

## FALLO

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

Ha decidido

Desestimar el presente recurso de amparo.

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

Madrid, a veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.—Pedro Cruz Villalón.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Fernando Garrido Falla.—María Emilia Casas Baamonde.—Firmado y rubricado.

**1182** *Sala Segunda. STC 240/1999, de 20 de diciembre de 1999. Recurso de amparo 2.897/95. Promovido por doña María Gracia Rosillo Carrasco frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que confirmó la negativa de la Consejería de Sanidad a declararla en situación de excedencia voluntaria para el cuidado de una hija. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón del sexo: Denegación del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos a una funcionaria interina, que desempeña un puesto de médico durante más de cinco años y ofrece pruebas estadísticas. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente; don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2.897/95, interpuesto por doña María Gracia Rosillo Carrasco, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María José Millán Valero y defendida por el Letrado don Luis Suárez Machota, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 27 de junio de 1995, resolutoria del recurso núm. 384/95. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido parte la Comunidad Autónoma de Castilla y León, representada por el Letrado de sus servicios jurídicos don Fernando Herrero Batalla. Ha sido Ponente el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de guardia de Madrid el día 27 de julio de 1995 y registrado ante este Tribunal el día siguiente, la Procuradora de los Tribunales doña María José Millán Valero, en nombre y representación de doña María Gracia Rosillo Carrasco, formuló demanda de amparo constitucional contra la Sentencia de la que se hace mérito en el encabezamiento.

2. Los hechos de que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) La demandante, que prestaba servicios como médico interino en el Equipo de Atención Primaria de Barco de Ávila desde el 3 de marzo de 1990, solicitó, con efectos de 10 de enero de 1995, excedencia voluntaria por cuidado de una hija que había nacido el día 19 de septiembre de 1994. La solicitud, presentada el 13 de diciembre de 1994, se amparaba en el vigente texto del art. 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, según redacción dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo.

b) Mediante Resolución de 2 de enero de 1995, la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León desestimó la referida solicitud, por entender que «la necesidad o urgencia de la prestación del servicio es, pues, la causa del nombramiento de un interino para el desempeño de las funciones de un determinado puesto de trabajo, de lo que puede deducirse que la interrupción en la prestación del servicio hace desaparecer la causa que justificó el nombramiento y, en consecuencia, se rompe la vinculación del interino con la Administración».

De ahí, entiende la Resolución recurrida, se desprende que al interino, que, por su específica causa de nombramiento, no tiene derecho a la permanencia o estabilidad en el puesto para el que ha sido designado, no le pueda ser extendido el sistema de excedencias legalmente establecido, únicamente aplicable a los funcionarios de carrera, dado que aquel sistema es consecuencia «no de la concreta realización de las funciones de un determinado puesto de trabajo, sino de la "relación de servicio" que nace desde la adquisición de la condición de funcionario de carrera».

c) Interpuesto frente a la mencionada denegación recurso contencioso-administrativo por vulneración del art. 14 C.E., al imputarse a aquella una discriminación por razón del sexo de la recurrente, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León dicta Sentencia, objeto del presente recurso de amparo, en 27 de junio de 1995, por la que se desestima la pretensión de la recurrente.

En concreto, tras recordar, con cita de la jurisprudencia de este Tribunal, que el juicio de igualdad requiere de la aportación del necesario «término de comparación» (esto es, que, previamente, a un funcionario interino varón le haya sido concedida la excedencia voluntaria por cuidado de hijo), sostiene que legalmente no es posible conceder a un funcionario interino la excedencia solicitada, «pues toda vez que el funcionario interino es funcionario solamente mientras ocupe un puesto de trabajo determinado, careciendo de adscripción permanente a la función pública, no es posible suspender ésta mediante ninguna clase de excedencia». De ahí que, aun en el supuesto de que a un funcionario interino varón le hubiera sido concedida la referida excedencia, sería de aplicación, a fin de desestimar la pretensión de la recurrente, la doctrina constitucional «según la cual la igualdad sólo es exigible dentro de la legalidad, sin que el art. 14 de la Constitución pueda ser utilizado para justificar violaciones del ordenamiento».

En todo caso, entiende el Tribunal que la denunciada discriminación por razón de sexo se basa en «un peculiar razonamiento de orden estadístico, según el cual si son sólo las mujeres quienes utilizan la excedencia por cuidado de hijos, las restricciones en su otorgamiento vienen a discriminarlas, en cuanto que no se aplican a los varones». Con este razonamiento, apostilla el órgano judicial, se olvida que la excedencia por cuidado de hijos

puede ser utilizada también por los funcionarios varones, quienes, si no se acogen a esta posibilidad, «es porque no quieren o no les conviene», concluyendo que la aceptación del argumento de la recurrente conduciría a un privilegio en favor de la mujer, que ampliaría *contra legem* los supuestos de excedencia aplicables a las mujeres, pues los funcionarios interinos varones no pueden obtener ningún tipo de excedencia, ni por cuidado de hijos ni por interés particular.

d) Deducido recurso de amparo frente a la Resolución judicial de que queda hecha mención, en el suplico de la demanda se solicita la anulación de la Sentencia impugnada y la declaración del derecho de la recurrente a obtener la excedencia solicitada «con efectos de 10 de enero de 1995 y en todo caso a partir de la Sentencia por el tiempo solicitado de un año». Asimismo, impetra el recibimiento del pleito a prueba, «que ha de versar sobre las solicitudes de excedencia para el cuidado de hijos menores que se hayan solicitado en los tres últimos años en la Consejería demandada, sobre si es solicitada por hombres o mujeres, en qué proporción respectivamente, tanto en la Consejería de Bienestar Social y Sanidad como en el resto de la Administración Autonómica, así como la proporción de médicos interinos, hombres y mujeres al servicio de la Consejería demandada».

3. La demandante en amparo, que articula su queja en virtud del art. 44 LOTC, construye su alegato a partir de la consideración de la excedencia para el cuidado de los hijos como un derecho que integra el de igualdad de trato de la mujer en el trabajo. Desde este entendimiento, y de la apreciación de que es la mujer quien solicita casi exclusivamente esta excedencia, no obstante el formal reconocimiento de su apertura también al funcionario varón, estima que la denegación de la solicitud instada de la Administración es una negativa cuyo destinatario es «la mujer-trabajadora», constituyendo la apelación esgrimida, tanto por la resolución administrativa como por la decisión judicial, al carácter interino o precario del vínculo que liga a la interesada con la Administración un «argumento encubridor» de la discriminación denunciada.

En esta misma línea argumental, sostiene la demandante que «la necesidad de cobertura del servicio público nunca puede obstaculizar el disfrute del derecho de igualdad de trato» (argumento que, a mayor abundamiento, resultaría contradictorio con el permiso de maternidad de dieciséis semanas de que en su momento disfrutó la misma), por lo que, con expresa referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, imputa a la Resolución recurrida una discriminación indirecta por razón de sexo.

4. La Sección Tercera, por providencia de 15 de enero de 1996, acuerda, en uso de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, poner de manifiesto a la recurrente y al Ministerio Fiscal la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a), en relación con el 44.1 a), LOTC, dimanante de la eventual falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, a cuyo efecto se confiere un plazo común de diez días para presentación de las oportunas alegaciones. Asimismo, se procede a requerir a la Procuradora doña María José Millán Valero a fin de que en el expresado término acreditara la representación que dice ostentar de la demandante de amparo.

5. Mediante escrito de 26 de enero de 1996, la Procuradora Sra. Millán Valero, amén de acompañar la escritura de poder requerida, insta en nombre de la recurrente la admisión a trámite del presente recurso de amparo, por entender que las cuestiones de personal

están excluidas de la casación ex art. 93.2 a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. El Fiscal vierte sus alegaciones en este trámite en 2 de febrero de 1996, concluyendo que no concurre la causa de inadmisión del art. 44.1 a) LOTC consistente en la falta de agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial, aunque entiende que la demanda de amparo es inadmisibile ex art. 50.1 c) LOTC, por cuanto, a los efectos del correspondiente juicio de igualdad, la recurrente no ha aportado el debido término de comparación (STC 48/1992 y ATC 345/1990).

7. Mediante providencia, de 4 de marzo de 1996, la Sección Tercera acuerda admitir a trámite el recurso núm. 2.897/95, y, en aplicación del art. 51 LOTC, dirigir comunicación a la Secretaría de Sanidad y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Castilla y León a fin de que, en el término de diez días, remitiera certificación o fotocopia verdadera del expediente seguido a raíz de la solicitud formulada por la recurrente en amparo el día 13 de diciembre de 1994, así como a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León para que, en el mismo plazo, procediera a remitir las actuaciones correspondientes al recurso núm. 384/95, con emplazamiento, salvo la demandante de amparo, de quienes fueron parte en aquél, a fin de que, en el término de diez días, pudieran comparecer en el proceso de amparo y defender sus derechos.

8. Por providencia de la Sección Cuarta, de 11 de abril de 1996, se acuerda tener por personado y parte al Letrado don Fernando Herrero Batalla, en nombre y representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de conformidad con el escrito de 3 de abril de 1996, así como dar vista de las actuaciones recibidas (mediante escritos de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de 21 de marzo de 1996, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 30 de marzo de 1996) a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días para que, en el indicado término, pudieran presentar, conforme determina el art. 52.1 LOTC, las alegaciones pertinentes.

9. La interesada presenta sus alegaciones en 16 de mayo de 1996, mediante escrito en el que, sustancialmente, reproduce las consideraciones vertidas en el de demanda.

10. El Fiscal, en virtud de escrito registrado el día 22 de mayo de 1996, insta la denegación del amparo pedido. Después de recordar la postura mantenida acerca del debido agotamiento de la vía judicial previa, entiende, de un lado, que, a los efectos del oportuno juicio ex art. 14 C.E., no puede prosperar la equiparación entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos (STC 48/1992; AATC 792/1986 y 345/1990), y, de otro, y aquí radica el nudo de la controversia suscitada por la demandante, que no se descubre que la decisión combatida traiga causa de la condición de mujer de la interesada, ante la ausencia de todo soporte fáctico al respecto, amén de resultar palmaria la falta de alegación de todo término de comparación, susceptible de ser aportado dado que la excedencia para el cuidado de hijos puede ser solicitada tanto por las mujeres como por los varones.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Castilla y León no presentó alegaciones.

11. Por providencia de 16 de diciembre de 1999, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión que debemos resolver en el presente proceso constitucional de amparo consiste en determinar si la denegación de la solicitud de la recurrente, funcionaria interina, de acogerse al régimen de excedencia para el cuidado de los hijos contemplado en el art. 29.4 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (en la versión dada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, vigente en el momento de la referida solicitud, luego modificada por el art. 2 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo), ha conculcado el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E. y, muy especialmente, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo establecido en el citado precepto constitucional.

Tanto la resolución administrativa que deniega la excedencia como el ulterior pronunciamiento judicial que confirma esta resolución fundan la denegación en la propia razón de ser de la situación de interinidad, obstativa de toda suspensión de la relación funcional, que únicamente sería de aplicación a las relaciones de carácter permanente, como sucede con los funcionarios de carrera. Ambas resoluciones, y en particular la judicial, añaden el argumento de que no se aporta término de comparación válido para apreciar la discriminación por razón de sexo, ya que no se menciona ningún caso «en que se haya otorgado a un funcionario varón, en sus mismas circunstancias, lo que la Administración Autonómica denegó a la actora»; sostienen que los funcionarios de carrera de ambos sexos pueden legalmente solicitar este tipo de excedencias, en tanto que esa posibilidad está vetada para los funcionarios interinos, con lo que en el plano normativo no hay discriminación. La Sentencia concluye rechazando el «peculiar razonamiento estadístico» utilizado por la recurrente según el cual, olvidando lo establecido legalmente, «son sólo las mujeres quienes utilizan la excedencia por cuidado de hijos».

La actora dirige su recurso de amparo únicamente contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León; sin embargo, en este caso la pretendida vulneración del art. 14 C.E., de haberse producido, tendría su origen en la Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León. La Sentencia impugnada sólo habría producido la lesión denunciada en la medida en que no reparó el quebranto producido por la Administración, pero no se alega contra la misma vulneración autónoma alguna de otros derechos fundamentales. Estamos, pues, ante un recurso de amparo de los previstos en el art. 43 LOTC.

La recurrente parte de la premisa de que la discriminación por razón de sexo puede derivarse no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de una realidad social discriminatoria contraria al art. 14 C.E. que un tratamiento formalmente igualitario no repara. Los datos que demostrarían esta situación de discriminación radicarían, según la actora, en el hecho de que la mayoría de los médicos interinos dependientes del Servicio de Sanidad de la Junta son mujeres y, lo que es más significativo, que la práctica totalidad de quienes han solicitado la excedencia para el cuidado de los hijos son del sexo femenino. Constan en las actuaciones remitidas a este Tribunal sendos informes del Jefe del Servicio de Personal de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social y de la Directora General del Instituto de la Mujer del Ministerio de Asuntos Sociales en los que se corroboran estos extremos. A tales datos la recurrente añade el hecho de que las situaciones de interinidad, sobre todo en el ámbito de la sanidad, en la práctica se prolongan en el tiempo durante varios años, como cabal-

mente ha sucedido en su caso en el que cuando solicitó la excedencia llevaba más de cinco años en esta situación de supuesta interinidad.

El Ministerio Fiscal, por su parte, vuelve a plantear en sus alegaciones, para rechazarla, la cuestión de la posible falta de agotamiento de los recursos procedentes al no haber interpuesto la actora un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, a la luz de la STC 188/1994 podría considerarse pertinente y, en cuanto al fondo, propugna la desestimación de la demanda de amparo con el argumento de que no se aporta un término de comparación adecuado, ya que «no resulta idónea la comparación entre funcionarios titulares e interinos», ni se «demuestra que en caso de haber sido varón la excedencia hubiera sido concedida».

2. Antes de entrar a enjuiciar el fondo del recurso debemos referirnos a la cuestión de la posible falta de agotamiento de la vía judicial previa que suscita de nuevo en sus alegaciones el Ministerio Fiscal con cita de la STC 188/1994.

Pues bien, sin necesidad de analizar el alcance de la Sentencia citada —que según se afirma en la STC 10/1998 ha sido «modulada» entre otras por la STC 125/1997—, para resolver la cuestión planteada basta señalar que el hecho de que este Tribunal en un caso concreto en el que se reivindicó un derecho fundamental por la vía de la Ley 62/1978 haya considerado constitucionalmente exigida la admisión a trámite del recurso de casación, no significa que, en los supuestos en los que no se ha interpuesto este recurso, debe considerarse automáticamente que no se han agotado los recursos procedentes ex art. 44 LOTC. Como hemos reiterado en numerosas resoluciones, el recurso de casación es un recurso sometido a rigurosos requisitos de admisión formales y materiales, por lo que en supuestos en los que quepan dudas sobre su procedencia no puede exigirse a los recurrentes en todo caso su interposición a los efectos del citado artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con las consecuencias negativas que para ellos pueden derivarse en caso de haberlo interpuesto siendo improcedente.

3. El enjuiciamiento del fondo de la cuestión planteada en este proceso constitucional de amparo debe partir de la constatación de que, a tenor de las disposiciones generales aplicables al caso, el legislador reconoce a los funcionarios, varones y mujeres, el derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para el cuidado de los hijos con derecho de reserva del puesto de trabajo durante el primer año (art. 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en la redacción dada por la Ley 3/1989). Por su parte, el art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), tras definir en su art. 5 a los funcionarios interinos como aquellos funcionarios de empleo «que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera», establece que «a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción de derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas».

Como queda dicho, para la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y para la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León es precisamente la necesidad y urgencia de la prestación del servicio y la consiguiente imposibilidad de interrumpir su prestación lo que carac-



teriza la vinculación de los funcionarios interinos con la Administración, lo que impide reconocerles el derecho a solicitar la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos. Esta imposibilidad no conculcaría el derecho a la no discriminación por razón de sexo, ya que el criterio aplicado para negar la excedencia es únicamente la condición de interinidad con independencia del sexo de quien presta el servicio.

Pues bien, es lo cierto que este Tribunal desde la STC 7/1984 ha declarado en numerosas resoluciones que los diversos Cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras creadas por el Derecho y en cuanto tales, y prescindiendo de su sustrato sociológico, al ser el resultado de la definición que éste haga de ellas, quedan configuradas como estructuras diferenciadas, con características propias, entre las que, en principio, no puede exigirse ex art. 14 un tratamiento igualitario.

Sin embargo, en el presente supuesto se dan dos circunstancias que, en su concreta concurrencia o actuación conjunta, permiten concluir que, dadas las características particulares del caso, efectivamente la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 C.E.

4. En primer lugar debe tenerse presente que la razón última por la que se reconoce el derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos menores responde a la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 C.E.) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (art. 39.1 C.E.). La previsión de la excedencia responde, pues, a principios y exigencias de relieve constitucional, aunque ciertamente no se proclama en nuestra Constitución ningún derecho a gozar de la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos, ni puede negarse, desde la perspectiva constitucional, la posibilidad de que el legislador reconozca el disfrute de este derecho al personal vinculado a la Administración de forma estable y en cambio lo niegue a aquellas personas que por motivos de urgencia y de necesidad del servicio lo desempeñan de forma provisional en tanto no se provean las plazas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, pues, en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no puedan a su vez dejarlas temporalmente vacantes aunque sea para atender a bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia.

Sin embargo, esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcional y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración.

Dicho con otras palabras, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E. para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional «en tanto no se provea por funcionarios de carrera». Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 C.E., sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la trascendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual.

Es más, en el presente supuesto esa vulneración del derecho a la igualdad conlleva, como hemos avanzado, un quebrantamiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, alegación en la que pone especial énfasis la recurrente.

5. En efecto, queda dicho, para la recurrente el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en esta situación de interinidad. Concretamente, en el ámbito laboral la denegación de esta posibilidad supone un obstáculo muy importante a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello es así, no porque la legislación vigente conceda esta posibilidad sólo a los varones, sino por un dato extraído de la realidad social imperante, que sin duda debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar las reglas jurídicas, a saber: que, hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos y, en consecuencia, al serles denegado, prácticamente sólo las mujeres se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral por este motivo. Ello produce una discriminación por razón de sexo cuya corroboración, por sus mismas características, no requiere aportar como término de comparación la existencia de unos concretos varones a los que sí se haya otorgado esa excedencia para el cuidado de los hijos.

6. En relación con las alegaciones de la recurrente conviene advertir, en primer lugar, que este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que «la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 C.E.», que contiene un derecho y un «mandato antidiscriminatorio» (STC 41/1999), «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» (STC 198/1996, fundamento jurídico 2.º; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995). Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio

de 1992, asunto Bötel o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

En segundo lugar, debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 C.E., no resulta en todo caso necesario aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos los términos de comparación, lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 C.E., en nuestro caso las mujeres.

Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial —STJCE de 27 de junio de 1990—, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo —STJCE de 9 de febrero de 1999—, trabajadores con menos fuerza física, —STC 149/1991—, etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*, entre otras).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 C.E. debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 C.E. repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que «implica que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato ... y tal invocación se realice precisamente 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 C.E.» (STC 145/1991, fundamento jurídico 2.º). Para ello deberá atender necesariamente a los «datos revelados por la estadística» (STC 128/1987, fundamento jurídico 6.º).

En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).

7. Partiendo de esta perspectiva, de los hechos declarados probados en la Sentencia recurrida y de los que se deducen de los informes que obran en las actuaciones remitidas a este Tribunal, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

La primera ha sido ya analizada y se refiere al hecho de que la legislación que regula las situaciones funcionariales de interinidad ha venido permitiendo una interpretación y aplicación de legalidad ordinaria, que en numerosas ocasiones, como la aquí enjuiciada, ha convertido lo que debía ser una relación en principio temporal, desempeñada provisionalmente por razones «de necesidad o urgencia» en tanto no se proveyesen por funcionarios de carrera, en una forma relativamente estable, aunque precaria, de acceso al mercado de trabajo. En estas circunstancias, la resolución de una relación funcional interina para poder cuidar de los hijos supone efectivamente un grave obstáculo a la permanencia en ese mercado de trabajo y, en consecuencia, un importante perjuicio para quien lo sufre.

En segundo lugar, también se ha puesto de manifiesto mediante el informe que obra en autos del Instituto para la Mujer, recogiendo datos facilitados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres.

Estos datos permiten concluir que en efecto hoy por hoy, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º).

A una conclusión parecida llegamos en la STC 109/1993 en un supuesto que guarda alguna relación con el caso aquí enjuiciado. En la mencionada Sentencia, relativa a las excedencias para la lactancia de los hijos menores de nueve meses, con cita de la STC 128/1987, se partía de la premisa de que con ellas «se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones) ... (pues) "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él"» (fundamento jurídico 6.º); esta constatación era, precisamente, la que permitía concluir con la declaración de la constitucionalidad de una medida que atribuía a las mujeres —y sólo a ellas— la posibilidad de solicitar el referido permiso de una hora de ausencia del trabajo para la lactancia de los hijos.

Es lo cierto que en el presente caso no juzgamos la constitucionalidad de una medida de discriminación o, más exactamente, de acción positiva legalmente establecida a favor de la mujer. Sin embargo, constatado que en este caso la denegación de la excedencia para el cuidado de los hijos produce efectivamente una discriminación para la mujer y que afecta a un bien tan importante como la permanencia en el trabajo, debemos concluir que la referida denegación supone un trato discriminatorio por razón de sexo.

En términos parecidos nos hemos manifestado con otros supuestos también enjuiciados por este Tribunal

en los que la posición de desigualdad afecta sólo a las mujeres y no deriva de la ley sino de la realidad social del momento en el que aquélla se aplica. Este es el caso, por ejemplo, de las situaciones derivadas del embarazo o de la maternidad. En estos supuestos el Tribunal Constitucional ha mantenido la doctrina de que el art. 14 C.E. prohíbe que esas circunstancias, que por obvias razones biológicas afectan sólo a las mujeres —y en los que, por tanto, tampoco cabe exigir como término de comparación a la situación de los varones—, puedan ser utilizadas para introducir obstáculos al acceso o permanencia de la mujer en el mercado de trabajo, perpetuando una grave discriminación que históricamente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º).

Así, por ejemplo, se ha descalificado, por desconocedor de las exigencias de no discriminación por razón de sexo, la ausencia de motivación en la decisión empresarial de poner fin a una relación laboral en período de prueba, cuando la trabajadora había puesto en conocimiento de la empresa su estado de embarazo (STC 166/1988, fundamento jurídico 5.º), en coherencia con las de distribución de la carga de la prueba que han de aplicarse en estos supuestos, conforme a reiterada doctrina constitucional (por todas, SSTC 38/1981, 103/1983 y 104/1983). Asimismo, y en relación con un caso en que se dilucidaba la corrección de la no renovación de un contrato temporal de una mujer embarazada, se ha afirmado que el simple ejercicio de un acto de libertad por el empresario al margen del contrato de trabajo no enerva *per se* la denuncia de discriminación, en la medida en que «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 discriminación el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de la aplicación del art. 14 C.E. y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación» (STC 173/1994, fundamento jurídico 3.º).

En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 C.E. —según se apunta en la STC 109/1993—; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por conyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica, se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así «diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º). Así, pues, en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo.

Esta discriminación, además, como hemos reiterado, no puede justificarse por la intensidad de la relación que une a los funcionarios interinos con la Administración, ya que, sin entrar en mayores consideraciones, no puede alegarse esta circunstancia en una relación cuya duración supera con creces los cinco años.

8. De cuanto llevamos dicho se deduce que la denegación de la solicitud de excedencia para el cuidado

de los hijos, derivada de la concreta situación de interinidad de la recurrente, ha conculcado su derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 C.E. De esta conclusión no cabe deducir, sin embargo, que la única forma de superar la situación discriminatoria apreciada sea estableciendo medidas de acción positiva que protejan tan sólo a las mujeres, puesto que caben otras soluciones posiblemente más acordes con la necesidad de evitar la perpetuación de la división sexista de las labores familiares; sin embargo a los limitados efectos de la resolución de este proceso constitucional de amparo basta con declarar la vulneración del derecho a la igualdad de la recurrente y anular las resoluciones impugnadas al haber realizado una interpretación y aplicación del art. 29 de la Ley 30/1984, en relación con el art. 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), contraria a dicho precepto constitucional.

## FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1.º Declarar que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 C.E.).

2.º Restablecerla en su derecho y, a este fin, anular la Sentencia, de 27 de junio de 1995, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, resolutoria del recurso núm. 384/1995, así como la Resolución, de 2 de enero de 1995, de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León, objeto de impugnación en el antedicho proceso.

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

Dada en Madrid, a veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.

### **Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2.897/95**

1. Con el mayor respeto para los Magistrados que con su voto mayoritario han dado lugar a la Sentencia dictada en este recurso de amparo, y haciendo uso del derecho establecido en el art. 90.2 de la LOTC, expreso en este Voto particular mi disenso de la misma.

Estimo, contra el parecer mayoritario que ha dado lugar a la Sentencia, que la denegación a la recurrente de la excedencia para el cuidado de hijos no tiene el carácter discriminatorio que se le atribuye en aquélla, ni tiene que ver con la condición femenina de la demandante de amparo.

Creo que lo suscitado en el proceso *a quo* es un puro problema de legalidad ordinaria, consistente en si los funcionarios interinos son titulares del derecho de excedencia para el cuidado de hijos. Tanto la resolución administrativa por la que se le denegó a la recurrente, como en la Sentencia del recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra aquélla (cuya Sentencia es el objeto directo del presente recurso de amparo), lo



han resuelto en sentido negativo, diferenciando la situación de los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera, con una argumentación que, al margen de la crítica que, en su caso, pudiera merecer en el plano de la legalidad ordinaria, no contiene ningún elemento revelador de un tratamiento peyorativo ante la Ley de las mujeres respecto a los varones.

No cuestiono la doctrina aludida en la Sentencia sobre la discriminación indirecta, sino su aplicación al caso actual, que se asienta sobre unos elementos básicos que considero inadecuados (la concreta duración de la situación de interinidad de la recurrente y la casi exclusiva utilización por las mujeres de la situación de excedencia para el cuidado de hijos), sobre los que se desarrolla una argumentación, que no me parece suficientemente sólida.

La Sentencia acepta en línea de principio (fundamentos jurídicos 3.º y 4.º) la posible constitucionalidad de la diferenciación entre funcionarios de carrera e interinos a efectos de la titularidad del derecho a la excedencia para el cuidado de hijos, y la negación de ese derecho a los últimos.

En ese primer momento argumental la Sentencia no da ninguna significación relevante a la condición masculina o femenina de los que reclaman el cuestionado derecho. Es en relación con la situación concreta de una interinidad de larga duración, cuando se da entrada a la condición femenina como referente de discriminación.

La mezcla del dato de la duración anómala de la interinidad con el de la utilización casi exclusiva de la excedencia para el cuidado de hijos por las mujeres me parece que introduce en la argumentación un factor de artificiosidad.

Si tratándose de funcionarios de carrera los términos del art. 29.4 Ley 30/1984 (en la redacción dada por la Ley 3/1989), son inequívocos en la referencia del derecho tanto al padre como a la madre, lo que elimina cualquier tacha posible de discriminación por razón de sexo; y si, tratándose de funcionarios interinos en la situación legal genuina de los mismos, la Sentencia acepta la exclusión de la excedencia, sin plantear respecto a ella su posible significado de discriminación por razón del sexo, no es lógico que el dato de la anómala duración de la excedencia, como constitutivo de una situación intermedia entre las referidas, pueda tener la virtualidad de ser el soporte de una discriminación por razón de sexo, que no se da en ninguna de las dos situaciones genuinas entre las que se inserta.

En un plano de mera legalidad podría resultar explicable una argumentación según la cual se asimilase la situación anómala de una interinidad de la larga duración de la del caso (cinco años) con la situación legal de funcionario de carrera, a los efectos de equipararlas en orden al disfrute de la excedencia, reconociéndoselo al solicitante, a la solicitante en este caso, por su exclusiva condición de funcionario, y no por la de mujer. Pero ni para esa asimilación hipotéticamente posible entraría en juego la condición femenina, ni por el hecho de su rechazo tal condición puede convertirse en elemento relevante.

Si la argumentación de la Sentencia no salvase, como hace, la situación genuina de interinidad, refiriendo también a ella la discriminación por la casi exclusiva utilización de la excedencia por las mujeres, tal argumentación resultaría coherente; pero no lo es, cuando la discriminación se justifica por la anómala duración de la interinidad, pues ese factor de anomalía no me parece que pueda hacer injustificable lo que se justifica en las situaciones regulares de interinidad: la mayor proyección sobre las mujeres.

La Sentencia de la que disiento creo que se confunde al valorar el significado de la anómala duración de la situación de interinidad de la recurrente, pues, independientemente de esa anomalía, lo que cuenta no debe ser tanto su tiempo de duración hasta el momento de solicitud de la excedencia (inexplicable en el régimen legal de la función pública), cuanto su precariedad consustancial hacia el futuro, al estar condicionada por la regular provisión de la plaza interinada por un funcionario de carrera, y al no tener por tanto ninguna garantía de proyección temporal ulterior.

El modo en que se razona en la Sentencia, al hacer del factor de duración de la interinidad la clave de la solución, supone potenciar desde la perspectiva constitucional una situación que es en sí, en buenos términos de legalidad ordinaria, inaceptable.

La paradójica consecuencia de nuestra Sentencia es que a situaciones legalmente irregulares, como las de interinidades de larga duración, se les viene a reconocer un contenido de derechos, que no tiene inconveniente en negar a las situaciones regulares de interinidad que les sirven de marco legal.

2. Con todo, la razón fundamental de mi discrepancia se refiere a la aplicación de nuestra doctrina acerca de la lucha contra la discriminación por razón de sexo, en la que en este caso se avanza un paso más, que considero excesivo.

Hasta ahora nuestra referida doctrina, directamente influenciada por la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, venía proclamando la existencia de discriminación por razón del sexo, cuando una determinada norma o aplicación de ésta afectaba de modo peyorativo a las mujeres en proporción significativamente mayor que a los hombres, aceptando para establecer tal hecho datos estadísticos, y siempre que la medida en cuestión no tuviese una justificación objetiva y razonable al margen de la condición femenina.

El elemento novedoso de la Sentencia lo veo en el hecho de que se minimiza en ella la última salvedad, y en que el dato estadístico utilizado no respeta las pautas al respecto indicadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En realidad la Sentencia se contenta con el hecho de que, según las certificaciones aportadas a los autos, en el sector de la sanidad el personal interino en su mayoría lo integran las mujeres y que son solo éstas las que solicitan la cuestionada excedencia. Pero este dato estadístico, si se quiere seguir, como hace la Sentencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, me parece insuficiente habida cuenta del reducido campo de comprobación estadística.

Si se advierte que lo que se está enjuiciando es la aplicación del art. 29.4 Ley 30/1984 (en la redacción dada por la Ley 3/1989), dicho campo debe abarcar a todo el ámbito de aplicación de esa norma, y no a un sector concreto como el de la sanidad.

Sobre el particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de febrero de 1999 (*Seymour-Smith* y *Laura Pérez*) contiene una muy precisa pauta acerca de la prueba de «pertinencia estadística», exigiendo su referencia a todo el Estado, y no a las afectadas en el caso concreto. Bueno es transcribir al respecto en lo pertinente los apartados 57 y 59 de dicha Sentencia:

«57. La Comisión, por su parte, propone una prueba de "pertinencia estadística", según la cual las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar por que dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos

del caso concreto. La existencia de estadísticas significativas basta para demostrar una repercusión desproporcionada y para que la carga de probar una justificación recaiga sobre el autor de la medida presuntamente discriminatoria.»

«59 ... No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y femeninos en dicho Estado miembro» [los subrayados, míos].»

Para adecuarnos a la referida doctrina, la Sentencia no debió conformarse con una estadística referida a un sector concreto, sino que debió exigir que el campo de la misma fuese el del ámbito de aplicación del art. 29.4 Ley 30/1984. No me parece, pues, que el dato estadístico tomado en consideración por la Sentencia y que constituye una base esencial de su argumentación, tenga la terminante relevancia que se le ha atribuido.

En cualquier caso, y aun en el no probado de que la estadística hubiera sido correctamente establecida, y demostrativa sin quiebras de la proyección negativa de la medida sobre las mujeres casi en exclusiva, creo que tal hecho no es por sí solo constitutivo de un tratamiento discriminatorio, si el mismo tiene una justificación objetiva y razonable. Me parece que la Sentencia, imprudentemente a mi juicio, se ha contentado con la mayoritaria repercusión negativa sobre las mujeres, minimizando, hasta un punto que considero incorrecto, la relevancia de la razón diferencial del trato entre funcionarios de carrera e interinos.

En las bases esenciales tanto de nuestra jurisprudencia sobre discriminaciones indirectas por razón de sexo, como de la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el dato estadístico es solo el signo aparente de la discriminación, no el hecho constitutivo de la misma. El error de nuestra Sentencia consiste, a mi juicio, en que en la práctica ha convertido el dato estadístico en el hecho de la discriminación, prescindiendo de la razón aducida, a mi juicio, suficiente, para explicar en términos de razonable neutralidad respecto del elemento género o sexo la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos en orden al disfrute de la situación de excedencia para el cuidado de hijos.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es muy claro e insistente al proclamar que si existe una justificación objetiva y razonable de la medida en cuestión, aunque afecte de modo mayoritario a las mujeres, este último dato no supone de por sí la existencia de discriminación por razón de sexo. Al respecto basta con que nos refiramos, transcribiéndolo, al apartado 69 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de febrero de 1999, en la que se alude a otras del propio Tribunal:

«69. Pues bien, es jurisprudencia reiterada que, si un Estado miembro puede probar que los medios elegidos responden a una finalidad legítima de su política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por ésta y son necesarios a tal fin, el mero hecho de que la disposición legal perjudique a un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores no puede ser considerado como infracción del artículo 119 del Tratado (véanse, en especial, las Sentencias de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheftel, C-444/93, Rec. I-4741, apartado 24, y Freers y Speckman, [de 7 de marzo de 1996, C-278/93, Rec. I-1165], apartado 28).»

En esa Sentencia la argumentación transcrita no constituye la *ratio decidendi*, sino solo un *obiter dicta*, mientras que en la Sentencia aludida en ella del asunto C-444/93 esa consideración es la auténtica *ratio* del caso, en el que, pese a la probada mayor afectación a las mujeres que a los hombres de la medida entonces cuestionada, se acaba proclamando que no tiene sentido discriminatorio. Es contundente al respecto su apartado 32, en el que, después de exponer el contenido de la norma entonces cuestionada, se dice que «no constituyen una discriminación por razón de sexo, aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo».

En el caso actual creo que la razón aducida para justificar la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos es de indudable objetividad y razonabilidad, al margen de que la interpretación de la legalidad ordinaria que en ella se manifiesta, sobre cuya corrección no nos corresponde pronunciarnos. No es ni mucho menos irrazonable, desde la óptica del art. 14 C.E., el supeditar la situación de excedencia para el cuidado de hijos al dato de la estabilidad y proyección indefinida en el tiempo de la relación funcional, lo que es solo propio de la de los funcionarios de carrera y no de los de empleo, y más en concreto entre ellos de los interinos. Que se considere como presupuesto conceptual de la situación de excedencia (cualquiera que sea su causa), la permanencia en la función, no puede decirse que carezca de lógica. E igualmente lógico resulta (lo que no quiere decir que yo proclame por mi parte que la interpretación de la ley deba ser ésta, extremo sobre el que me parece oportuno evitar pronunciarme) una interpretación según la cual, al exceptuarse en el art. 105 de la Ley de Funcionarios (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964) el «derecho a la permanencia en la función», falta el presupuesto lógico indispensable para que pueda entrar en juego la situación de excedencia.

En esencia esta situación (con o sin reserva de puesto es indiferente, debiendo tenerse en cuenta sobre el particular la recientísima modificación del art. 29 de la Ley 30/1984 por la Ley 39/1999, de 5 de diciembre) consiste en el derecho del funcionario a retornar a la función pública al fin del período de excedencia; y tal derecho resulta incompatible con el hecho de que, en el marco temporal de una regular situación de interinidad, la relación funcional habrá quedado extinguida antes de la conclusión del período de excedencia, según lo dispuesto en el art. 104.2 de la Ley de Funcionarios, habida cuenta de la cadencia, al menos anual, de los procedimientos para la cobertura de vacantes.

El negar a los interinos el derecho a la excedencia responde así, en términos de la referida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a un objetivo ordenador perfectamente discernible, en relación con el cual la medida resulta justificada. Y no lo es, por el contrario, que la clave de la discriminación deba operar el efecto de una transformación del sentido de la interinidad, atribuyéndole la virtualidad de introducir un sentido de permanencia en la función, impropio de dicha situación.

3. Finalmente, no me parece constitucionalmente correcta la utilización que se hace del cometido familiar de la mujer, para apoyar en él la existencia de la discriminación. Tal modo de argumentar parte de un arrastre inequívoco de un reparto de papeles en la familia entre el varón y la mujer, contra el que se viene pronunciando la doctrina antidiscriminatoria.



Desde ella no cabe apoyarse en el dato social, aun indudablemente vigente, de la existencia de la asunción mayoritaria de ese papel por las mujeres, pues ese fenómeno en estas postrimerías del siglo no es un efecto necesariamente derivado de la condición femenina, como lo es el parto, respecto del que el ordenamiento jurídico deba, so pena de discriminación, reaccionar para evitar los efectos negativos sobre las mujeres, sino que es una opción libremente asumida por éstas. Sobre esa base, si bien es lógico no desconocer las realidades sociales, y en función de ellas es justificable que se adopten medidas de acción positiva para facilitar la conciliación de las funciones laborales y las familiares (como ha hecho la Ley 39/1999), que vendrían a beneficiar prioritariamente a las mujeres, al ser ellas las que, por ese modo socialmente aun vigente de distribución de cargas familiares, vienen asumiéndolas, ello no supone que la no adopción de esas medidas, y las consecuentes dificultades derivadas de su inexistencia, impliquen un hecho de discriminación por razón del sexo, vulnerador del art. 14 C.E., otorgando a la mujer un derecho fundamental para impugnar la negación de un derecho, que tiene una correcta justificación constitucional por consideraciones ajenas al género o sexo.

Aprecio una cierta paradoja en la Sentencia, cuando la discriminación imputada a las resoluciones recurridas se sustenta a la postre en el dato social del diferente papel de mujeres y hombres en el cuidado de los hijos.

Todo lo expuesto me lleva a la conclusión de que en el caso actual no existe discriminación por razón de sexo; por lo que el recurso debía haber sido desestimado.

Madrid, veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

**1183** *Sala Segunda. STC 241/1999, de 20 de diciembre de 1999. Recurso de amparo 3.975/95. Promovido por don Juan Luis Serrano Calleja frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Zaragoza, que mantuvo la sanción de suspensión de empleo y sueldo que le había sido impuesta por el Instituto Nacional de la Salud por falta de respeto a un superior. Supuesta vulneración del derecho a la libertad de expresión: Protesta innecesaria e insultante por parte de un funcionario durante la tramitación de un procedimiento administrativo sobre permiso para estudios.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3.975/95, interpuesto por don Juan Luis Serrano Calleja, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Soto Fernández y bajo su propia dirección letrada, contra la Sentencia dictada el 31 de octubre de 1995 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Zaragoza, en autos sobre sanción

substanciados frente a la Resolución del Director Gerente del Hospital «Miguel Servet» del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) de 5 de noviembre de 1993 y la Resolución definitiva del Secretario General de este Instituto de 10 de octubre de 1994. Han intervenido el Ministerio Fiscal y el INSALUD, representado por el Procurador de los Tribunales don Carlos Jiménez Padrón y con la correspondiente asistencia letrada. Ha sido Ponente el Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en los Juzgados de guardia de Madrid el 23 de noviembre de 1995 don Javier Soto Fernández, Procurador de los Tribunales y de don Juan Luis Serrano Calleja, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia del Juez de lo Social núm. 5 de Zaragoza de 31 de octubre de 1995.

2. La demanda se fundamenta, en síntesis, en los siguientes antecedentes de hecho:

a) El recurrente, que presta servicios con la categoría de monitor de terapia ocupacional en el Hospital «Miguel Servet» de Zaragoza (INSALUD), sujeto al Estatuto del Personal No Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (Orden de 5 de julio de 1971), solicitó la concesión de un permiso horario para participar en un curso de formación. Teniendo noticia de que iba a serle denegada su solicitud, dirigió, el 29 de mayo de 1993, al Gerente del Hospital el siguiente escrito:

«Sr. Director Gerente del Hospital "Miguel Servet", de Zaragoza.

Zaragoza, 29 de mayo de 1993.

Juan Luis Serrano Calleja, Monitor de Terapia Ocupacional, del Hospital "Miguel Servet" (personal no sanitario), adscrito al Departamento de Rehabilitación del C.R.T.Q., con fecha de ingreso el 1/8/1971.

Con relación al permiso solicitado en el día de ayer 28 de mayo, para asistir al curso de "Derecho sanitario", en el salón de actos (Dr. Ucar), del C.R.T.Q.

EXPONE:

I. Que con una rapidez poco habitual, en el mismo día han contestado sobre la "no concesión del permiso horario" (fotocl).

II. El mencionado Curso de "Derecho sanitario", lo considera el firmante, de enorme interés para su formación, en la materia de "Gestión Sanitaria", en la que lleva mucho tiempo adquiriendo una intensa formación.

III. Como es una práctica bastante habitual en este Hospital en las relaciones laborales, se carece en todo momento, de "Hábito negociador y de diálogo", utilizando como instrumentos: "El silencio, la amenaza, la mentira y la represalia", olvidando (quién ha denegado el permiso) que se está en un estado social y de derecho, quedando atrás los tristes años de la dictadura, que muchos se empeñan en no olvidar, recordándonos con actitudes como ésta, de la no concesión de un permiso horario, para asistir al curso de "Derecho sanitario".

IV. Como personal no sanitario, nunca he asistido a ningún curso organizado por el propio hospital, porque no los ha hecho, al estar olvidado el colectivo al que pertenezco.