

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 17 Jul. 2012, rec. 5377/2009

Ponente: Maurandi Guillén, Nicolás Antonio.

Nº de RECURSO: 5377/2009

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Medidas que favorecen laboralmente a la mujer: aplicación en caso de empate de méritos

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS. Para construcción de una estación depuradora de aguas residuales. Conformidad a derecho de la resolución que anunció concurso abierto para la contratación de las obras. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS. Discrepancia con el criterio de adjudicación del concurso denominado «igualdad», que otorgaba puntuaciones en atención al porcentaje de personal femenino fijo en la empresa. El Tribunal a quo ha respetado los criterios objetivos relacionados con el objeto del contrato y no ha confundido los criterios de adjudicación y preferencia, al declarar válida esa puntuación correspondiente al personal femenino fijo en la empresa si se utiliza con posterioridad a la aplicación de los criterios objetivos que deben decidir la adjudicación, una vez advertida la igualdad en esos criterios y como preferencia para decidir el empate producido. Circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, contrario a la transversalidad que define la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombre. Dicha transversalidad demanda que, dentro de ese ámbito de la contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula. Aplicar medidas de igualdad como «condición de ejecución» es una de las posibilidades existentes para la implantación de tales medidas, pero no la única.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Extremadura, que declaró conforme a Derecho la resolución, por la que se anunció concurso abierto para la contratación de unas obras y que incluía un criterio de adjudicación del concurso denominado «igualdad», que otorgaba puntuaciones en atención al porcentaje de personal femenino fijo en la empresa.

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil doce.

SENTENCIA

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número 5377/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia de 16 de julio de 2009 de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 74/2008).

Siendo parte recurrida la JUNTA DE EXTREMADURA, que no ha comparecido en esta fase de casación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"FALLO:

Que debemos desestimar el Recurso interpuesto por la Confederación Nacional de la Construcción contra la Resolución descrita en el primer fundamento de esta Sentencia, entendiendo aquélla como conforme al Ordenamiento Jurídico en el aspecto recurrido, todo ello sin imposición en costas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN se promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la representación de la parte recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba con este Suplico a la Sala:

"(...) dicte en su día Sentencia que case y anule la recurrida y se pronuncie de conformidad con los motivos del presente recurso y los pedimentos contenidos en el original escrito de demanda".

CUARTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 11 de abril de 2012, pero la deliberación hubo de continuarse en fechas correspondientes a señalamientos posteriores debido al elevado número de asuntos conocidos por la Sección.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia fue promovido por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución de 12 de diciembre de 2007 de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura que anunció concurso abierto para la contratación de las obras de la Estación Depuradora de Aguas Residuales [EDAR] en Navamoral de la Mata.

En su demanda combatió que entre los criterios de adjudicación del concurso se incluyera uno, denominado "igualdad", que otorgaba puntuaciones en atención al "porcentaje de personal femenino fijo en la empresa".

El anterior recurso jurisdiccional fue desestimado por la sentencia que es objeto del actual recurso de casación, que también ha sido interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia delimitó el litigio señalando que la entidad demandante dirigió estos reproches al controvertido criterio de adjudicación: que no era objetivo; tampoco tenía relación con el objeto del contrato (la construcción de una EDAR; y chocaba con los criterios jurídicos comunitarios e incluso con los sociales a los que se refiere la Ley de Contratos del Sector Público.

También declaró que la parte actora había subrayado la necesidad de diferenciar las distintas fases contractuales de licitación, adjudicación y ejecución.

Luego, cuando abordó la cuestión principal del litigio, afirmó que habían de tenerse en cuenta, por su trascendencia para dicha cuestión, los artículos 33 y 34 de la Ley

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, y transcribió el contenido de estos preceptos.

Afirmó seguidamente que esos preceptos habían de ser puestos en conexión con el artículo 11 "y concordantes" de esa misma Ley, y añadió lo siguiente:

«Así pues, una interpretación conjunta de los preceptos, conlleva a entender que con la finalidad de igualar laboralmente a hombres y mujeres, el Legislador ha querido introducir una serie de medidas de "discriminación positiva" que favorezcan la incorporación laboral y profesional de la mujer, dando un mandato a las Administraciones en tal sentido. Pero incluso en el ámbito Comunitario, deben ser traídas a colación las Directivas 2002/73, 76/207 o la 2004/113.

*En consecuencia los preceptos referidos, deben ser interpretados literal y teleológicamente, por ello en el ámbito contractual administrativo, carecería de sentido realizar una diferenciación entre fases de licitación, adjudicación o ejecución. Lo que se pretende es primar en un grado razonable a aquellos contratistas que hayan incorporado a su plantilla a mujeres. Eso no choca con el resto de criterios, que en este supuesto enjuiciado, la Administración ha tenido en consideración y a los que otorga mayor puntuación, como son la proposición económica, viabilidad técnica, seguridad, etc. **Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer, en caso de igualdad de méritos entre candidatos**, pero no si falta este requisito, en cuyo caso el trato distinto sí es contrario a la igualdad (Sentencias Kalanke y Marshall). En consecuencia la legislación contractual-administrativa, no puede aislarse de esta ley orgánica, ley transversal, en el sentido de que irradia los principios de igualdad real y no discriminación, sobre todos los ámbitos de la vida política, jurídica y social, y contiene medidas dirigidas a la actuación de los poderes públicos en muy diversos ámbitos, introduciendo las correspondientes modificaciones en todas las leyes estatales afectadas por la regulación del principio de igualdad real. En consecuencia se sigue el criterio de adjudicación no a la mejor oferta económica sino a la más ventajosa para los intereses generales, determinando el Legislador que dentro de los mismos cabe primar a empresas que en su plantilla existan mujeres desempeñando funciones laborales».*

TERCERO.- El recurso de casación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN invoca en su apoyo cuatro motivos, deducidos todos ellos por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción contencioso- administrativa (LJCA), pues así se dice expresamente en los tres primeros y resulta en el cuarto de su desarrollo argumental.

· El primer motivo denuncia la infracción del artículo 86 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y del artículo 53 de la Directiva 2004/18 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios.

La idea central invocada en apoyo de este motivo es que la sentencia de Extremadura ha desmontado todos los pilares del derecho contractual administrativo por estas tres razones: admite para la adjudicación un criterio objetivo; elimina las fases de licitación, adjudicación y ejecución; y acepta como criterio válido el representado por la fórmula más ventajosa para los intereses generales.

Se dice que así lo hace a cuando declara que "carecería de sentido realizar una diferenciación entre fases de licitación, adjudicación o ejecución".

Y también cuando realiza esta otra afirmación:

"se sigue el criterio de adjudicación no a la mejor oferta económica sino a la más ventajosa para los intereses generales, determinando el Legislador que dentro de los mismos cabe primar a empresas que en su plantilla existan mujeres desempeñando funciones laborales".

Esa idea central se desarrolla con unos argumentos que, en esencia, son éstos:

(1) que ese polémico criterio del *"porcentaje de personal femenino fijo en la empresa"* no es un criterio de adjudicación objetivo sino subjetivo, por lo que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 86 del TR/LCAP sobre que en los pliegos se establecerán los criterios objetivos que habrán de servir a la adjudicación (y se cita lo que declaró la sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 2008, sobre la naturaleza objetiva de los criterios que enumera ese precepto legal);

(2) que ese controvertido criterio tampoco se encuentra ligado al objeto del contrato, como exige el artículo 53 de la Directiva 2004/18/CEE; y

(3) que ese discutido criterio sería similar al contenido en la declaración de efectivos personales medios anuales de la empresa y estaría por ello dirigido a verificar la aptitud solvencia del contratante, por lo que su apreciación no procedería en la fase de adjudicación sino en la de selección.

· El segundo motivo señala la infracción de los artículos 15 y siguientes del antes citado TR/LCAP y de la doctrina contenida en la sentencia de 20 de septiembre de 1988 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -TJCE-(asunto C-31/87 DENTJES BV).

Para sostenerlo se subraya que el precepto legal y la jurisprudencia que aquí se citan como vulnerados diferencian distintas fases en la contratación y los criterios que han de ponderarse en cada una de ellas, pues los criterios de valoración de la solvencia operan en la fase de selección del contratista, los criterios objetivos de elección de las ofertas rigen en la fase de adjudicación y los criterios de fomento de políticas medioambientales y sociales pueden aplicarse en la fase de ejecución como condición exigible en la misma.

Y se afirma que, frente a la posición de la sentencia recurrida contraria a diferenciar esas tres distintas fases, los criterios de ejecución no pueden ser utilizados como criterios de selección del contratista ni como criterios de adjudicación del contrato.

· El tercer motivo reprocha la infracción de los artículos 11, 33 y 34 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

De nuevo se aduce como razón principal de este reproche esta declaración de la sentencia de instancia:

"carecería de sentido realizar una diferenciación entre fases de licitación, adjudicación o ejecución".

Y sobre esa base se le imputan estos cinco incumplimientos de esos preceptos de la LO 3/2007 cuya esencia se puede resumir en lo siguiente:

1.- Frente a no necesidad de la diferenciación de las fases de contratación que la sentencia proclama, el artículo 33 limita la aplicación de las políticas de igualdad en la contratación al ámbito de la ejecución.

2.- Una consecuencia o complemento de lo anterior es que ese artículo 33 no es de aplicación a las fases de licitación y adjudicación, porque el instrumento elegido para promoción de la igualdad entre hombres y mujeres es el del establecimiento de condiciones especiales en relación con la ejecución; y se señala que en esa línea se mueve el artículo 102 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público cuando prevé la posibilidad de establecer condiciones de ejecución referidas a consideraciones de tipo social.

3.- A pesar de la transversalidad que predica para la LOI, la Sala de Extremadura, se olvida del carácter especial que tiene la legislación de contratos del sector público y de la necesidad de acudir a ella en lo que dispone sobre la necesidad de aplicar tales medidas como condiciones de ejecución y sobre la indicación de las mismas en el anuncio de licitación y en el pliego.

4.- La sentencia equipara erróneamente un "criterio de preferencia" con "un criterio de adjudicación", pues no tiene en cuenta que esos criterios de preferencia son posteriores y subsidiarios al previo análisis que se haya efectuado con los criterios de adjudicación objetivos (se cita la disposición adicional octava del TR/LCAP .

5.- El artículo 34 es únicamente aplicable a la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos.

· El cuarto motivo censura la invocación que la sentencia recurrida hace para apoyar su decisión tanto de las Directivas 76/207/CEE, 2002/73/CE y 2004/113/CEE como de las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995 (asunto C - 450/1993 Kalanke) y 11 de noviembre de 1997 (asunto 409/1995 Marschall).

Se viene a decir que esas Directivas y sentencias del TJCE descartan la aplicación automática de las medidas de discriminación positiva, por lo que *"sólo cabe en la adjudicación de los contratos de las proposiciones que igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación"*; y se añade *"Lo que no ha ocurrido en la licitación objeto litis"*.

CUARTO.- El planteamiento de la actual casación que ha quedado expuesto revela que las cuestiones que aquí ha de resolver esta Sala son éstas:

(a) si la sentencia recurrida ha infringido el principio de objetividad que, respecto de los criterios de adjudicación de la contratación pública, consagran esos preceptos del TR/LCAP y de la Directiva 2004/18 CE;

(b) si ha confundido criterios de preferencia y criterios de adjudicación en lo que hace a la aplicación de la política de igualdad de trato de mujeres y hombres; y

(c) si la aplicación de esa política en la contratación administrativa es únicamente procedente a través del instrumento de las condiciones especiales de ejecución, por resultar así de lo establecido en los artículos 32 y 33 de la LO 3/2007 y 102 de la Ley 30/2007.

QUINTO.- Entrando ya en el análisis de las dos primeras cuestiones, *lo primero que debe subrayarse es que la sentencia recurrida realiza esta concreta declaración (puesta en negrita en la transcripción de la sentencia que antes se hizo): "Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer, en caso de igualdad de méritos entre candidatos"*.

Esto significa, lo haya expresado la sentencia "a quo" con mayor o menor fortuna, que a la polémica puntuación concedida por el porcentaje de personal femenino fijo en la empresa no se le atribuye el valor de constituir un criterio más de adjudicación que juegue de manera acumulativa con los demás, sino el de ser un elemento para otorgar una preferencia en la adjudicación solamente en el caso de que, con la aplicación de los criterios objetivos que deben regir en la adjudicación, se produzca una situación de igualdad o empate entre dos o más ofertas o proposiciones.

Dicho de otra forma, la sentencia de Extremadura declara válida esa puntuación correspondiente al personal femenino fijo en la empresa si se utiliza con posterioridad a la aplicación de los criterios objetivos que deben decidir la adjudicación, una vez advertida la igualdad en esos criterios y como preferencia para decidir el empate producido.

Y siendo ese el criterio de la sentencia recurrida, según resulta de esa declaración cuya literal y de su lectura global, no cabe compartir todos esos reproches de que no respetó los criterios objetivos relacionados con el objeto del contrato y confundió criterios de adjudicación y preferencia que se le han dirigido con la finalidad de apoyar los motivos de casación primero, segundo y tercero.

SEXTO.- La respuesta a la tercera cuestión de las que antes fueron han enunciadas aconseja realizar las consideraciones previas que continúan.

· La primera es que la igualdad de mujeres y hombres es una aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo que proclama el artículo 14 CE; y, en relación con ese derecho, el texto constitucional (artículo 9.3) dirige a los Poderes Públicos este enérgico mandato: *"promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la*

participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

· La segunda es que, según resulta de su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres, viene a cumplir el mandato constitucional a que acaba de hacerse referencia.

Lo hace desde la siguiente constatación de la realidad, también expresada en esa Exposición de Motivos:

"El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos.

Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo".

· La tercera es la dimensión transversal de la igualdad, expresamente afirmada en esa Exposición de Motivos y definida así en el artículo 15:

"El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades".

La cual pone de manifiesto que, por lo que hace a las Administraciones públicas, el objetivo o meta de la igualdad de hombres y mujeres podrá ser perseguido en la totalidad de sus actividades, esto es, cualquiera que sea el instrumento formal en que estas se manifiesten (procedimiento, acto o contrato), cualquiera que sea su contenido (regulador, de servicio público, fomento, policía, etc. y cualquiera que sea la materia sectorial a que esté referida.

· La cuarta y última consideración es que, según deriva de todo lo anterior, *circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, contrario a esa transversalidad que con tanta amplitud se define en la LO 3/2007 (LA LEY 2543/2007) [LOI]; pues lo que dicha transversalidad demanda es que, dentro de ese ámbito de la contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula.*

SÉPTIMO.- Las anteriores consideraciones impiden dar una respuesta favorable al tercer motivo de casación y a la tesis que en él se pretende sostenerse de que la posibilidad de aplicar políticas de igualdad de hombres y mujeres sólo es posible en la fase de ejecución y a través del instrumento jurídico de las condiciones especiales de ejecución del contrato.

A ellas debe añadirse que la lectura conjunta de los artículos 33 y 34 de la LO 3/2007 no permite, respecto del primero de ambos, la interpretación que sugiere el recurso por lo siguiente:

a) El artículo 33 tiene carácter básico, aplicable a todas las Administraciones públicas, mientras que el artículo 34 es sólo aplicable a los "Contratos de la Administración General del Estado".

b) El artículo 34, en su apartado 1, contempla la posibilidad de incluir, en los contratos de la Administración General del Estado, medidas de promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres como "condiciones de ejecución"; y en su apartado 2 dispone:

"Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio".

c) La tesis del recurso comportaría admitir una contradicción entre ambos preceptos, pues el primero limitaría, para todas las Administraciones públicas, la posibilidad de aplicar las medidas de igualdad tan sólo a que las establecieran como medidas de ejecución del contrato; mientras que el segundo permitiría al Estado establecerlas también como criterio de preferencia para decidir la ejecución entre proposiciones iguales desde criterios objetivos.

d) Esa contradicción resulta inadmisibles y la forma de eludirla es interpretar ese artículo 32 de la LOI en estos términos: que la aplicación de medidas de igualdad como condición de ejecución es una de las posibilidades existentes para la implantación de tales medidas y no la única; y que cuando se opte por dicha posibilidad habrá de hacerse de acuerdo con lo que dispone la legislación de contratos del sector público en lo relativo a los requisitos para su establecimiento (como es su indicación en el anuncio de licitación) y al régimen de su incumplimiento.

e) Por otro lado, la aplicación de preferencias en la adjudicación para medidas de naturaleza social está prevista en otras normas de la legislación de contratos: lo estaba para las empresas que incluyeran en su plantilla trabajadores minusválidos en la disposición adicional octava del TR/LCAP; y la misma posibilidad se ha mantenido en la disposición adicional sexta de la Ley 30/2007-.

OCTAVO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación y, en cuanto a las costas, imponerlas a la parte recurrente por no ser de apreciar circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general del artículo 139.2 LJCA de 1998.

FALLAMOS

1.- Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE LA CONSTRUCCIÓN, contra la sentencia de 16 de julio de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 74/2008).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a esta fase de casación.