

EXCMO. SR. CONSEJERO DE
SALUD Y CONSUMO
DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN
Edificio Pignatelli
50004 ZARAGOZA

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- En esta Institución tuvo entrada queja que quedó registrada con el número de referencia arriba expresado,

En la misma se ponía de manifiesto el caso de D. X, trabajador que presta servicios en el Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza como personal estatutario fijo con categoría ... desde fecha 16 de octubre de 1989, señalándose lo siguiente:

«Que con fecha 29 de octubre de 2003 solicitó la ayuda económica por utilización de guardería infantil durante su jornada laboral para su hija L., nacida en fecha 30 de julio de 2001, que le fue denegada según comunicación, interponiendo en fecha 11 de diciembre de 2003 reclamación previa a la vía judicial, que ha sido desestimada mediante resolución de fecha 27 de febrero de 2004.

El problema viene originado porque el Acuerdo en el que se establecen estas ayudas otorga el citado beneficio al “personal femenino” de la plantilla con hijos menores de seis años o bien “al personal masculino de plantilla ... viudo y con hijos menores de seis años a su cargo”, y el solicitante no es viudo, aunque su esposa, R., se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta declarada por el INSS y con un grado total de minusvalía del 65 % reconocido por el IASS; por tanto, el solicitante tiene que hacerse cargo de los niños de igual manera que si estuviera viudo, ante las graves circunstancias que concurren en su esposa.

Si bien resulta justificado que este beneficio, con carácter general, se otorgue únicamente al personal femenino —teniendo en cuenta la atención de las necesidades de los hijos que la mujer presta habitualmente— y, en consecuencia, que cuando la madre falta la ayuda se conceda al padre viudo, lo cierto es que en el caso presente concurren circunstancias totalmente excepcionales

que han de llevar a efectuar una interpretación amplia y flexible de la previsión del acuerdo, en atención a razonamientos de equidad y a razones humanitarias.

Nos hallamos ante un supuesto en el que la esposa del trabajador está en situación de incapacidad permanente absoluta, por lo que no se halla en condiciones de poder dedicarse a ningún tipo de actividad y tampoco, por tanto, puede hacerse cargo de los hijos en absoluto. En consecuencia, el esposo es el que tiene que hacerse cargo de los niños exactamente con la misma amplitud que si se encontrara viudo, dado que en la atención de sus hijos no puede contar con la asistencia de su cónyuge para ninguna labor. Sin embargo, la Administración le deniega la ayuda amparándose en una aplicación rígida del tenor literal del acuerdo».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la queja formulada se acordó pedir información al Departamento de Salud y Consumo de la Diputación General de Aragón, recibiendo informe de dicha Administración en el que se hacía constar lo siguiente:

«La ayuda económica para utilización de guarderías infantiles, se estableció por Acuerdo de la Comisión Permanente del extinguido Instituto Nacional de Previsión, de fecha 28 de noviembre de 1974, para el personal femenino de plantilla de las Instituciones Sanitarias Cerradas de la Seguridad Social por cada hijo menor de seis años y durante el tiempo de la jornada laboral del mismo.

Posteriormente, este beneficio se extendió, por nota circular de 20 de junio de 1980 de la Subdirección General de Personal del antiguo I.N.P. al personal masculino viudo y con hijos menores de seis años a su cargo.

A lo largo de los años desde su reconocimiento han sido muchas las solicitudes de este beneficio basándose en distintas circunstancias no contempladas ni en el Acuerdo de fecha 28-11-74, ni en la circular posterior, sin que se tenga constancia de haberse resuelto favorablemente para el interesado.

Uno de los supuestos que más se ha reiterado ha sido el del personal femenino de los Centros Médicos de Especialidades (antiguamente Instituciones Abiertas) que cumpliendo todos los requisitos precisos, percibiendo las mismas retribuciones, con el mismo horario, sujeto a las mismas normas, etc. que el personal adscrito a los Hospitales de los que dependen, no tiene reconocido este derecho.

Es decir, no es infrecuente que en la Administración se produzcan situaciones como la del reclamante.

Sin embargo, este Departamento, en el ámbito de las competencias y responsabilidades que tiene atribuidas procura prestar especial atención y toma en consideración las razones o criterios que permitan aplicar las normas de la forma más favorable y adecuada, pero, también entiende que todo ello debe ser llevado a cabo respetando los mandatos legales.

No obstante, con la publicación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, se abren nuevas perspectivas la tener que llevar a cabo su desarrollo, entre cuyas materias se encuentra con carácter prioritario las prestaciones de carácter social, estando previsto el estudio de las situaciones que han venido surgiendo a partir del acuerdo de 28-11-74».

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Objeto del expediente

- Constituye objeto del presente expediente la queja presentada al Justicia de Aragón ante la denegación a un trabajador que presta servicios en el Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza como personal estatutario fijo, de la ayuda económica para guardería establecida mediante acuerdo del Instituto Nacional de previsión de 28 de noviembre de 1974, ayuda que la Administración le deniega por no concurrir en el interesado ni la condición femenina ni la de ser viudo con hijos menores de seis años a su cargo.

- La esposa del trabajador solicitante de la ayuda padece una discapacidad de sistema neuromuscular por miastenia grave de etiología idiopática, encontrándose en situación de incapacidad permanente absoluta declarada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y teniendo reconocido un grado de minusvalía del 65 % por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (computándose únicamente el grado de discapacidad global sin asignársele puntuación adicional por factores sociales complementarios).

SEGUNDA.- Marco normativo aplicable

- Mediante Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias adoptado en el Pleno de dicha Comisión en su reunión de 26 de diciembre de 2001, por el que se traspasan a la Comunidad Autónoma de Aragón las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, asumiendo por tanto la Administración Autonómica y, en particular, el Servicio Aragonés de Salud, la responsabilidad en la gestión de la asistencia sanitaria en el ámbito territorial de Aragón, con efectividad desde el 1 de enero de 2002.

Por otro lado, en fecha 18 de abril de 2002 se suscribe el Acuerdo por la Sanidad en Aragón entre la Administración y los sindicatos UGT, CSI-CSIF, CEMSATSE y CCOO, en cuyo apartado 3 se establece que *«ambas partes se comprometen a respetar el contenido de los Pactos y Acuerdos suscritos en el ámbito del INSALUD con anterioridad al 31 de diciembre de 2001, mientras mantengan su vigencia»*.

- Ello supone que resultan de aplicación las previsiones establecidas en el Acuerdo de 26 de noviembre de 1974, de la Comisión Permanente del Consejo de Administración del extinguido Instituto Nacional de Previsión relativo a Guarderías infantiles para el Personal Femenino de plantilla de las Instituciones Sanitarias, en el que se dispone lo siguiente:

«Primero.- Autorizar a las Direcciones de las Ciudades Sanitarias y Residencias Sanitarias de la Seguridad Social para contratar con carácter provisional con Guarderías Infantiles particulares la utilización de éstas por los hijos menores de seis años del personal femenino de su plantilla, durante la realización de su jornada laboral.

Segundo.- Autorizar asimismo a dichas Direcciones a que en los casos en que por los referidos menores de seis años se utilice una Guardería Infantil no contratada se abone directamente a la administración de ésta, mediante la entrega del correspondiente recibo, el importe de sus servicios, sin que en ningún caso el importe individual a abonar por esos servicios sea superior a 4000 pesetas mensuales».

Con posterioridad se produjo una extensión de este beneficio de ayuda económica por utilización de Guarderías Infantiles, al personal masculino de plantilla de las Instituciones Sanitarias cerradas de la Seguridad Social, viudo y con hijos menores de seis años a su cargo. En este sentido, por nota Circular s/n de 20 de junio de 1980, de la Subdirección General de Personal, se establecía lo siguiente:

«La Comisión Permanente del consejo de Administración del extinguido Instituto Nacional de Previsión acordó con fecha 26 de noviembre de 1974, conceder una ayuda económica al personal femenino de plantilla de las Ciudades Sanitarias y Residencias Sanitarias de la Seguridad Social, por cada hijo menor de seis años que utilizara Guarderías Infantiles durante la jornada laboral de la madre.

La finalidad de dicho beneficio no era otra que facilitar al personal indicado la custodia y educación de sus hijos durante el tiempo a que se extiende la jornada laboral del mismo.

Encontrándose en situación y circunstancias análogas a las indicadas beneficiarias, el personal masculino que habiendo enviudado tiene a su cargo hijos menores de seis años, la Dirección General, con fecha 9 de junio, a propuesta de esta Subdirección ha resuelto hacer extensible el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo de Administración del extinguido INP de 26 de noviembre de 1974 al personal masculino de plantilla de las Ciudades Sanitarias y Residencias Sanitarias de la Seguridad Social, viudo y con hijos menores de seis años a su cargo.

Lo que se comunica para su conocimiento, traslado a las Direcciones de todas las Instituciones Cerradas de la provincia y cumplimiento».

- A la vista de las anteriores previsiones, la Administración sanitaria deniega al interesado la ayuda solicitada atendiendo a que no concurre en su caso la condición de “personal femenino de la plantilla” ni la de “personal masculino viudo”, acogiéndose así a la estricta literalidad de la norma de aplicación y apreciando que en la actualidad la Acción Social dirigida al personal que presta sus servicios en el Servicio Aragonés de Salud no contempla ninguna medida excepcional en la que pueda tener cabida la situación familiar del reclamante.

TERCERA.- Interpretación jurisprudencial flexible del Acuerdo

- Se invoca también en el informe remitido desde el Departamento de Salud y Consumo al Justicia en el presente expediente que han sido muchas las ocasiones en las que se han desestimado solicitudes de este beneficio fundadas en circunstancias no contempladas en el Acuerdo objeto de estudio, como es el caso del personal femenino de los Centros Médicos de Especialidades (antiguamente Instituciones Abiertas), que no tiene reconocido este derecho a pesar de estar percibiendo las mismas

retribuciones, sujeto a las mismas normas, con el mismo horario, cumpliendo los requisitos precisos, etc.

- En este sentido hay que decir que, en efecto, la Jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que no era discriminatorio que sólo el personal femenino que presta sus servicios en Instituciones Cerradas de la Seguridad Social tenga derecho a percibir el complemento de guardería, y no así el que trabaja en Instituciones Abiertas (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1992, 29 de enero de 1993, 16 de marzo de 1993, 2 de julio de 1993, 11 y 31 de mayo de 1994, 31 de enero de 1997, entre otras).

La *quaestio iuris* surgía porque se discutía si tal acuerdo, cuyas exclusivas destinatarias son las trabajadoras que presten sus servicios en Instituciones cerradas de la Seguridad Social, era discriminatorio al excluir del beneficio en él contemplado al personal femenino que trabaja en Instituciones abiertas. Lo que se discutió concretamente ante el Supremo se refería a la legitimidad de su restricción sólo a favor de los empleados de Instituciones cerradas.

Se afirma por el Alto Tribunal en este sentido que no se da la discriminación, ya que es el distinto régimen organizativo y de servicio existente entre las Instituciones Cerradas y Abiertas el matiz diferenciador que justifica la desigual percepción del complemento de guardería. El antedicho complemento fue concebido en su origen como una prestación económica sustitutoria del servicio de guardería que se pensó establecer en las Instituciones Cerradas en atención a las especiales circunstancias que acompañaban la prestación de servicios en ellas, y con la finalidad de promover la estabilidad de sus plantillas, cubiertas en su mayoría por personal femenino. La diferente situación de las condiciones de trabajo en las Instituciones Abiertas justifica el distinto trato en relación con la percepción del complemento de guardería, a juicio del Tribunal Supremo.

- Sin embargo, no puede obviarse que, desde otro punto de vista, la Jurisprudencia ha efectuado también una interpretación extensiva del mismo Acuerdo a la hora de conceder el beneficio al personal con vinculación interina (a diferencia de lo que sucede con la retribución por antigüedad), como queda reflejado en sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1996, 17 de diciembre de 1996, 31 de enero de 1997, 5 de marzo de 1997 o 17 de marzo de 1997.

Así, la Sala Cuarta ha advertido de que el beneficio de referencia –pese a los términos literales de la instrucción a cuyo través se generó– ha de lucrarse por todo el personal femenino y no sólo por aquél que venga vinculado a través de nexos estatutarios e indefinidos. Señaladamente lo que se afirma es que alcanza a las trabajadoras de carácter interino; otra conclusión comportaría una discriminación inaceptable por razón del tipo o

duración del contrato (en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1993, de 31 de mayo, declara que si bien la duración del contrato no es un dato o factor desdeñable a la hora de establecer ciertas diferencias en las condiciones de trabajo del personal fijo discontinuo y eventual, y que no es contrario al principio de igualdad la regulación diferente de aquellas condiciones si va referida a distintas actividades laborales o profesionales y responde a las peculiaridades de cada una de ellas, «*en el caso que nos ocupa –dos pagas extraordinarias de veintiún días de salario para el personal fijo discontinuo y eventual y treinta días de salario para el personal fijo de plantilla- ninguno de ambos hechos diferenciales tienen consistencia suficiente para justificar la menor retribución proporcional de un grupo de trabajadores respecto del otro*»).

- En definitiva entendemos que, **a la hora de valorar la concesión de la ayuda en casos no previstos literalmente en la Instrucción que la establece, la Jurisprudencia no siempre ha hecho una interpretación restrictiva y desestimatoria de las pretensiones ejercitadas sino que, por el contrario, también ha hecho extensivo el beneficio a supuestos como los del personal con vinculación interina, atendiendo a una interpretación flexible y favorable a reconocer el derecho en unos determinados supuestos, por considerar que su desestimación supondría una discriminación inaceptable por razón del tipo o duración del contrato.**

CUARTA.- Discriminación positiva y aplicación al presente caso de la previsión que establece la ayuda.

- En la resolución de 27 de febrero de 2004 de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de salud, denegatoria de la reclamación previa formulada por el trabajador, se hace referencia a que el Tribunal Constitucional en sentencia de 16 de julio de 1987, y posteriormente el Tribunal Supremo en las sentencias de 20 de marzo y 15 de abril de 1997 han estimado que la limitación de estas ayudas al personal femenino no resulta discriminatoria por razón de sexo; haciéndose asimismo referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que, en procedimiento c-476/1999 ha dictado sentencia con fecha 9 de marzo de 2002 en la misma línea de los Tribunales nacionales.

- En efecto, distintas resoluciones jurisprudenciales han reiterado la legitimidad de que los varones queden al margen del citado beneficio.

En este sentido ha de recordarse que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expresiva de que no resulta contrario al artículo 14 de la Constitución la existencia de regímenes jurídicos heterogéneos para los diferentes colectivos de trabajadores por cuenta ajena, siempre que ello esté justificado por las especiales características que pueden rodear cada

tipo de trabajo; también se ha insistido en que no atenta contra el derecho de igualdad la existencia de diversos tratamientos entre las distintas clases de trabajadores al servicio de la Seguridad Social. El principio de igualdad sólo se ve violado cuando se establecen diferencias que carecen de justificación objetiva y razonable. Por lo que se refiere al abono exclusivo a favor de mujeres trabajadoras –o varones viudos-, se está ante una de las medidas – legítimas- de discriminación «positiva», pues tiende a reducir las desigualdades fácticas entre varones y hembras, incrementando las oportunidades de inserción laboral de estas últimas teniendo presente una larga tradición social y cultural que hace reposar sobre las mujeres el núcleo mayor de las cargas familiares y, particularmente, la atención de los hijos.

- En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio, marca un punto de inflexión en la doctrina del Alto Tribunal, que reorienta la funcionalidad del dogma antidiscriminatorio con finalidad *pro muliere*. Previsiones como la de referencia entran de lleno en el concepto de legislación promocional de las mujeres (y de su trabajo), lo que se concilia perfectamente con el sentido dado en nuestros días al principio de no discriminación

En este sentido, se indica en las Consideraciones Jurídicas de la aludida sentencia 128/1987 lo siguiente:

«...10. Ahora bien, resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene. Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultando de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo, obstáculo no menos cierto y comprobable por el hecho de que derive de la práctica social y no de mandatos del legislador u otros poderes públicos, y que se manifiesta en el dato (no por indirecto menos convincente) de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación de otras categorías sociales. ... La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. En tanto, pues, esta realidad

perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños.

11. Procede concluir, por ello, que el hoy recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento desigual otorgado a éste no constituye por tanto una discriminación prohibida por el art. 14 de la C. E., sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el art. 9.2 del texto fundamental. No hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad, al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal».

• En la misma línea se ha expresado el Tribunal Supremo en sentencias como la de la Sala de lo Social de fecha 20 de marzo de 1997, al indicar lo siguiente:

«... La materia planteada en el recurso, competencia propia, aunque no exclusiva, del Tribunal Constitucional, ha sido abordada desde diversos ángulos por éste, quien ha afirmado que la protección a la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, pero de ello no puede inferirse que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo definido por el sexo vulnere el artículo 14 de la Constitución Española, pues pueden darse circunstancias debidas a costumbres, hábitos y tradiciones que estructuran la sociedad, y por ello, difícilmente eliminables, que colocan a determinados grupos en posición de innegable desventaja por razón de su condición femenina, y las disposiciones que tratan de remediar esta situación, aunque establezcan un trato más favorable a la mujer, no vulneran el principio de igualdad, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones realmente distintas. En esta línea el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 julio 1987 al contemplar el supuesto de autos negó que existiera discriminación. En definitiva, el trato diferenciado de varones y mujeres cuando tiene justificación en situaciones efectivamente distintas, no es discriminatorio. Y desde este punto de vista y descendiendo al hecho concreto no puede desconocerse, que según las últimas estadísticas en España, las mujeres dedican una media de 4 horas y media diarias a tareas domésticas y familiares, mientras

que los varones sólo emplean en esta actividad media hora al día. La situación es, pues, manifiestamente desigual, y en su consecuencia, el tratamiento ajustado a esta diferencia no es discriminatorio»

La vigencia de este criterio se reitera en otra sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de abril de 1997 en la que se indica que:

«... Siendo incuestionable que aunque hayan pasado diez años desde que se dictó la sentencia comentada del Tribunal Constitucional, la situación de la mujer trabajadora en España no ha variado tanto como para entender que ya no son atendibles ni dignos de ser tomados en consideración los criterios que en la misma se mantienen ...».

• Sin embargo, entendemos **que en el supuesto objeto del presente expediente no se está planteando que el Acuerdo de referencia vulnere el principio de igualdad por razón de sexo, sino que lo que se está argumentando es que concurren razones excepcionales que permiten efectuar una interpretación amplia de dicho Acuerdo, comprendiendo el caso examinado, atendiendo precisamente a las ideas que el propio Tribunal Constitucional refleja en su sentencia:**

Debido a la excepcional situación de grave enfermedad de la esposa del solicitante, éste se halla en una situación en la que la atribución en la práctica de las cargas derivadas del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos, recae en él exclusivamente, lo que ocasiona que esta “mayor dificultad” y “situación de hecho claramente desventajosa” para permanecer en el trabajo sea el padre de los niños el que la sufre, incluso de forma más acentuada que en el caso habitual de una mujer con hijos que contempla el Tribunal Constitucional porque en un supuesto ordinario, no obstante a “la atribución en la práctica ... del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos” a la mujer, ésta puede y deberá contar con la complementaria asistencia del padre de los niños para hacerse cargo de ellos. A diferencia de esto, en el supuesto examinado el solicitante no puede compartir con su esposa el cuidado de los hijos comunes dado que la enfermedad que ella padece le impide por completo a la madre realizar cualquier tipo de actividad de forma eficaz.

Por ello, lejos de cuestionarse la procedencia de la medida de discriminación positiva que contempla el Acuerdo de referencia a favor del personal femenino, lo que se pretende es precisamente hacer una interpretación amplia, acorde con la finalidad que inspira el establecimiento de estas ayudas (favorecer el acceso o permanencia en el trabajo del

personal que se encuentra en situación desventajosa por tener que ocuparse del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos), debido a las excepcionales circunstancias en el caso concurrentes.

El Sr. X, a la hora de afrontar las cargas derivadas del cuidado de sus hijos, se encuentra en idéntica situación que un trabajador viudo, dado que no puede contar a tal efecto con la asistencia de la madre de los menores, afectada por una grave enfermedad.

Entendemos que esta situación tan excepcional ni siquiera concurre en los casos de ruptura del matrimonio o pareja, dado que, incluso en aquellos supuestos (en la actualidad infrecuentes) en los que la custodia de los hijos de tan corta edad no se otorgue a la madre, ésta no va a quedar exenta de sus obligaciones para con los hijos. A diferencia de ello, en el caso planteado existe una razón excepcional (enfermedad grave e invalidante de la madre determinante de una incapacidad permanente absoluta) que impide que ésta se ocupe en alguna medida de los menores y ejerza en relación a ellos las obligaciones propias de cualquier progenitor, lo que ocasiona que sea el padre el que debe afrontar estas obligaciones de forma exclusiva, sin contar para nada con la ayuda de su esposa, a la que a su vez, incluso, deberá auxiliar ante las limitaciones que padece. No parece advertirse, por tanto, que en este caso el trabajador se encuentre en situación más ventajosa –a los efectos de tener que asumir las cargas propias del cuidado de los niños- que cualquier trabajador comprendido en el “personal masculino viudo” al que sí se le reconocen las ayudas.

QUINTA.- La sentencia de 19 de marzo de 2002 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

- Las anteriores conclusiones no suponen una vulneración de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 19 de marzo de 2002 asimismo invocada por la Administración sanitaria en la resolución denegatoria que le fue notificada al interesado.

Esta sentencia está referida a un supuesto de hecho distinto al ahora analizado que fue planteado con ocasión de un litigio tramitado en los Países Bajos. En aquella ocasión se examinaba una Circular adoptada en fecha 15 de noviembre de 1993 por el Ministerio de Agricultura, con arreglo a la cual, el referido Ministerio ponía a disposición de su personal femenino un determinado número de plazas de guardería. Estas plazas, que ascendían a 128 en 1995, se repartían entre las Direcciones y Servicios del Ministerio de Agricultura en proporción al número de trabajadoras que estaban destinadas en cada uno de ellos, a razón, aproximadamente, de una plaza por cada 20 trabajadoras. La Circular establecía lo siguiente: *«Los servicios de guarda de hijos están reservados, en principio, exclusivamente al personal femenino del*

Ministerio, salvo en caso de urgencia, que corresponderá apreciar al Director».

Además, a diferencia del supuesto del Sr. Gracia, el caso al que hacía referencia el Tribunal de Justicia de la CE era el de un funcionario de dicho Ministerio cuya esposa estaba ejerciendo una actividad profesional para otro empleador.

El Ministerio de Agricultura había denegado la solicitud de plaza de guardería al Sr. Lommers debido a que los hijos de los funcionarios únicamente podían acceder a los servicios de guardería controvertidos en caso de urgencia.

En ese supuesto el Tribunal de Justicia no se opone al contenido de la normativa adoptada por un Ministerio con la finalidad de fomentar la incorporación de las mujeres entre su personal *«y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente puede tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos».*

El Tribunal de Justicia considera que *«una medida de esta índole tiene como objeto y como efecto principales, particularmente en un contexto caracterizado por una oferta insuficiente de plazas de guardería, facilitar el ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores afectados.»*; y que *«dicha disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social».* Se considera por el Tribunal que *«una medida como la controvertida en el litigio principal, que se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional, pertenece, en principio, a la categoría de aquellas que tienden a eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres».*

Se añade, no obstante, que *«no es menos cierto sin embargo que, en virtud de una jurisprudencia reiterada, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre*

hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo (sentencias, antes citadas, Johnston, apartado 38; Sirdar, apartado 26, y Kreil, apartado 23)».

Señala la sentencia lo siguiente:

«42. Ciertamente, puede parecer que una circunstancia de esta índole refuerza la opinión doctrinal a que se refería el órgano jurisdiccional remitente según la cual, si el objetivo de fomento de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que se persigue con la adopción de una medida que beneficia a las trabajadoras en su condición de madres, puede alcanzarse extendiendo el disfrute de dicha medida a los trabajadores que son padres, el hecho de excluir a los hombres no sería conforme al principio de proporcionalidad.

43. En el presente asunto, es necesario tener en cuenta, no obstante, la circunstancia de que en el contexto de una oferta insuficiente, como ha quedado señalado anteriormente, el número de plazas de guardería disponibles en virtud de la medida controvertida en el litigio principal es, en sí mismo, limitado y que existen listas de espera para las funcionarias del Ministerio de Agricultura, de modo que ni siquiera estas últimas están seguras de poder obtener una plaza.

44. Es necesario señalar, además, que una medida como la controvertida en el litigio principal no produce, en modo alguno, el efecto de privar por completo a los trabajadores afectados del acceso a plazas de guardería para sus hijos, ni, por lo demás, a las trabajadoras que no hayan podido obtener una plaza en el marco del sistema de guardería subvencionado por el Ministerio de Agricultura, puesto que dichas plazas siguen siendo esencialmente accesibles en el mercado de los servicios correspondientes (véase, por analogía, respecto a las plazas de formación profesional, la sentencia Badeck y otros, antes citada, apartado 53).

45. Asimismo, procede recordar también que la medida controvertida en el litigio principal no excluye totalmente a los funcionarios masculinos de su ámbito de aplicación, sino que autoriza al empleador para acceder a sus solicitudes en el caso de urgencia, que le corresponde apreciar a él.

46. Por lo que atañe al alcance de esta excepción, debe destacarse que tanto el Ministerio de Agricultura en el marco de

los procedimientos seguidos en el litigio principal y ante la comisión «igualdad de trato», como el Gobierno neerlandés ante el Tribunal de Justicia han señalado que los funcionarios masculinos que educan solos a sus hijos debían, por este motivo, tener acceso al sistema de guardería controvertido en el litigio principal.

47. A este respecto, conviene señalar que una medida que excluyese a los funcionarios masculinos que asumen solos la educación de sus hijos de la posibilidad de acceder a un sistema de guardería subvencionado por su empleador iría más allá de lo que autoriza la excepción establecida en el artículo 2, apartado 4, de la Directiva, por menoscabar excesivamente el derecho individual a la igualdad de trato que ésta garantiza. Por lo demás, el argumento basado en el hecho de que las mujeres tienden más fácilmente a interrumpir su carrera profesional para asumir la guarda de sus hijos de corta edad, no tiene la misma fuerza respecto de dichos funcionarios.

48. En las circunstancias expuestas ..., no cabe sostener que el hecho de que la circular no garantice a los funcionarios de ambos sexos el acceso a las plazas de guardería en pie de igualdad es contrario al principio de proporcionalidad.

...

50. Habida cuenta del conjunto de consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos».

- Atendiendo al contenido de la sentencia transcrita entendemos que no puede invocarse la misma para desestimar la pretensión formulada por el Sr. X. Por el contrario, incidiendo en la procedencia de unas medidas de discriminación positiva para fomentar el acceso al trabajo de las mujeres, se trae a colación también el “principio de proporcionalidad” que, si bien permite

que el acceso a los beneficios establecidos no se produzcan en pie de igualdad para hombres y mujeres, sí que exige que *«las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo»*.

- En el caso que se plantea ante el Justicia, ya hemos señalado que no se cuestiona por el interesado la procedencia de la discriminación positiva contenida en el Acuerdo controvertido, que no vulnera el principio de proporcionalidad al que se refiere el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Por el contrario, ese mismo principio puede llevar a valorar lo adecuado de interpretar de forma amplia el texto de dicho acuerdo a fin de incluir en la cobertura prevista la situación del Sr. X, que si bien no tiene la condición de viudo, se ve afectado por una circunstancia objetivamente constatada, involuntaria para ambos cónyuges y claramente excepcional (enfermedad muy grave de su esposa) que le obliga a ocuparse del cuidado de los hijos de igual forma que si hubiera enviudado.

SEXTA.- Conclusión:

- En atención a los razonamientos expresados, atendiendo al espíritu y finalidad de la previsión cuya aplicación es objeto de controversia, e invocando asimismo criterios de equidad ante un caso en el que concurren unas circunstancias muy excepcionales que permiten apreciar una motivaciones de carácter humanitario inusuales, es por lo que entiende esta Institución que no puede descartarse la concesión de la ayuda solicitada al trabajador afectado.

III. RESOLUCIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de Junio, Reguladora del Justicia de Aragón, se formula la siguiente

SUGERENCIA AL EXCMO. SR. CONSEJERO DEL DEPARTAMENTO DE SALUD Y CONSUMO DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN:

Que, de acuerdo con las valoraciones reflejadas en la presente resolución, se reconsidere la decisión denegatoria de la solicitud de ayuda económica por utilización de guardería infantil formulada por D. X y, atendiendo al espíritu y finalidad de la previsión objeto de controversia, aplicando asimismo un criterio de equidad y unas excepcionales motivaciones de carácter humanitario, se reconozca al trabajador afectado su derecho a acceder a la ayuda solicitada.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

16 de Abril de 2004

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE