

la Ley, eventualidad que, de producirse, serían los Tribunales ordinarios los llamados a remediarla.

Por lo que ha de llegarse a la conclusión de que la declaración de inconstitucionalidad de la Disposición final tercera, por cuanto que atribuye carácter básico a una serie de actuales y futuras disposiciones reglamentarias, no significa negar a cada una de estas últimas la eficacia normativa que en cada caso y conforme a Derecho —incluidas las normas de distribución competencial aplicables— le corresponda. Siendo ajeno a un recurso de inconstitucionalidad el dilucidar, caso por caso, tal eficacia normativa.

26. Dado que todas las apreciaciones de motivos de inconstitucionalidad efectuadas a lo largo de la precedente fundamentación jurídica respecto de la Disposición final tercera de la Ley 34/1992 se refieren exclusivamente a las diversas atribuciones de carácter básico formuladas por el primer inciso de la misma, es a ese primer inciso al que ha de ceñirse la correspondiente declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de extenderla, por conexión, a los preceptos de la misma Ley que en los precedentes fundamentos y en el fallo se indican. No afectando en consecuencia dicha declaración de inconstitucionalidad al segundo inciso de la Disposición final tercera, por el que se exceptúa de la atribución de carácter básico a determinados preceptos de la misma Ley.

Finalmente, y en cuanto a las disposiciones reglamentarias y actuaciones administrativas, en gran parte futuras, cuya imprecisa, genérica e inmotivada calificación como básicas por la Disposición final tercera también ha dado lugar a la declaración de inconstitucionalidad de esta última, la presente Sentencia tampoco ha de interpretarse en el sentido de negarles absolutamente y en todo caso ese carácter. Ha de estarse, en todo caso, al examen de las mismas y, por tanto, es posible que excepcionalmente algunas de ellas pudieran llegar a obtener, en su caso, el reconocimiento de básicas.

FALLO

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

Ha decidido

1.º Estimar parcialmente el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia:

A) Declarar que el primer inciso de la Disposición final tercera de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, no es conforme con el orden constitucional de competencias en tanto que atribuye carácter básico al art. 10.1, párrafo tercero (respecto al inciso final, «así como su distribución al por menor mediante suministros directos»); al art. 10.1, párrafo cuarto (el otorgamiento de las restantes autorizaciones que no sean competencia de las Comunidades Autónomas según sus respectivos Estatutos»); al art. 10.3, párrafos primero a quinto; al inciso final del párrafo sexto del art. 10.3 (y que serán requisito para el otorgamiento por las Comunidades Autónomas de las correspondientes autorizaciones administrativas que son de su competencia»); al art. 10.3, párrafo séptimo (Reglamentariamente se establecerán los procedimientos y condiciones necesarios para que dicho Registro disponga de manera inmediata de datos reales sobre los expedientes en tramitación en cada Comunidad Autónoma desde el momento de su iniciación para asegurar la aplicación del régimen uniforme de distancias establecido, el respeto estricto del criterio de prioridad en las soli-

citudes de inscripción establecido en la Orden Ministerial de 29 de julio de 1988 o disposiciones que la Administración dicte en su lugar y la garantía en la Resolución que se dicte de los principios de seguridad jurídica e igualdad entre las solicitudes»); y a la Disposición transitoria quinta.

B) Declarar asimismo que el inciso primero de la Disposición final tercera no es conforme con el orden constitucional de competencias en cuanto atribuye carácter básico a las disposiciones reglamentarias habilitadas en los arts. 7.1, párrafo primero; 8.1; 10.3, párrafos cuarto y séptimo; y en las Disposiciones transitorias primera y quinta; así como a las actuaciones relacionadas en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 10, todos ellos de la mencionada Ley.

2.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis.—Alvaro Rodríguez Bereijo, José Gabaldón López, Fernando García-Mon y González-Reguera, Vicente Gimeno Sendra, Rafael de Mendizábal Allende, Julio Diego González Campos, Pedro Cruz Villalón, Carles Viver Pi-Sunyer, Enrique Ruiz Vadillo, Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Tomás S. Vives Antón, Pablo García Manzano.—Firmado y rubricado.

71

Sala Primera. Sentencia 198/1996, de 3 de diciembre de 1996. Recurso de amparo 1.145/1993. Contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en Autos sobre despido. Supuesta vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente, don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1.145/93 promovido por doña María de los Milagros Landa Marín, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Rodríguez de la Fuente y asistida de la Letrada doña Lucía Ruano Rodríguez, contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de febrero de 1993, dictada en autos sobre despido. Han comparecido el Ministerio Fiscal y la Comunidad Autónoma de Madrid, representada por la Letrada doña Rosario López Ródenas. Ha sido Ponente el Presidente don Alvaro Rodríguez Bereijo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. 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 (C.A.M.), 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 C.A.M., 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 C.A.M. 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 en relación con el art. 14 del E.T.

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 C.A.M. 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 C.A.M. 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 de 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 C.E.

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 E.T. 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 C.E. (STC 145/1991) y el art. 2 de la Directiva CEE 76/207, de 9 de febrero, (Sentencias del T.J.C.E. 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 L.P.L.).

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 C.A.M. 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 C.E. 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 indiferentemente 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 C.A.M., 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 inadmisibles 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 reunirla es notablemente inferior y están en desventaja comparativa. La convocatoria debió establecer tan 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 C.A.M. solicitó la denegación del amparo. El cese de la trabajadora no vulneró el art. 14 C.E. 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 E.T. 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 C.E.E. 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 predeterminadamente, 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 C.A.M. 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 C.E. 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 C.E.), 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 C.A.M. 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 C.E.

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.

II. 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 E.T., se haya limitado 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 C.E.

En segundo lugar, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 C.E. 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 C.E. 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 T.J.C.E. 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 defectuosa, 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 C.E., 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 período 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 elegida 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 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 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 L.P.L., 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 C.E. 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 mismos, 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 C.E. (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 C.E., 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 C.E.

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 C.E. 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 CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN 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 en el R.A. 1145/1993

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 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 puede 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 debería 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 C.E., 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. 4.2, C.E.)

Madrid, a cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

72

Sala Primera. Sentencia 199/1996, de 3 de diciembre de 1996. Recurso de amparo 3.344/1993. Contra Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña que confirmó en apelación el archivo de actuaciones decretado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de La Coruña en diligencias previas por delito ecológico en relación con la refinería de Bens (La Coruña). Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Auto de archivo debidamente motivado.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente, don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3.344/93, promovido por don José Martínez Martínez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Castillo Díaz, y asistido por el Letrado don Luis María Figueroa Cuenca, contra el Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 6 de octubre de 1993 (rollo núm. 540-93), que confirmó en apelación el archivo de las actuaciones decretado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de La Coruña en las diligencias previas núm. 5/92, por delito ecológico en relación con la refinería de Bens (La Coruña).

Ha comparecido «Repsol Petróleo, S. A.», representada por el Procurador don Fernando Gala Escribano y asistida por el Abogado don Fernando Lorente Hurtado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Enrique Ruiz Vadillo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado el día 10 de noviembre de 1993 ante el Gobierno Civil de La Coruña, y registrado en este Tribunal el 12 de noviembre de 1993, don José Martínez Martínez presentó solicitud de amparo ante este Tribunal, interesando el nombramiento de Abogado y Procurador en turno de oficio, y que se declare su derecho a gozar del derecho a la justicia gratuita.

2. Por providencia de 29 de noviembre de 1993, se requirió a dicho solicitante de amparo para que aportara la documentación acreditativa de su derecho a la justicia gratuita y demás documentación legalmente exigible a los efectos de la formalización de la solicitud de amparo efectuada, de acuerdo con el art. 50.5 LOTC.

3. Por providencia de 25 de enero de 1994, se tuvo por recibida la documentación solicitada, acordándose librar los despachos necesarios a los efectos de proceder a la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio, como así había sido solicitado.

4. Mediante providencia de 14 de febrero de 1994, se tuvieron por efectuadas las correspondientes designaciones de Abogado y Procurador en turno de oficio, acordándose dar traslado del escrito presentado por el recurrente al Letrado designado en primer lugar, para que en el plazo de veinte días formalizara la demanda de amparo, con los requisitos prevenidos en el art. 49 LOTC, sin perjuicio del derecho de excusa previsto en