**STC 38/1986, de 21 de marzo de 1986**

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 15/1984, promovido por don Bernardo Fernández Sánchez, representado por el Procurador don Enrique Monterroso Rodríguez, y asistido del Letrado don José Ignacio Gutiérrez López, contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo, núm. 7 de Sevilla, dictada en autos núm. 729/1983, el día 15 de diciembre de 1983, por estimar que vulnera el art. 14 de la Constitución. Han sido parte el Abogado del Estado, el Instituto Nacional de la Salud y el Ministerio Fiscal, y ha sido Ponente el Magistrado don Angel Latorre Segura, quien expresa el parecer de la Sala

 **I. Antecedentes**

1. El Procurador de los Tribunales don Enrique Monterroso Rodríguez, en nombre y representación de don Bernardo Fernández Sánchez, interpone recurso de amparo por escrito registrado el día 9 de enero de 1984, contra la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 7 de Sevilla, de fecha 15 de diciembre de 1983. Considera el recurrente que la resolución impugnada vulnera el art. 14 de la Constitución, con los fundamentos de hecho y de Derecho que a continuación se relacionan.

2. El señor Fernández Sánchez es empleado administrativo del Instituto Nacional de la Salud (en adelante, INSALUD), prestando servicios en la Ciudad Sanitaria Virgen del Rocío de Sevilla. Cada cuatro semanas realiza turno de noche de 70 horas, percibiendo como extraordinarias 28. El actor presentó reclamación previa ante el INSALUD reclamando la cantidad de 89.625 pesetas correspondientes al abono de las 15 horas semanales que no se le habían abonado como extraordinarias (con lo que percibiría un total de 43 semanales), por el período comprendido entre abril de 1982 y noviembre del mismo año. Denegada su solicitud, presentó demanda ante la Magistratura de Trabajo. En el acto del juicio, añade -según consta en el acta del mismo- que se realiza la petición concedida en el suplico de la demanda 4 en base a que el punto objeto de litigio es la equipación (sic) entre el hombre y la mujer basado en los arts. 14 y 35 de la Constitución Española y en Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1982 y 15 de noviembre de 1983, que resuelven temas idénticos al actual». La parte demandada afirma que no es aplicable al caso la doctrina sentada en las citadas Sentencias de este Tribunal, pues estaban referidas a la situación del personal sanitario al servicio de instituciones de la Seguridad Social -categoría a la que no pertenece el actor- y en su caso se ha aplicado la normativa vigente: los arts. 54 y 57 de la O. M. de 5 de julio de 1971, Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, complementada por lo dispuesto en el R. D. de 23 de abril de 1976, sobre régimen de trabajo a turnos. Adicionalmente, la alegación de que el tratamiento que se le ha dispensado es discriminatorio es una cuestión nueva, que no se planteó ni en la reclamación previa ni en la demanda ante la Magistratura, por lo que no debe ser tenida en cuenta, según lo dispuesto en el art. 120. 1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La Magistratura dicta su Sentencia el día 15 de diciembre de 1983, en la que desestima la demanda, y, entre otros argumentos de legalidad ordinaria, afirma que la alegación de discriminación no puede ser admitida aparte de su extemporaneidad en la que no se entra, por la falta de demostración de tal aserto. En el fallo se advierte al actor de que contra la Sentencia no cabe recurso alguno. Por escrito de fecha 27 de diciembre de 1983, la parte actora, entre otras afirmaciones, manifiesta su intención de recurrir en amparo.

3. El demandante considera que la resolución impugnada vulnera el art. 14 de la Constitución, pues es prueba evidente de la discriminación sufrida, en su opinión, los aportados certificados de la Dirección de la Ciudad Sanitaria, en los que se hace constar que el actor ha realizado desde abril a noviembre de 1982 «siete ciclos, cada uno de siete noches y siendo cada jornada nocturna de 10 horas, así como que también las ha realizado, con idéntica duración, doña Rosario Cañete Lama, de la misma categoría y puesto de trabajo; por otra parte, en las nóminas de abril a noviembre de ambos trabajadores, se refleja que el actor ha percibido mensualmente 28 horas como extraordinarias, en tanto que la señora Cañete Lama ha percibido 43. Además, el Magistrado ha remitido a una legislación -el art. 57 de la Orden Ministerial de 5 de julio de 1971- en la que, en opinión del actor, queda patentizada la discriminación, pues establece que las jornadas nocturnas de este personal tendrían las «limitaciones establecidas por la legislación general y las referentes al descanso nocturno de la mujer». Así pues, teniendo en cuenta ambos elementos, el Magistrado no ha dispensado la protección que se le pedía, pues ha considerado no probada la desigualdad de trato.

Por lo anterior, solicita de este Tribunal que dicte Sentencia en la que se declare la nulidad de la de la Magistratura núm. 7 de Sevilla, debiendo dictarse otra en su lugar en la que se reconozca el derecho del demandante a no ser discriminado ni en salarios, ni en las restantes condiciones de trabajo en relación con el personal femenino.

4. Por providencia de 22 de febrero de 1984, la Sección acuerda admitir a trámite la demanda, requiriendo a la Magistratura de Trabajo núm. 7 de Sevilla la remisión de los autos núm. 729/1983, y el emplazamiento de los que fueron parte en el previo proceso a excepción del recurrente. Recibidas que fueron las actuaciones, y de conformidad con lo previsto en el art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), por providencia de 2 de mayo de 1984, se acuerda dar vista al recurrente, al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado, para que en plazo común de veinte días formulen las alegaciones que estimen convenientes. La parte formula las suyas por escrito de 22 de mayo de 1984, reproduciendo sustancialmente las de la demanda.

El Abogado del Estado se opone a la estimación de la demanda, por entender que en Magistratura el recurrente no intentó probar la discriminación de que había sido objeto, limitándose a invocar preceptos constitucionales. Está claro, en su opinión, que el recurrente plantea el recurso de amparo como una tercera instancia en la que realizar las argumentaciones que fueron desechadas ante los Tribunales laborales por causas a él imputables; con ello olvida la función subsidiaria del propio recurso de amparo. En cuanto al fondo de la cuestión, aun si se hubiera probado la diferenciación, no puede considerarse irrazonable, dadas las características físicas de la mujer y la configuración sociológica actual de la familia.

Por su parte, el Fiscal abunda en la idea de que el actor no ha alegado (ni en la reclamación previa ni en la demanda), ni probado la presunta discriminación, pues las nóminas aportadas sólo muestran que dos auxiliares administrativos han percibido diferente cantidad por horas extraordinarias realizadas, pero nada se prueba en torno al efectivo número de horas trabajadas por cada uno Además de lo anterior, el art. 57 del Estatuto del Personal no sanitario al servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social no es discriminatorio por sí mismo, ya que contiene una norma en blanco -la remisión a las normas sobre trabajo nocturno de la mujer- que ha de ser complementada por los principios comunes de la legislación laboral, entre ellos, el que prohíbe la discriminación por razón de sexo. Tampoco puede deducirse la discriminación de las particulares circunstancias concurrentes en los Autos pues el recurrente no ha logrado en ningún momento poner de manifiesto que el criterio diferenciador haya sido el sexo, la errónea interpretación de las normas laborales o la libre voluntad del empresario.

Por escrito de fecha 2 de junio de 1984 comparece el Procurador de los Tribunales don Julio Padrón Atienza, en nombre y representación del INSALUD.

5. Por providencia de 20 de noviembre de 1985, se señaló para deliberación y fallo el 27 del mismo mes y año. Por providencia de 27 de noviembre de 1985, la Sala acuerda, para mejor proveer, y con suspensión del plazo para dictar Sentencia, librar comunicación a la Delegación Provincial del INSALUD de Sevilla, a fin de que informe a este Tribunal si fueron tenidas en cuenta las mencionadas normas legales para determinar el distinto cálculo de horas extraordinarias prestadas por el actor y por doña Rosario Cañete Lama, así como si las diferencias resultan del distinto trato contemplado en las normas para el personal masculino y femenino. El informe se realiza por el Letrado señor Cáliz Cáliz, por escrito de fecha 11 de febrero de 1986, en el que se hace constar lo siguiente:

«Para el cálculo de horas extraordinarias abonadas al señor Fernández Sánchez se tuvo en cuenta la normativa vigente en el momento de producirse el devengo de las mismas, es decir, se aplicó el art. 57 de la Orden de 5 de julio de 1971, habida cuenta que el actor tenía la categoría de Administrativo y, por tanto, sujeto a lo establecido en el Estatuto del Personal no Sanitario de la Seguridad Social, sin que quepa, a nuestro entender, aplicación de normas laborales ni de criterios o principios de Derecho Laboral, por cuanto este personal está excluido de la normativa antes citada en aplicación del art. 1.3.A de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores, como reiteradamente viene manteniendo el Tribunal Central de Trabajo.»

Abierto plazo de tres días para que las partes formulen alegaciones, conforme a lo establecido en el art. 342 LEC, el Letrado del Estado formula las suyas, reafirmando que el dictamen citado no determina de forma clara y rotunda que el distinto trato entre los trabajadores fuera consecuencia de un diferente trato consagrado en la norma, así como que continúan las misma circunstancias -falta de prueba de la discriminación- que impidieron al Magistrado de Trabajo pronunciarse sobre ella. Por su parte, el Ministerio Fiscal, se reafirma en las alegaciones formuladas sobre la O. M. de 5 de julio de 1971, habida cuenta de que el dictamen solicitado para mejor proveer confirma el empleo de la mencionada norma para el cálculo de las horas extraordinarias.

6. Reanudado el plazo para dictar Sentencia se reunió la Sala con la composición indicada en un principio en aplicación de lo dispuesto en el art. 256 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables en virtud de lo dispuesto en el art. 80 de la LOTC continuando la deliberación fallándose la causa el 20 de marzo de 1986.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo se plantean dos cuestiones estrechamente conectadas entre sí, pero que deben examinarse por separado:

a) La falta de invocación por el recurrente, ante los Tribunales ordinarios, del art. 14 de la Constitución presuntamente vulnerado.

b) La existencia de discriminación y el eventual defecto de prueba que acusa la Sentencia de instancia.

En cuanto a la primera cuestión, tanto la Sentencia de la Magistratura (relato de hechos probados) como, en amparo, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal entienden que el recurrente no ha alegado debidamente en el proceso la existencia de una discriminación, como tampoco lo hizo en la reclamación administrativa previa. Si prosperase esta alegación, la demanda incurriría en el defecto previsto en el art. 44 .1 c) de la LOTC, y ello sería causa de inadmisión de la misma y, en este trámite, de desestimación. En efecto, el demandante en ningún momento contradice esta falta de alegación previa de la discriminación en el momento procesal oportuno; por el contrario, implícitamente admite que lo hizo en momento inadecuado, concretamente, en fase de alegaciones en el acto del juicio, y con ello, que contravino lo expresamente previsto en el art. 120 de la Ley de Procedimiento Laboral. No obstante ser cierto lo anterior, debe procederse a valorar el requisito de la previa alegación del precepto constitucional vulnerado desde una perspectiva teleológica en la línea antiformalista que ha caracterizado en la materia a este Tribunal. La alegación de la discriminación sufrida se produjo y se debatió el tema; la parte demandada hizo las correspondientes alegaciones y el Magistrado de Trabajo, pasando sobre el carácter extemporáneo de la alegación, se pronunció sobre la cuestión, si bien de forma desfavorable para los intereses del demandante. Teniendo en cuenta que la exigencia de invocación del derecho fundamental afectado en la vía previa no es una exigencia que obedezca únicamente a motivos formales, sino el carácter subsidiario del propio recurso de amparo, que no debe ser interpuesto sino ante la inactividad de los Tribunales ordinarios para guardar la aplicación de la Constitución, es claro que esta finalidad se cumplió en el caso invocado, discutiéndose y analizándose el asunto en la instancia.

2. Queda por analizar la cuestión de si se ha producido una discriminación por razón de sexo, y, en su caso, si la actividad probatoria del demandante ha sido insuficiente. Antes de entrar en el tema, conviene precisar algunos puntos:

a) En los supuestos en que se alegue una discriminación, este Tribunal ha mantenido que la dificultad probatoria que esa conducta siempre comporta impone en ocasiones la necesidad de aliviar su prueba, si es preciso, mediante la inversión de las reglas que regulan su carga (STC 38/1981, 23 de noviembre, fundamento juridico 3.°), porque así lo impone «un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba», que puede ser deducido en otros supuestos distintos de aquellos que originaron la citada resolución, puesto que sin él, en ocasiones, probar una discriminación real y existente puede originar dificultades casi insalvables que el Juez no puede permitir que contribuyan a perpetuar una situación contraria a la Constitución Española.

b) No obstante, lo anterior debe coordinarse con que es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia de una discriminación. Esa actividad probatoria ha de recaer, sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación (STC 34/1984, de 9 de marzo, fundamento jurídico 3.°). Ello es así porque la mera alegación de una diferencia de trato «que no se vincula por el actor a ninguna de las causas previstas en la Constitución y la ley no puede servir (...) como presunta prueba de la discriminación».

En esta caso, el Juez estimó que no quedaba probada la vinculación entre la diferenciación y el factor sexo como elemento determinante de la misma, pues bien podía tratarse de una desigualdad causada por cualquier otra cosa lícita, como, por ejemplo, que la trabajadora hubiese realizado trabajo distinto o más intenso que el prestado por el recurrente. Es decir, el actor ha probado que existe una diferencia de tratamiento y ello se evidencia de las nóminas que ha aportado -las suyas y las de la señora Cañete Lamas-, pero, en la opinión del Magistrado de instancia, no ha conseguido probar satisfactoriamente que esa diferencia de trato estaba vinculada al sexo. Ahora bien, para valorar la eventual suficiencia de la prueba aportada por el actor, a estas alturas del procedimiento, debe tenerse en cuenta un dato esencial: La Entidad demandada, tanto en el acto del juicio como después ante este Tribunal, en diligencia para mejor proveer, ha insistido en que la causa de la diferenciación no es otra que la legislación aplicable al actor, y más concretamente, el art. 57 de la Orden ministerial de 5 de julio de 1971, Estatuto del Personal no Sanitario al servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, sólo que la Entidad empleadora entiende que esta normativa no es discriminatoria, y el trabajador piensa que sí lo es Por esta razón, conviene referirse a ella, siquiera sea muy brevemente.

3. El personal no sanitario al servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, al amparo de lo previsto en el art. 45 LGSS, se rige por Orden ministerial de 5 de julio de 1971, que conforma su estatuto específico; en el art. 57 de dicha Orden se establece que la jornada de trabajo de este personal será de ocho horas como regla general, pero podrá ser mayor en turnos de noche, «con las limitaciones establecidas para la legislación general y las referentes al descanso nocturno de la mujer», referencia que se entiende hecha -como afirma el demandante y no ha negado la Entidad- al Real Decreto-ley de 15 de agosto de 1927, cuyo art. 2 establecía en favor de las mujeres un descanso nocturno, mínimo y continuo de doce horas, si bien (art. 7), en los casos de trabajo en «clínicas» o «sanatorios», la Dirección del Centro podía acordar con la trabajadora otro régimen de descanso, bien que comprenda solamente la mitad de las horas de la noche, o bien «que aquel descanso comprenda todo el período de la noche solamente en días alternos». Es cierto que con posterioridad ha existido una profunda evolución en la valoración del trabajo femenino, que ha conducido a instaurar la regla de igualdad con el varón que han consagrado los arts. 14 y 35 de la Constitución y en el nivel de la legislación ordinaria recoge el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, la aplicación de los principios generales de nuestro actual ordenamiento laboral hubiera impedido un tratamiento como el que establecían para la mujer el art. 57 de la O. M. de 5 de julio de 1971 y el art. 7 del Real Decreto-ley de 15 de agosto de 1927, al basarse en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva. No obstante, el informe del Letrado de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, solicitado para mejor proveer, afirma rotundamente que no le eran aplicables al caso los principios laborales generales, por impedirlo el art. 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores. Lo anterior es cierto, pero no lo es si con ello se pretende mantener que no es aplicable a estas relaciones el principio de igualdad, por estar contenido en el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. El principio de igualdad viene recogido en el art. 14 de la Constitución, y es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico en todas sus ramas y, en cuanto un reglamento como el citado consagre una desigualdad por un factor como el sexo, debe entenderse derogado de plano por la Constitución, si era anterior a ella. Lo que sucede es que, como mantiene el Ministerio Fiscal, el art. 57 de la O. M. de 5 de julio de 1971, en cuanto que es una norma que no impone directamente la discriminación, no es inconstitucional y por ello no procede declararlo nulo; es inconstitucional -y derogado por la Constitución- en su caso el Real Decreto-ley de 15 de agosto de 1927, y su aplicación por la Entidad demandada pese al profundo cambio normativo. En consecuencia, son nulos todos sus actos de aplicación, no porque lo imponga el Estatuto de los Trabajadores o cualesquiera otra Ley ordinaria, sino porque lo prohíbe directamente la Constitución.

4. Aquí podemos conectar con la argumentación del Ministerio Fiscal. Entiende que del art. 57 de la Orden ministerial de 5 de julio de 1971 -a diferencia de lo sucedido en el caso del personal sanitario- no se puede deducir de manera clara y directa la existencia de una discriminación por razón de sexo; y ello reduce a la nada la pretensión del demandante. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que, en tanto que no se demuestre que la desigualdad de tratamiento entre los dos términos de la comparación no existió, o se debió a razones distintas del sexo, la remisión que el inciso final del art. 57 de la Orden Ministerial de 5 de julio de 1971, hace el Real Decreto-ley de 15 de agosto de 1927, es un indicio favorable a la presunción de existencia de una discriminación por razón de sexo, que se ve fortalecido cuando el actor aporta sendos certificados de la Dirección de la Ciudad Sanitaria en los que consta que los trabajadores masculino y femenino habían trabajado los mismo ciclos temporales, eran de la misma categoría profesional, estaban adscritos al mismo centro, y pese a ello, las nóminas de uno y otra -que también aporta- reflejan una diferencia de tratamiento en favor de la mujer que, además, coincide con la que se derivaría de aplicarles normas del Real Decreto-ley de 15 de agosto de 1927. Todos los citados son fuertes indicios de la existencia de una discriminación en contra del demandante que, además, ponen adecuadamente en evidencia la posible relación de ésta con el sexo (porque lo afirma paladinamente la Orden ministerial de 5 de julio de 1971, art. 57, inciso final). En estas circunstancias, los indicios citados evidenciaban que estaba en juego el propio principio de igualdad por que, desenvuelta por el afectado la actividad probatoria que le era razonablemente exigible, era posible deducir la presunta discriminación sufrida y ello hubiera debido bastar para que pesase sobre la parte demandada la carga de desvirtuar esa presunción, probando que carece de fundamento -no hubo desigualdad de trato- o que, si la hubo, era razonable. No obstante, nada de esto hizo la Entidad demandada, ni en la instancia ni en las alegaciones y dictámenes que posteriormente ha realizado en amparo. Con tan fuertes evidencias es, por lo menos, razonable presumir la existencia de una discriminación fundada en el factor sexo, pero, cuando la descarta en su Sentencia el Magistrado, no manifiesta en absoluto por qué lo hace; simplemente afirma que el demandante no ha probado «tal aserto».

Ahora bien, el art. 14 de la Constitución, al prohibir toda discriminación por razón de sexo, obliga a que el Juzgador, ante una situación como la presente que pueda suponer razonablemente una discriminación de ese tipo, no se limite a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el actor sino que ha de expresar los motivo por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación.

Por todo lo expuesto y para que el órgano pueda subsanar la omisión la Sentencia impugnada debe ser anulada, retrotayendo las actuaciones al momento de dictar Sentencia, debiendo contener la nueva resolución una motivación expresa y suficiente sobre la existencia o inexistencia de la presunta discriminación.

### F A L L O

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

Ha decidido

1º. Otorgar parcialmente el amparo solicitado y en su virtud:

a) Declarar la nulidad de la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 7 de Sevilla, de fecha 15 de diciembre de 1983.

b) Retrotraer las actuaciones al momento de dictar Sentencia, a fin de que el Magistrado dicte una nueva en los términos expresados en el fundamento jurídico 4º.

2º. Desestimar el amparo en todo lo demás.

Dada en Madrid, a veintiuno de marzo de mil novecientos ochenta y seis.