

Acciones positivas e igualdad de género (La asignación de puntuación por infrarrepresentación de las mujeres en la dotación de cátedras de la Universidad Autónoma de Madrid)

STS-CONT núm. 383/2019, de 16 de octubre

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Macarena Ángel Quiroga

Investigadora Predoctoral de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

Resumen: *El Tribunal Supremo considera que no se produce una vulneración del derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, ni de los principios constitucionales de mérito y capacidad, al introducirse una variable de género por infrarrepresentación de las mujeres en la asignación de cátedras a cada área o departamento universitario, por no aplicarse dicha medida en la fase de asignación posterior de dichas plazas a los solicitantes, en la que todos los profesores titulares, mujeres y hombres, se encuentran en igualdad de condiciones*

Palabras clave: *Igualdad, género, discriminación, cátedra universitaria, puntuación*

Abstract: *The Supreme Court understands the absence of violation of the principles of equality, merit and capacity by introducing a gender variable for underrepresentation of women in the assignment of chairs to each university department. This measure is not applied in the assignment phase subsequent of these places to the applicants, in which all are in equal conditions*

Keywords: *Equality, gender, discrimination, university chair, score*

I. Introducción

La STS-CONT, Sección Cuarta, núm. 1383/2019 se pronuncia acerca de la posible vulneración del derecho de igualdad y de los principios de mérito y capacidad en relación con los criterios de asignación de puntos en el procedimiento seguido por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) para la asignación de cátedras a sus distintos departamentos.

Procede del recurso de casación interpuesto por la representación de la Universidad Autónoma de Madrid contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, de 21 de diciembre de 2017, que estimó parcialmente el recurso de apelación nº 681/2017 interpuesto por la misma recurrente frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº12 de

Madrid, de 12 de abril de 2017 en el recurso contencioso-administrativo nº 393/2016, sobre función pública.

Ante las alegaciones realizadas por las partes en el recurso de casación, el TS considera que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid no vulnera el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos (arts. 14 y 23.2 CE), ni los principios de mérito y capacidad (art. 103.2 CE), y ello con base en dos motivos principales. En primer lugar, por no extralimitarse la Universidad en el ejercicio de su autonomía universitaria, constitucionalmente reconocida (art. 27.10 CE), desplegando su capacidad de autoorganización en la configuración de su plantilla; y, en segundo lugar, al considerar que la introducción de una variable de género en este procedimiento no se traduce en la asignación de las cátedras a las mujeres con preferencia respecto de los hombres en general, sino a los departamentos o áreas de conocimiento en los cuales las mujeres se encuentren infrarrepresentadas, entre otras variables.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Tribunal Supremo.

Número y fecha de resolución judicial: sentencia núm. 383/2019, de 16 de octubre.

Tipo y número de recurso: recurso de casación núm. 2013/2018.

ECLI: ES:TS:2019:3203.

Fuente de consulta: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María del Pilar Teso Gamella.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Según consta en el correspondiente relato de hechos probados, en el año 2016 se aprobó, mediante el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid del día 30 de septiembre de 2016, la convocatoria de promoción interna a cátedra 2016, publicada en el Boletín Oficial de dicha Universidad de 21 de octubre de 2016, en la cual se introdujo, entre otras medidas, una variable de género en la asignación de cátedras. El título del Acuerdo es "*convocatoria del proceso de promoción interna para profesores y profesoras titulares de universidad, 2016*", aprobada al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, en redacción dada por el Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre.

En sus términos, para materializar el criterio de estructura de plantilla del área o departamento, se asigna "hasta un máximo de 10 puntos a aquellas candidatas en cuya área y departamento la promoción de catedráticas frente a catedráticos sea inferior al 40%". La tabla es la siguiente: "si la proporción de catedráticas es de 0 a 10%, se asignarán 10 puntos, si ésta se encuentra entre 10% a 20% será de 7,5 puntos, si está entre 20% a 30% será de 5 puntos, y si está entre 30% y 40% será de 2.5 puntos. También se asignarán 10 puntos a las candidatas en cuyo área y departamento el número de catedráticas y catedráticos sea cero."

Algunos profesores titulares de la Universidad Autónoma de Madrid, mujeres y hombres, recurrieron dicho acto administrativo, en cuanto, en su entendimiento, el criterio A.2 del Anexo 1 afectaba al derecho a la igualdad de los recurrentes, a través de la interposición de un recurso contencioso-administrativo, a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, ante el

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid. Dicho recurso fue estimado por el citado juzgado al entender que ni la Constitución, las leyes de aplicación (el Estatuto Básico del Empleado Público y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permitían a la Universidad, la adopción de medidas como la asignación de puntos a las profesoras y no a los profesores en un procedimiento semejante. De esta manera, se anuló el mencionado acto Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta sentencia fue, a su vez, recurrida en apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la Universidad Autónoma de Madrid. El Tribunal revocó parcialmente la sentencia apelada al entender que, si bien el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo había incurrido en un error al considerar que los puntos se asignaban a profesoras cuando se trataba de acceder a una cátedra, cuando en realidad no era así, lo cierto era que la asignación de una puntuación adicional para beneficiar de las profesoras acreditadas en departamentos infrarrepresentados era una medida desligada de los méritos personales, no proporcional ni objetivamente justificada, por lo que vulneraba los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española.

Contra dicha sentencia, la Universidad Autónoma de Madrid interpuso el presente recurso de casación.

El problema suscitado quedó precisado en la identificación del interés casacional del recurso, que previamente llevó a cabo el Auto de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2018, y que concretó en las dos siguientes cuestiones:

<< (i) si el artículo 14 CE, en relación con el artículo 9.2 CE y los artículos 26 y 51a) de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad de mujeres y hombres, permiten que una Universidad, al amparo asimismo del artículo 27.10 CE, establezca medidas de discriminación positiva en la configuración de su plantilla; y (ii) si dichas medidas de discriminación positiva pueden consistir en la atribución de una puntuación adicional a las mujeres que opten a una Cátedra, a fin de que se convoque la plaza de Catedrático/a correspondiente, con independencia de que dichas mujeres concurren o no a dicho proceso y con independencia asimismo del desarrollo efectivo del proceso selectivo correspondiente>>.

IV. Posiciones de las partes

1. Parte recurrente: Universidad Autónoma de Madrid

La Universidad Autónoma de Madrid formalizó su recurso de casación el día 28 de septiembre de 2018, solicitando que se dictase sentencia casando y anulando la anterior, estimando plenamente su recurso en los términos planteados.

2. Parte recurrida

La representación de los profesores recurridos solicitó que se desestimase íntegramente el recurso de casación y se declarase que la sentencia recurrida es completamente ajustada a Derecho. Con imposición en costas a la recurrente.

3. Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de casación interpuesto por la Universidad Autónoma de Madrid, interesando se declarase la validez del Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid.

El Tribunal Supremo reiterará que la controversia se centra únicamente, atendiendo al interés casacional objetivo del recurso, en la previsión de dicho Acuerdo que asigna, para fijar el criterio de “estructura de plantilla” del área o departamento, “hasta un máximo de 10 puntos a aquellas candidatas en cuya área y departamento la proporción de catedráticas sea inferior al 40%”. Según la tabla ya conocida: 10 puntos

si la proporción de catedráticas es de 0 a 10%; 7,5 puntos si esa proporción es de 10% a 20%; 5 puntos cuando la proporción sea de 20% a 30%; y 2,5 puntos si esa proporción asciende entre el 30 a 40%. También se asignan 10 puntos a las candidatas en cuya área y departamento el número de catedráticas y de catedráticos sea cero (FD TERCERO).

V. Normativa aplicable al caso

El caso gira alrededor de los siguientes preceptos:

Artículo 14 de la Constitución Española:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Artículo 9.2 de la Constitución Española:

“Corresponde a los poderes públicos 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”.

Artículo 23.2 de la Constitución Española:

“Asimismo, [los ciudadanos] tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

Artículo 27.10 de la Constitución Española:

“Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”.

Artículo 103.3 de la Constitución Española:

“La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Artículo 26 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres:

“Las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todo lo concerniente a la creación y producción artística e intelectual y a la difusión de la misma.

Los distintos organismos, agencias, entes y demás estructuras de las administraciones públicas que de modo directo o indirecto configuren el sistema de gestión cultural, desarrollarán las siguientes actuaciones:

a) Adoptar iniciativas destinadas a favorecer la promoción específica de las mujeres en la cultura y a combatir su discriminación estructural y/o difusa.

b) Políticas activas de ayuda a la creación y producción artística e intelectual de autoría femenina, traducidas en incentivos de naturaleza económica, con el objeto de crear las condiciones para que se produzca una efectiva igualdad de oportunidades.

c) Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la oferta artística y cultural pública.

d) Que se respete y se garantice la representación equilibrada en los distintos órganos consultivos, científicos y de decisión existentes en el organigrama artístico y cultural.

e) *Adoptar medidas de acción positiva a la creación y producción artística e intelectual de las mujeres, propiciando el intercambio cultural, intelectual y artístico, tanto nacional como internacional, y la suscripción de convenios con los organismos competentes.*

f) *En general y al amparo del artículo 11 de la presente Ley, todas las acciones positivas necesarias para corregir las situaciones de desigualdad en la producción y creación intelectual artística y cultural de las mujeres”.*

Artículo 51.a) de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres:

“Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán:

- *Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional [...]”.*

Artículo 62.2, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades en redacción dada por el Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo de la economía:

“[...] Asimismo, las Universidades podrán convocar plazas de promoción interna, que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto, para el acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad. Estas plazas, que no podrán superar el número máximo de plazas que sean objeto de oferta de empleo público de turno libre, en ese mismo año, para el acceso a los cuerpos docentes del artículo 56 de esta misma ley, se convocarán para funcionarios de carrera del Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad o a de la Escala de Investigadores Científicos de los Organismos Públicos de Investigación, que hayan prestado, como mínimo, dos años de servicios efectivos bajo dicha condición. Los funcionarios que participen en estos concursos tendrán que estar acreditados para el Cuerpo docente de Catedráticos de Universidad”

VI. Doctrina básica

La Sentencia del Tribunal Supremo sitúa la convocatoria impugnada “con el fin de implementar en el año 2016 un proceso de promoción interna de profesores y profesoras titulares para el acceso a cátedra” en la fase primera o inicial de creación de cátedras, que, a partir de la valoración previa por la Universidad de la necesidad de dotar cátedras, utiliza criterios de selección de las áreas de conocimiento o departamentos universitarios en que han de crearse, obligados por las limitaciones presupuestarias. Uno de esos criterios valora la infrarrepresentación de catedráticas en los departamentos universitarios.

El Tribunal Supremo marca la diferencia entre esta fase y la ulterior del procedimiento, en la que la Universidad aprobará la correspondiente convocatoria de concurso para cubrir cada plaza creada entre los específicos solicitantes de las mismas, y en la que ya no rige ningún criterio de infrarrepresentación de catedráticas frente a catedráticos (FD CUARTO).

Entiende la Sala que la Universidad Autónoma de Madrid con su actuación no se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho fundamental a la autonomía universitaria, expresión de su autogobierno, con cita de las SSTC 26/1987, 11 de febrero, y 44/2016, de 27 de febrero. Tradicionalmente se ha considerado que la determinación de la estructura de la plantilla y la posterior selección del personal docente e investigador es uno de los espacios comprendidos en el contenido esencial de dicho derecho fundamental, que no excluye limitaciones derivadas de otros

derechos fundamentales, como el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE). Sin embargo, en la configuración de las plantillas realizada, la introducción (junto con los criterios de experiencia investigadora, docente y antigüedad), de una asignación de puntos en función de la infrarrepresentación de las catedráticas no supone merma o menoscabo del derecho de acceso posterior de los concursantes en condiciones de igualdad

Argumenta asimismo el Tribunal Supremo que el criterio selectivo tampoco resulta lesivo de los principios constitucionales de mérito y de capacidad (art.103.3 CE) de los futuros concursantes, ya que no se conoce quiénes serán los mismos en esta fase inicial del procedimiento y la fase posterior del proceso selectivo ha de desarrollarse con estricta observancia de la igualdad, el mérito y la capacidad (FD QUINTO).

Concebido y previsto el criterio selectivo impugnado para intentar mitigar la desigualdad de género de partida en el ámbito universitario, atendidos los datos que figuran en el *informe propuesta para la toma en consideración de la variable de género en la determinación de las plazas de promoción a cátedra* de la Universidad, aportado a las actuaciones, la reiterada asignación de puntuación no comporta vulneración alguna del derecho fundamental a la igualdad y de los principios constitucionales mencionados (arts. 14, 23.2 y 103.3 CE), ya que el trato diferenciado en el momento de la creación de plazas (en la que todavía se ignoran los solicitantes) se ordena a la satisfacción por los poderes públicos del mandato de igualdad real de las personas cuyo cumplimiento les ha impuesto el constituyente, para lo cual han de remover los obstáculos que la impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE); mandato que hace suyo el art. 51.a) de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, proyectándolo específicamente en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional. Por ello, concluye el Tribunal Supremo que se trata de una medida justificada objetiva y razonablemente, y asimismo proporcional a los fines pretendidos (FFDD SEXTO a OCTAVO).

Con esta argumentación la respuesta al interés casacional de la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es que el criterio denominado de “estructura de su plantilla” utilizado, entre otros criterios, por la Universidad Autónoma de Madrid para proceder a la convocatoria de cátedras de promoción interna, que vincula la elección de las áreas de conocimiento y departamentos en que hayan de convocarse cátedras a la mayor o menor presencia de catedráticas en relación al número de catedráticos de los mismos, “se encuentra dentro del ámbito propio de la autonomía universitaria” y “no supone una discriminación proscrita por el ordenamiento jurídico. Al contrario, responde, al amparo del artículo 27.10 de la CE, al mandato del artículo 14, en relación con el 9.2, de la CE y del artículo 51.a) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres” (FD NOVENO).

VII. Parte dispositiva

Por todo ello la Sentencia, en su fallo, decide:

“1.- Que procede estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Universidad Autónoma de Madrid, contra la Sentencia de 21 de diciembre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de apelación nº 681/2017, interpuesto, a su vez, contra la Sentencia de 12 de abril de 2017, dictada por el Juez de lo Contencioso-administrativo nº 12 de Madrid, en el recurso contencioso administrativo nº 393/2016. Sentencias que se casan y anulan.

“2.- Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por [... los profesores recurrentes] contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Autónoma de Madrid, del día 30 de septiembre de 2016, que aprueba la convocatoria de promoción interna a cátedra 2016, publicada en el Boletín Oficial de dicha universidad de 21 de octubre de 2016, que declaramos, atendidos los motivos invocados, conforme a Derecho”. [...].

Efectúa, finalmente, pronunciamiento en costas, fijando que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad, conforme a lo expuesto en el FD DÉCIMO.

VIII. Pasajes decisivos

El núcleo argumentativo y determinante de la Sentencia comentada se encuentra recogido en el FD SEXTO:

“Atendidos los contornos de la potestad de auto-regulación y autoorganización de la universidad, derivados de la autonomía universitaria, no podemos situar extramuros de su ámbito de actuación, el establecimiento, entre los diversos criterios para la determinación de la plantilla, del concebido y previsto para intentar mitigar la desigualdad de género, atendidos los datos que figuran en el informe propuesta para la toma en consideración de la variable de género en la determinación de las plazas de promoción a cátedra, que figura en las actuaciones.

Así es, la universidad no se excede de su ámbito de competencias cuando toma en consideración, como uno de los criterios para la determinación de la estructura de su plantilla y de las áreas de conocimiento y departamentos, en los que se van a crearse nuevas plazas, la presencia de catedráticas en dichos departamentos, mediante la comparación del número de catedráticas y de catedráticos en los mismos, asignando una puntuación en función de dicha proporción.

Es más, la selección de las candidaturas para que se convoque una plaza en un área determinada se hace en función de diversos criterios, no sólo del ahora controvertido. Así, se establecen horquillas para la asignación de plazas de promoción interna en función del Centro al que se encuentre adscrita (anexo 2 apartado 1). Y se asignarán, por ejemplo, un mínimo de 5 plazas y un máximo de 8 para Ciencias, un mínimo de 1 y un máximo de 4 para Derecho, y un mínimo de 2 un máximo de 5 para Medicina.

Para la concreción del número de plazas en el marco de esas horquillas, se atenderá a diversos criterios (anexo 2 apartado 2), dándose prioridad, v.gr. a la experiencia investigadora (hasta 35 puntos) frente a la experiencia docente (hasta 25 puntos), o a la antigüedad en la acreditación (hasta 15 puntos). Pues bien, el cuarto criterio es el ahora controvertido relativo a la estructura de la plantilla (hasta 25 puntos).

En el Anexo 2, apartado 2 a), se identifican los puntos que integrarán el concepto “Estructura de la plantilla”, a fin de otorgar la puntuación correspondiente hasta llegar al máximo de 25 puntos. Uno de ellos es el contenido en el apartado a.2, que establece lo siguiente: << Se asignarán hasta un máximo de 10 puntos a aquellas candidatas en cuyo área y departamento la proporción de catedráticas frente a catedráticos sea inferior al 40%>>, de acuerdo con una tabla, que se inicia con la atribución de 10 puntos dentro de aquellas áreas y departamentos en las que no exista ninguna catedrática o bien su porcentaje no supere el 10% del total del profesorado. La tabla progresiva alcanza la atribución de 2.5 puntos si la proporción de catedráticas se sitúa entre el 30 y el 40%, en los términos que ya recogimos en el fundamento tercero.

La configuración de las plantillas introduciendo, entre los criterios de experiencia investigadora, experiencia docente y antigüedad en la acreditación, un criterio nuevo relativo a la estructura de la plantilla que se encontraría mediatizada o condicionada por la asignación de puntos en función de la infrarrepresentación o no de las catedráticas, no excede el ámbito de la autonomía universitaria, ni se encuentra excluido de la acción de las universidades al fijar su plantilla, ni, en fin, resulta infundado cuando se refiere a colectivos tradicionalmente en situación de desventaja. Tampoco resulta lesivo del mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE) de unos futuros solicitantes de alguna de las plazas, pues ahora ni siquiera se conocen quienes serán. Ahora tan sólo se está determinando la plantilla, las plazas que se crearán, pero se ignora quienes serán los que decidirán presentarse al concurso cuando se

convoque. Pero lo que sí se sabe es lo esencial, que en esa fase posterior, cuando se convoque cada cátedra, todos concurrirán en condiciones de igualdad. Nadie llevará una mochila con puntos adicionales.

No estamos ahora, por tanto, ante las habituales medidas de discriminación positiva, que ante méritos equivalentes se confiere preferencia a la mujer, como colectivo tradicionalmente preterido. Ni tampoco se trata de atribuir puntos, insistimos, a la candidata del sexo infrarrepresentado, frente a un competidor del sexo opuesto. En el caso examinado no hay ninguna cátedra convocada, ni hay ningún concurso que deba cubrirse. Simplemente se trata de determinar los departamentos o áreas de conocimiento dónde se crearán, donde se ubicarán, esas 22 plazas existentes, y para determinar ese lugar de creación, entre los cuatro criterios fijados, puede incluirse el de “estructura de plantilla”, que atiende a la existencia de mayor o menor número de catedráticas en cada área o departamento.

De manera que la única ventaja que introduce esa variable de género, es que en aquellos departamentos o áreas de conocimiento donde no haya ninguna catedrática, o tenga un número reducido de éstas, hay más posibilidades de que se cree allí una cátedra, a la que posteriormente concurrirán en igualdad de condiciones los profesores y las profesoras”.

Otros pasajes de la Sentencia que es preciso resaltar son los siguientes:

“No parece necesario recrearnos en la exigencia de la igualdad entre mujeres y hombres y su trascendencia creciente. Estamos ante un valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1. de la CE), es un derecho fundamental previsto en el artículo 14 de la CE, que proscribiera cualquier discriminación, además del artículo 9.2 CE que recoge la igualdad real y efectiva [...]” (FD SÉPTIMO).

“La igualdad entre hombres y mujeres también es un principio jurídico universal reconocido en textos internacionales sobre derechos humanos [...] y un principio fundamental en la Unión Europea” (FD SÉPTIMO).

“La asignación de puntos cuestionada [...] no comporta discriminación alguna proscribida por el ordenamiento jurídico, pues el trato diferenciado en el momento de la creación de las plazas, cuando se ignoran los solicitantes, es un intento de corregir desigualdades de partida, es decir, eliminar situaciones discriminatorias de origen, intentando alcanzar resultados que propicien la igualdad, y mitiguen o atenúen la discriminación tradicional de las mujeres, concretamente en el ámbito universitario. Estamos, en definitiva, ante una medida que tiene una justificación objetiva y razonable” (FD SÉPTIMO).

“...[L]a medida cuestionada resulta [...] no excesiva para alcanzar una finalidad legítima, como es fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito universitario” (FD OCTAVO).

“Desconoce esta Sala si este sistema será o no efectivo, y en qué medida, para cumplir la legítima finalidad que se propone [...] Basta [...] con que el sistema que se pone en práctica [...] se sitúe dentro de la órbita de las facultades propias del derecho fundamental a la autonomía universitaria, que medie una justificación razonable y una finalidad legítima, y [...] que no supone infracción o lesión alguna de otros derechos fundamentales, en concreto de la igualdad, el mérito y la capacidad, que aparecerán concernidos con todo su vigor en la posterior fase de convocatoria de cada cátedra” (FD OCTAVO).

IX. Comentario

La cuestión litigiosa estriba en la licitud o ilicitud de las que el Auto de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2018, al admitir el recurso de casación y fijar el interés objetivo casacional, denomina “medidas de discriminación positiva” en favor de las mujeres.

Esa calificación de este tipo de acciones como discriminatorias (de “discriminación inversa” y “aparentemente discriminatorias”) no cuenta con el beneplácito de cierta doctrina científica, que considera que el término “discriminación”, frente a la denominación de medidas de acción positiva (*positive action*) o afirmativa (*affirmative action*), conlleva una connotación negativa al identificarse la discriminación con un hecho material perjudicial de determinados colectivos de personas colocadas por determinados criterios selectivos odiosos en posiciones no ya desventajosas, sino contrarias a la dignidad humana, como ha venido señalando el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 129/1987, de 16 de julio (FJ 7). Por ello, la discriminación, en su consideración conceptual mas ajustada a su materialidad, es un hecho constitucionalmente proscrito, e internacionalmente, en el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos o fundamentales.

Son, como es sabido, medidas compensatorias de la desigualdad y encaminadas a corregirla, que corresponde adoptar al legislador democrático y a los poderes públicos. Previstas por la Convención de las Naciones Unidas de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 4), por el Preámbulo del Protocolo número 12 (Roma, 4 de noviembre de 2000) al CEDH, por el Derecho de la Unión Europea –con base en la pionera Directiva del Consejo 76/207/CEE-, tanto por el art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como por el art. 23, párrafo segundo, de la Carta de los derechos fundamentales, encuentran fundamento, en nuestra Constitución, tanto en el derecho fundamental a la prohibición de discriminaciones, entre otras causas odiosas por sexo, para evitarlas (art. 14, segundo inciso), como en el objetivo constitucional de igualdad real y efectiva del artículo 9.2, haciendo realidad el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1). El art. 9.2 de nuestra Constitución no reconoce un derecho subjetivo a la igualdad real o de hecho, aunque sí una “legítima aspiración” de los ciudadanos a alcanzarla (SSTC 8/1986, de 21 de enero, FJ 4; 54/1993, de 15 de febrero, FJ 1).

Las acciones positivas establecen legítimamente un derecho “desigual igualatorio” (SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 13/2009, de 19 de enero, FJ 11; 40/2011, de 31 de marzo, FJ 7) para reequilibrar discriminaciones preexistentes, siempre que el tratamiento desigual este objetivamente justificado y sea proporcional a la corrección de la desigualdad. Ordenadas a la satisfacción de los principios de igualdad de oportunidades y de trato, han de ser temporales, cesando cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad, precisan de una justificación objetiva y razonable y han de guardar relación de proporcionalidad con los fines que satisfacen en cada caso (art. 11.1 Ley Orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres). Son específicamente admitidas en los procesos selectivos de la función pública, que “tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos” (art. 61.1 TREBEP).

En qué puedan consistir material y técnicamente esas acciones positivas es controvertido, como polémica es la interpretación del concepto de igualdad de oportunidades de las mujeres frente a los obstáculos fácticos y estructurales que la impiden, de su promoción o de su realización efectiva.

En el Derecho de la Unión Europea, el principio de igualdad de trato no impide a ningún Estado miembro mantener o adoptar estas medidas que consisten en “ventajas concretas” y se destinan -en lenguaje neutro- a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Este es el marco de referencia jurídico-constitucional, europeo e internacional de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que atribuye expresamente al criterio “estructural”, y a la consiguiente asignación de puntos en proporción a la infrarrepresentación de las catedráticas en las áreas y departamentos universitarios, acogido por la Universidad Autónoma de Madrid para la creación de las cátedras, la finalidad de “evitar el crecimiento de la “brecha de género en la universidad española””.

Toma en cuenta la Sala los datos del Ministerio de Educación y Ciencia, aportados por el Ministerio Fiscal, que ponen de manifiesto que durante el periodo 2014-2015, de un total de 10.234 profesores catedráticos integrados en el personal docente e investigador de la universidad española, sólo el 20.8% eran mujeres. Subraya que la medida aprobada no era la única de las manejadas en el informe de la Universidad Autónoma de Madrid *para la toma en consideración de la variable de género en la determinación de las plazas de promoción a cátedra* y, de esta manera, corregir la *discriminación estructural* entre catedráticos y catedráticas en todos sus centros. Y expresamente dice desconocer la efectividad del sistema practicado para conseguir su fin, aunque no desconoce su puesta en entredicho por los profesores recurridos y por el informe del defensor del universitario, que había señalado que podía “perjudicar a aquellas mujeres que estén en áreas en las que ya hay catedráticas”, con la posibilidad de que “la igualdad se quedará en el intento” si el concurso lo ganara un hombre.

Para el Tribunal Supremo es suficiente con la legitimidad de la medida dirigida a aumentar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito universitario, adoptada en ejercicio de la autonomía universitaria, proporcional a su fin y no lesiva del derecho a la igualdad ni de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, “que aparecerán concernidos con todo su vigor en la posterior fase de convocatoria de cada cátedra” (FD OCTAVO).

El aspecto verdaderamente remarcable de la Sentencia radica en la *ratio* de la convalidación que efectúa de la medida de acción positiva, del criterio de estructura de plantilla relacionado con el género puesto en marcha por la Universidad Autónoma de Madrid para corregir la desigualdad estructural entre sus catedráticas y catedráticos. Esa *ratio* no es otra que la inserción de la medida igualadora en la fase previa de creación de las cátedras, y no en la posterior de convocatoria de cada cátedra para su provisión.

La distinción entre ambas fases es tan decisiva en la Sentencia -es justificativa de cada argumento y es llevada al juicio de proporcionalidad de la medida, y no solo al estricto- que permitiría anticipar, *a sensu contrario*, que cualquier medida de acción positiva que excediese esa fase de creación de cátedras para, en beneficio de la igualdad de oportunidades, reservar un porcentaje mínimo de cátedras a profesoras titulares en áreas en que no existan catedráticas o estén infrarrepresentadas (*políticas de reservas de cuotas*), con igual acreditación, esto es, en igualdad de mérito o capacidad, vulneraría el derecho a la igualdad de los solicitantes varones. Lo mismo sucedería con las medidas que eventualmente estableciesen técnicas de preferencia en los procesos selectivos en favor de las candidatas mujeres, en áreas de conocimiento en las que estén infrarrepresentadas, frente a candidatos varones, de nuevo con igual mérito y capacidad. De nuevo, para hacer real el principio de igualdad real y efectiva.

Si esto fuese así, la jurisprudencia española sería más restrictiva de las acciones positivas que la restrictiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Su célebre Sentencia de 17 de octubre de 1995, *Eckhard Kalanke*, C-450/93 (EU:C:1995:322), declaró que la derogada Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, se oponía a una normativa estatal que concedía preferencia automática e incondicionada a las candidatas mujeres, en los sectores en los que las mujeres estaban infrarrepresentadas, en procesos de promoción profesional en la función pública frente a candidatos varones, con igual capacitación, al entrañar la medida una discriminación por razón de sexo masculino (apdos. 23 y 24). En ese sistema automático la igualdad de oportunidades se convertía en una igualdad de resultados (en *cuotas de resultado automático o rígido*). La jurisprudencia posterior aceptó esas acciones positivas de promoción de las mujeres, aunque exigiendo siempre el reconocimiento de la capacidad de apreciación objetiva por los órganos de selección de las situaciones particulares de naturaleza personal de los candidatos de ambos sexos de igual capacitación o cualificación (*cláusulas de apertura, cuotas de resultado flexible*). A esa exigencia respondieron las Sentencias de

11 de noviembre de 1997, *Hellmut Marschall*, C-409/95 (EU:C:1997:533); de 28 de marzo de 2000, *Georg Badeck y otros*, C- 158/97 (EU:C:2000:163); y de 6 de julio de 2000, *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson*, C-407/98 (EU:C:2000:367).

La Sentencia *Georg Badeck y otros* reconoció la legitimidad de las políticas de *reservas cuotas* a las mujeres en puestos de formación y de sectores de escasa presencia femenina (al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y en las que el Estado no ejerce un monopolio de formación; puestos de provisión temporal pertenecientes al sector científico o para los auxiliares científicos con previsión de un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción de las mujeres entre los licenciados, los doctorados o los estudiantes de la respectiva especialidad) en la medida en que no fijaban un límite absoluto, sino que se basaban en datos cuantitativos “reales con el fin de determinar la preferencia en favor de las mujeres”, y no conducían a una rigidez absoluta (apdos. 42 y 51).

El problema de esa jurisprudencia es que las medidas positivas de igualdad de las mujeres se conciben como una excepción del derecho fundamental a la igualdad formal entre los sexos, y no como un complemento del derecho fundamental a la no discriminación por sexo y género de las mujeres y garantía de la realización de la igualdad de oportunidades y de trato efectiva de hombres y mujeres, que constituye una obligación de los poderes públicos.

Ese es al canon que también ha acogido el ATC 119/2018, de 13 de noviembre. Y el que anuncia la Sentencia comentada.

X. Apunte final

La Sentencia estima el recurso de casación de la Universidad Autónoma de Madrid y declara la licitud de su decisión, adoptada en ejercicio de su capacidad autónoma de autoorganización, de introducir una variable de género por infrarrepresentación de las mujeres en la asignación de cátedras a cada área o departamento universitario para corregir la desigualdad estructural entre catedráticas y catedráticos. Pese a ello, constituye un expresivo testimonio de las dificultades jurídicas de las acciones positivas en beneficio de la igualdad de género.