desarrollar la prestación laboral convenida, las cuales, por tanto, no pueden justificar un despido.

7. Con todo, no puede ignorarse el específico condicionamiento que sufren los derechos fundamentales en el seno de una

relación laboral. Ya dijimos en las SSTC 99/1994, 6/1995 y 106/1996 que la inserción en una organización ajena modula el ejercicio de los derechos fundamentales en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo a su vez de derechos que han recibido consagración en el texto constitucional (arts. 33 y 38 CE -y en este caso también los arts. 6 y 22-). Los derechos del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, pero no basta con la afirmación del interés empresarial, sino que tales exigencias organizativas deben venir especialmente cualificadas por razones de necesidad, siendo preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial.

Se explica así la obligación que incumbe al trabajador de comunicar al empresario su ausencia al trabajo, aunque obedezca a una situación de enfermedad. El deber básico del trabajador es realizar con la debida diligencia y colaboración el trabajo convenido (art. 20.1 y 2 ET), la inasistencia frustra el objeto del nexo contractual y el desconocimiento de la causa que la motiva genera en el empleador una incertidumbre sobre la eventual reincorporación del trabajador, con la consiguiente imposibilidad de planificar su sustitución. Obligación, desde luego, igualmente exigible cuando la ausencia deriva del embarazo de la trabajadora.

En este caso, según los hechos declarados probados, antes de proceder al despido la empresa conocía el embarazo de la recurrente y también un informe médico que en atención al riesgo de aborto había prescrito su baja laboral. Frente a este alegato de la trabajadora para justificar las faltas de asistencia y puntualidad, el empresario podía verificar la realidad de tal patología instando la práctica del oportuno reconocimiento médico (art. 20.4 ET). Sin hacer uso de tal facultad, exclusivamente valoró el incumplimiento de la obligación de presentar los correspondientes

partes de baja y confirmación extendidos por facultativo de la Seguridad Social, reglamentariamente prevista a efectos de la contingencia de incapacidad laboral transitoria (arts. 17 y 18 de la OM de 13 de octubre de 1967 y 5 de la OM de 6 de abril de 1983). Las sentencias impugnadas, asimismo, hicieron hincapié en la inobservancia de la referida obligación y en la tardía comunicación del peligro que comportaba el embarazo.

De este modo, los órganos judiciales se detuvieron en el plano de la legalidad -la concurrencia de la causa de despido disciplinario prevista en el art. 54.2 a) ET-, sin adentrarse en el de la constitucionalidad. No enjuiciaron la conducta de la trabajadora desde la perspectiva del derecho fundamental invocado, esto es, si su incumplimiento de ciertos deberes contractuales enervaba la prohibición de despedir por razón de embarazo y legitimaba la decisión empresarial al tratarse de una medida razonable y proporcionada desde la óptica de las exigencias de la organización productiva, como preceptúa el referido art. 96 LPL que incorporó la jurisprudencia constitucional sobre los despidos discriminatorios.

En este contexto, un análisis reflexivo de los antecedentes de la litis (SSTC 46/1982 y 47/1985) permite destacar los siguientes extremos: antes del despido se había participado al empleador el embarazo y su riesgo mediante el oportuno certificado médico y aquél declinó comprobar la realidad de tal situación por el cauce previsto en el art. 20.4 ET; en segundo lugar, las inasistencias y la minoración de la jornada laboral por parte de la recurrente coincidieron con el lapso de tiempo en que su inmediato superior jerárquico, de quien dependía directamente en cuanto al trabajo a realizar, permaneció ausente de la sede del Partido; por último, una vez reanudado el normal cumplimiento de la prestación, y cercano ya el período de descanso por maternidad (art. 48.4 ET), y sólo después de fracasar la negociación dirigida a lograr una extinción consensuada del contrato, se requiere a la trabajadora para

que justifique las faltas de asistencia y puntualidad.

A la vista de las circunstancias concurrentes, el que no acreditara dichas faltas a través de los servicios médicos de la Seguridad Social, ni hubiera comunicado con prontitud su dolencia, no es suficiente para concluir que la extinción del contrato se basó en causas ajenas al estado de gestación y tampoco la estricta necesidad de sacrificar el derecho fundamental, adoptando la sanción disciplinaria de mayor gravedad para salvaguardar el interés empresarial. Las sentencias nada explicitan acerca de que resultaba imprescindible privar de virtualidad al derecho fundamental para satisfacer el legítimo interés de la empresa, porque no cabía adoptar otras medidas menos drásticas e igualmente eficaces en orden a la consecución de tal fin, lo que desvela una reacción contractual utilizada de forma desproporcionada.

8. Estas consideraciones conducen a la estimación del amparo y a declarar la nulidad radical del despido, que es el tipo de ineficacia predicable de todo despido lesivo de un derecho fundamental, con las consecuencias previstas en el art. 113.1 LPL de 1990 (RCL 1990\922 y 1049) entonces en vigor.

Fallo:

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña María Isabel Rubio Martínez y, en consecuencia:

- 1.º Reconocer el derecho de la demandante a no ser discriminada por razón de sexo.
- 2.º Anular las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid, de 10

de enero de 1992, dictada en autos 868/1991, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de octubre de 1992, recaída en el recurso núm. 2207/1992.

- 3.º Declarar la nulidad radical del despido con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

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

Dada en Madrid a veintitrés de julio de mil novecientos noventa y seis.-Alvaro Rodríguez Bereijo.-Vicente Gimeno Sendra.-Pedro Cruz Villalón.-Enrique Ruiz Vadillo.-Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.-Javier Delgado Barrio.-Firmados y rubricados.

4. IGUALDAD EN LOS RÉGIMENES COMPLEMENTARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

STC 5/1994,

de 17 de enero de 1994

Tipo de Recurso:

Recurso de amparo formulado contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26-5-1991, dictada en autos sobre pensión de viudedad. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley: inexistencia: denegación de amparo. Discriminación: Por razón de sexo: alcance: aunque el sexo aparece proscrito como causa de desestimación, no siempre resulta relevante desde el punto de vista de la desigualdad de trato. Pensión de viudedad: el sexo puede operar como un criterio de diferenciación siempre que se apoye en una fundamentación objetiva y razonable. Jurisdicción Social: pensión de viudedad: exigencia de requisitos adicionales para el viudo: alcance distinto de las prestaciones complementarias de la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral de las previstas con carácter obligatorio en el régimen general de la Seguridad Social: denegación procedente: discriminación existente.

Disposiciones estudiadas:

-Constitución Española: artículo 14.

Antecedentes:

1. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 19 julio 1991, el Procurador de los Tribunales don León Carlos Álvarez Álvarez, en nombre y representación de don José Romero Alcalá, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 mayo 1991.

2. Constituyen la base fáctica de la demanda los siguientes antecedentes:

El demandante de amparo estaba casado con doña Mercedes Balsera Imaz, funcionaria del Cuerpo Administrativo de la Seguridad Social; cuando ésta falleció, el demandante de amparo solicitó la pensión de viudedad, que le fue reconocida en la parte correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social. Posteriormente solicitó la prestación complementaria de viudedad a la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral, que le fue denegada mediante Resolución de 19 noviembre 1987 por no cumplir los requisitos del art. 39.2 del Reglamento de la Mutualidad.

Disconforme con la negativa, presentó demanda, correspondiendo a la Magistratura de Trabajo núm. 3 de Córdoba que estimó la misma, considerando que el artículo indicado era discriminatorio por razón de sexo, al exigir para su percepción, en el caso del varón, que el mismo esté impedido y que hubiese estado a cargo del causante. La Mutualidad recurrió la sentencia en suplicación, y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por Sentencia de 26 mayo 1991, estimó el recurso, razonando que la argumentación sobre la discriminación «no es extensible al Reglamento de una Mutualidad, sujeta a la Ley de 6 diciembre 1941, con personalidad propia y regida por sus normas, que no han sido modificadas después de promulgada la Constitución, y que regulan su propio campo de cobertura, que las aparta del sistema, y como los invocados preceptos del reglamento, específicamente el art. 39.2, sólo reconocen pensión de viudedad al varón cuando está impedido y hubiese estado a cargo de la presunta causante, lo que no acaece con el recurrido, el fallo condenatorio ha de ser revocado».

3. El recurrente estima que la sentencia recaída en suplicación infringe el art. 14 CE, que consagra el principio de igualdad ante la Ley. El recurrente sostiene que la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral es una entidad de carácter público porque, por una parte, sus prestaciones son concurrentes con las del Régimen General de la Seguridad Social a efectos de determinar los distintos porcentajes de revaloración anual de las pensiones según las distintas Leyes de Presupuestos Generales del Estado y, de otra, por la inclusión con carácter obligatorio de la causante en la Mutualidad (art. 8, Reglamento de la Mutualidad). Alega, además, que sostener, como ha hecho la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no extensible la inconstitucionalidad declarada del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social al párr. 2.º del art. 39 del Reglamento de la Mutualidad de Previsión

de Funcionarios del Mutualismo Laboral es inaceptable cuando el art. 39.2 exige unos requisitos para el viudo (varón) de tenor literal idéntico al declarado inconstitucional (SSTC 103/1983 y 104/1983) párr. 2.º del art. 160 de la Ley General de Seguridad Social. Por todo ello solicita de este Tribunal la declaración de nulidad de la sentencia impugnada y el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad complementaria a la del Régimen General de la Seguridad Social por la referida Mutualidad.

4. La Sección, mediante providencia de 25 septiembre 1991, acordó admitir a trámite la demanda de amparo así como requerir al Juzgado de lo Social núm. 3 de Córdoba y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la remisión de actuaciones, interesando al propio tiempo el emplazamiento de cuantos fueron parte en el proceso judicial para que comparecieran en el plazo de diez días en el proceso constitucional. Mediante otra providencia de 2 de diciembre, la Sección tuvo por recibidas las actuaciones por personado y parte al Procurador don Luis Pulgar Arroyo en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y dio vista de las actuaciones del presente recurso por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores para que presentaran alegaciones.

5. Reclamada nuevamente, a petición del Ministerio Fiscal, la remisión del testimonio de los Autos del Juzgado de lo Social núm. 3, y recibidos éstos, se acordó, mediante providencia de 24 febrero 1992, dar vista de las actuaciones del presente recurso a las partes para que, en un nuevo plazo común de veinte días presentaran alegaciones.

6. La representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social presentó, con fecha 2 marzo 1992, escrito de alegaciones interesando la desestimación del recurso. Rechaza que la sentencia impugnada incurra en violación del art. 14 CE, a la vista de que la diferencia de trato en

cuanto a los requisitos de acceso a la pensión se apoya en una fundamentación razonable, cual es que se trata de una prestación complementaria, asumida de forma voluntaria y no una prestación general u obligatoria como las previstas en el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social. En este sentido invoca la STC 49/1990 que excluye la desigualdad de trato en un caso similar referido a la Mutualidad de Enseñanza Primaria. Alega finalmente que la prestación voluntaria se rige por las condiciones libremente aceptadas.

7. Con fecha 18 marzo 1992, se recibe el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal interesando asimismo la desestimación del amparo. Tras resumir sucintamente los antecedentes fácticos y reseñar la fundamentación jurídica de la demanda, realiza las siguientes consideraciones:

Lo que procede estudiar es si en el supuesto de autos se dan o no las razones de justificación ofrecidas por la STC 49/1990. Básicamente, si la pensión de viudedad era en la Mutualidad de autos «una prestación complementaria asumida de forma voluntaria, no una prestación general obligatoria».

Examinada la situación normativa actual, entendiendo el Ministerio Fiscal, cabría extraer las siguientes conclusiones:

- a) El régimen de afiliación a la Mutualidad de autos era de carácter obligatorio (arts. 8 y 9 del Reglamento).
- b) Las prestaciones recogidas en el Reglamento de la Mutualidad eran complementarias de las de la Seguridad Social (art. 21 del Reglamento) y compatibles con las de cualquier otro régimen de previsión voluntario u obligatorio (art. 25 del mismo).
- c) La pensión de viudedad parece por su naturaleza y la de la Mutualidad, una prestación voluntaria para cuya per-

cepción sólo se requiere la condición de mutualista, los requisitos particulares de esa percepción y hallarse al corriente de la cotización hasta tres meses antes del hecho causante.

A la luz del examen completo de las actuaciones, de las reflexiones anteriores y, muy especialmente, de la doctrina establecida por la STC 49/1990, el amparo no puede prosperar, porque el diferente tratamiento que el art. 39.2 del Reglamento de la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral impone al demandante, encuentra justificación bastante por tratarse, en el caso de la pensión de viudedad que reclama, de una prestación complementaria con las del Régimen General de la Seguridad Social, compatible además con éstas, pero una prestación cuya nota esencial y diferenciadora de las del Régimen General, reside en su naturaleza voluntaria, ya que se regía por las condiciones libremente aceptadas por el mutualista, condición que impide que les sean impuestas las normas previstas para las prestaciones de carácter obligatorio como la pensión de viudedad que regula el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

A este razonamiento debe añadirse que la Mutualidad de autos sigue poseyendo personalidad y recursos propios y que su régimen contributivo se vería seriamente amenazado si cambiase el título de concesión de una prestación como la de autos, diseñada para satisfacer unas necesidades subvencionadoras de unas situaciones económicas frágiles como las previstas en el art. 39.2 aquí cuestionadas, y no una situación objetiva y universal como la prevista en el art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

8. La representación del recurrente da por reproducidas las alegaciones de la demanda.

9. Por providencia de fecha 12 enero 1994 se señaló para deliberación y fallo de la sentencia el día 17 del mismo mes y año.

Fundamentos jurídicos:

1. Aunque este recurso de amparo se alza formalmente contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 mayo 1991, estimatoria del recurso de suplicación planteado por la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 3 de Córdoba que reconoció la pensión de viudedad, debe entenderse formulada también contra la Resolución de la Mutualidad denegatoria de la pensión solicitada, que aparece como la causa originaria de la desigualdad por razón de sexo que denuncia el recurrente.

La demanda no tiene otro objeto que dilucidar si las decisiones impugnadas han vulnerado el art. 14 CE al denegar a un viudo el derecho a percibir la pensión de viudedad en aplicación del art. 39.2 del Reglamento de la Mutualidad antes citada, aprobado por Resolución de 1 abril 1977, que exige para el otorgamiento del derecho a la pensión unos requisitos adicionales para el viudo, concretamente que, al tiempo de fallecer su esposa, se encuentre incapacitado para el trabajo de forma permanente y absoluta y sostenido económicamente por ella.

Estima el recurrente que las decisiones impugnadas infringen el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) por aplicar un precepto de tenor literal idéntico al art. 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, declarado inconstitucional por las SSTC 103/1983 y 104/1983. Frente a tal alegato el Ministerio Fiscal y la otra parte compareciente sostienen, al amparo de la STC 49/1990, que la pensión que reclama constituye una prestación complementaria, que se rige por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, donde el art. 14 CE no opera con la misma intensidad que en el sistema de la Seguridad Social.

2. Conviene recordar que la igualdad consagrada por el art. 14 CE supone -según ha reiterado este Tribunal (por todas, STC

253/1988)- que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean asimismo iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia y de fundamento racional. Corresponde, así, a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y, por consiguiente, la defensa de la desigualdad introducida por la propia legalidad, la carga de justificar que la diferencia establecida satisface las exigencias de necesidad y racionalidad en relación con la protección de los bienes y derechos o con la consecución de los fines que la norma pretende.

3. En el presente caso se está ante unos requisitos exigidos exclusivamente al cónyuge varón supérstite para devengar el derecho a la pensión de viudedad. La diferencia de trato se establece, así, en razón de sexo. Las viudas de los funcionarios del Mutualismo Laboral se ven beneficiadas por cuanto no tienen que acreditar para causar derecho a la pensión de viudedad el cumplimiento de los dos mencionados requisitos, fijados por el art. 39.2 del Reglamento de la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral para los varones.

Aunque el sexo aparece entre las causas de discriminación expresamente previstas en el art. 14 CE, no siempre resulta relevante desde el punto de vista de la desigualdad de trato proscrita constitucionalmente. En ocasiones puede ser tomada en consideración sin que padezca el principio de igualdad.

Concretamente en materia de pensión de viudedad, el sexo puede operar como un criterio de diferenciación siempre que se apoye en una fundamentación objetiva y razonable. Así, hemos declarado en la STC 49/1990 que la invocada doctrina igualitaria no alcanza por igual a las prestaciones complementarias, asumidas voluntariamente, por entender que están regidas por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas.

La razón básica alegada en el presente caso por el INSS para defender la constitucionalidad de la diferenciación de trato del viudo varón, consistente en el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales para devengar la pensión de viudedad, reside, como se ha expuesto anteriormente, en el carácter complementario y voluntario de esta prestación, frente al carácter general y obligatorio de las previstas en el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social. Tal fundamentación es combatida por el recurrente, que destaca, sin embargo, que la inclusión de la causante (su esposa) en la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral lo fue con carácter obligatorio (art. 8 del Reglamento) y que ésta es una entidad de carácter público. Ha de analizarse, pues, si la protección otorgada por la referida Mutualidad tenía los caracteres a los que se refiere la STC 49/1990 para que pueda entenderse excluida la discriminación del viudo varón en el devengo de la pensión.

4. Aunque la sentencia anteriormente citada se refiere a la Mutualidad de Enseñanza Primaria, su regulación jurídica es bastante similar a la que aquí se considera. En ambas se estableció una obligación de afiliación a la Mutualidad correspondiente, teniendo las pensiones previstas el carácter complementario respecto de las clases pasivas. Se cotizaba obligatoriamente para conseguir prestaciones complementarias a las del régimen correspondiente de la Seguridad Social. Debe destacarse, asimismo, que la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, que concede a Mutualidades, Montepíos y demás entidades de prestación social de carácter voluntario de los funcionarios la opción de integración en el Fondo Especial de MUFACE, daba además oportunidad a los Mutualistas de causar individualmente baja en ellas, sea con ocasión de la decisión de integración que adoptaran las entidades en MUFACE o al margen de que decidieran la no integración. Hay una diferencia, sin embargo, importante por cuanto aquella Mutualidad está integrada en MUFACE, con lo que

forma parte de este mecanismo de protección pública de los funcionarios, mientras que la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral sigue gestionando su propio sistema de previsión social con recursos propios.

A la vista de lo expuesto, es claro que, con anterioridad a la vigencia de la Constitución, existían auténticas prestaciones complementarias sometidas a un régimen obligatorio de afiliación y cotización, de tal modo que, para dar una solución a dichas situaciones, se han propiciado regulaciones jurídicas muy singulares como las aquí analizadas, donde en algunos casos la Seguridad Social pública está asegurando el pago de unas prestaciones complementarias (situación atípica), lo que es explicable porque las Mutualidades de que se trata le han hecho entrega de todo su patrimonio (bienes, derechos y acciones).

La línea divisoria, por así decir, establecida por la STC 49/1990 para entender vulnerado el art. 14 CE está referida a la parte de pensión que, siendo general y pública por estar garantizada por el Estado, se corresponde con la devengada en el régimen correspondiente de la Seguridad Social pública según las cotizaciones admitidas en ella o situación que genera un daño indemnizable, pero no en el exceso. Es en el nivel de las prestaciones causadas o por causar en el régimen público de la Seguridad Social, englobando en él las Mutualidades que operan como sustitutorias de la Seguridad Social obligatoria, donde no cabría exigir diferentes requisitos en razón del sexo, ya que ésta es una situación objetivable y no puede encontrar una frontera en el sexo.

La prestación de viudedad otorgada por la Mutualidad de Previsión de Funcionarios del Mutualismo Laboral aparece, sin embargo, comprendida dentro de las prestaciones complementarias de dicho mutualismo, en cuanto excede de la acción protectora pública garantizada por el régimen respectivo de la Seguridad Social pública y, aunque la afiliación fuese

obligatoria por un residuo histórico, es lo cierto también que los mutualistas pudieron causar baja en ella. Se puede afirmar, por tanto, que como en el supuesto resuelto por la STC 49/1990, la pensión de viudedad era una «prestación complementaria asumida de forma voluntaria» por el hoy recurrente en amparo, circunstancia que hace plenamente aplicable la doctrina en ella contenida, según la cual queda sometida al juego de las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas, sin que pueda exigirse el mismo trato indiferenciado que el que el régimen público de Seguridad Social está obligado a dispensar. Así pues, como la no diferenciación por razón de sexo no constituye un imperativo constitucional cuando las prestaciones derivan de las instituciones de previsión voluntaria y libre, los diferentes requisitos de acceso a la pensión de viudedad exigidos al varón por el art. 39.2 del Reglamento de la Mutualidad de Funcionarios del Mutualismo Laboral no generan una discriminación constitucionalmente prohibida. Por todo ello, ha de concluirse que la denegación de la pensión de viudedad al demandante de amparo no ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad de trato.

Fallo:

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

Ha decidido

Denegar el recurso de amparo interpuesto por don José Romero Alcalá.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de enero de mil novecientos noventa y cuatro.-Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.-Fernando García-Mon y González-Regueral.-Vicente Gimeno Sendra.-Rafael de Mendizábal Allende.-Pedro Cruz Villalón.-Firmado y rubricado.



JUNTA DE ANDALUCIA

Instituto Andaluz de la Mujer