ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
ZARAGOZA
SENTENCIA: 00189/2013

09 SET. 2013

N11600
CIUDAD DE LA JUSTICIA / EDIF. VIDAL DE CANELLAS - ESC. F PLANTA 2 / PZA. EXPO 6 - 50018 ZARAGOZA
N.I.G: 50297 45 3 2013 0000135
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000023 /2013 /
Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS
De D/Dª: GASQUE S.L.
Letrado: CARLOS BAIGORRI OLIVERA
Procurador D./Dª: JOSE ALBERTO BROCEÑO ESPONEY
Contra D./Dª GOBIERNO DE ARAGON
Letrado: LETRADO COMUNIDAD
Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 189/2013

En Zaragoza a seis de Septiembre de dos mil trece.

El Ilmo. Sr. D. **JAVIER ALBAR GARCIA**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza y su Partido, ha visto los presentes autos de **PROCEDIMIENTO ABREVIADO nº 23/2013-AT**, seguidos ante este Juzgado entre las siguientes partes:

Como recurrente, **GASQUE S.L.** representada por el Procurador Jose Alberto Broceño Esponey y asistida del Letrado Carlos Baigorri Olivera.

Como demandada, el **GOBIERNO DE ARAGON**, representado por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Alberto Broceño Esponey en nombre y representación de GASQUE S.L. se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación administrativa:

"Resolución del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, de fecha 15 de noviembre de 2012, que dispone desestimar el recurso de alzada interpuesto por D. Pedro Vicente Gasque Valero, en nombre y representación de la empresa GASQUE, S.L. (AUTOESCUELA ZARAGOZA), contra la Resolución del Director General de Consumo de fecha 13 de agosto de 2012, por la que se impone sanción de CUATRO MIL (4.000) EUROS, por la comisión de una infracción administrativa GRAVE, en materia de disciplina de mercado y de defensa de los consumidores y usuarios. Expediente R-128/12. 50.029/12-C."

Habiendo correspondido su reparto a este órgano y, tras admitir la solicitud, se tramitó la misma según las normas establecidas para el Procedimiento Abreviado (art. 78 LJCA), citándose a las partes para la celebración de juicio oral, y reclamando a la Administración demandada la remisión del correspondiente expediente administrativo.

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

SEGUNDO.- Se ha dado traslado del expediente recibido a la recurrente a fin de que pudiera instruirse para hacer alegaciones en el acto del juicio.

Se ha celebrado juicio oral conforme consta en autos, quedando los mismos vistos para sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la resolución de la Consejería de Sanidad, Bienestar Social y Familia de la Diputación General de Aragón de 15-11-2012 que confirmó la del Director General de Consumo de 13-8-2012 que impuso una sanción de 4.000 euros a la recurrente por infracción grave del art. 78 de la ley 16/2006 de 28 de diciembre de la CA de Aragón.

Se alega falta de aportación de las denuncias presentadas, inexistencia de infracción, falta de culpabilidad falta de tipicidad tanto de la infracción como de la consideración de la misma como grave.

SEGUNDO.- Son hechos indiscutidos que en el año 2011 por la autoescuela recurrente se ofertó una "tarifa plana" para jóvenes de 18 a 22 años, siendo de 665 euros para los chicos y de 850 para las chicas. Hecha la denuncia por la UCA por entenderla discriminatoria, actuó la inspección y la recurrente dejó sin efecto dicha oferta, además de haber participado sus trabajadores en cursos de formación en materia de igualdad, no obstante lo cual se impuso la sanción indicada por entenderse que el hecho ya se había cometido.

TERCERO.- Debe rechazarse la alegación relativa a que no se le dio vista de las denuncias, en cuanto las mismas no han sido el soporte para la imposición de la sanción, sino que la misma se ha basado en la denuncia de la UCA, que actuó con base en quejas verbales o telefónicas, y en la actuación posterior de la Inspección, que puede actuar de oficio, sin que, por otra parte, haya discordancia en cuanto al hecho, sino en cuanto a la valoración del mismo.

CUARTO.- Respecto de que no hay actuación discriminatoria, o al menos que la misma está amparada en el art. 69.3 de la ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, hay que partir de que en principio las discriminaciones existen en todos los ámbitos de la vida jurídica, y muchas de ellas están tan asumidas que nadie o casi nadie se las cuestiona. Así, tarifas más bajas de transporte en función de la edad o de la situación de pensionista, precios de entradas para niños o jóvenes, seguros de automóvil más caros para jóvenes, etc. En este caso, por ejemplo, la administración no se ha planteado si podría haber sido discriminatorio que la tarifa plana sólo abarcase a jóvenes de 18 a 22, con exclusión de las otras franjas.

Por otro lado, hay determinadas discriminaciones que por razones históricas o de sensibilidad social son especialmente rechazadas, especialmente las discriminaciones por razón de

sexo, condición sexual, raza o religión. Precisamente la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de sexo dio lugar a la promulgación d el LO 3/2007, la cual, paradójicamente, y en palabras del Consejo de Estado de 22-6-2006 que informó el Proyecto de ley, en referencia a la misma dice "*se refiere con frecuencia a la igualdad y a la no discriminación, pero está toda ella saturada de medidas no igualitarias y favorecedoras de la mujer, que pretenden combatir una desigualdad previa con acciones de discriminación positiva a favor de esta (un derecho "desigual igualitario" que se considera legítimo cuando trata de corregir una situación injusta de partida; cfr, entre otras, las Sentencias 216/1991* EDJ1991/10820 , *28/1992* EDJ1992/2278 , *229/1992* EDJ1992/12338 , *3/1993 del Tribunal Constitucional* EDJ1993/92 *)…De lo que se sigue, que no se propone tanto lo que enuncia su título, la igualdad entre mujeres y hombres, sino, más propiamente, la conquista efectiva de esa igualdad, o en otros términos, la igualación social de la mujer con el hombre en un proceso que, cuando culmine, haría venturosamente innecesarias normas como la que ahora se examina""*. Es decir, que busca la plena igualación a menudo con medidas desigualitarias que "compensen" la situación de previa desigualdad de la mujer. Es decir, no se rechaza, sino que incluso se estimula, la discriminación instrumental si con la misma se busca una eliminación global de la discriminación. Ello nos permite llegar a una conclusión, la discriminación punible lo será en tanto en cuanto reincida en una desigualdad previa o bien pretenda desequilibrar una igualdad preexistente.

Dicho lo anterior, se hace preciso examinar el art. 69 de la LO 3/2007, relativo a la materia de consumo, que dice "*1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes,* ***al cumplimiento del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.***
2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo.
3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios." Evidentemente, en la materia de consumo es lógico que se establezca la excepción, muy genérica, del art. 69.3, ya que ni el comportamiento de los consumidores masculinos y femeninos es el mismo (como tampoco lo es el de los jóvenes y el de los ancianos) ni tan siquiera los productos van a ser los mismos (piénsese en cosmética, ropa, etc), ni por ello la forma de vender será la misma.

Como aquí ha habido una diferencia de trato objetiva, con precios diferentes, se trata de ver si el propósito era legítimo y el medio adecuado.

En cuanto a la legitimidad del propósito, es evidente, pues se ha buscado una tarifa plana, en principio más económica, para una franja pequeña de personas, primera discriminación, con edad de 18 a 22 años (aunque para el carné de conducir es una franja mayor de lo que parece, pues son los que más lo demandan), con pocos recursos económicos propios, sin que se haya eliminado la posibilidad de acudir a tarifas ordinarias. Es decir, es un añadido a la oferta al público en general que ofrece una alternativa más económica y, sobre todo, segura, de modo tal que está más al alcance de los presupuestos de los jóvenes, que cuentan con algún ahorro limitado o que obtienen de sus padres la financiación, y a los que puede serles imposible sostener una situación de reiterados suspensos.

En cuanto a si el medio era adecuado, la conclusión es que sí, y ello por varios motivos.

1) El primero es que se basaba en datos objetivos, unos propios de la autoescuela y otros públicos y generales, que tienen una clara y directa incidencia económica. Partiendo de la base de que lo que encarece el permiso de conducir son las clases prácticas con profesor y vehículo, pues las teóricas se imparten igualmente, haya 4 ó 14 personas, se ha basado la empresa tanto en sus datos conocidos, no sistematizados previamente, como en los datos generales, que le dicen que en general las mujeres emplean más clases que los varones para obtener el carné, lo que conduce, en pura lógica económica, a fijar una tarifa plana más elevada.

En cuanto a los datos propios, conocidos por ella si bien elaborados posteriormente, en folio 66 consta el objetivo que se tenía con la tarifa plana y la media obtenida, y la diferencia era clara. En concreto, calculado como objetivo que los chicos empleasen 15 clases, la media resultó con 17,09 clases por alumno, es decir un exceso de 2,09. Respecto de las mujeres, habiendo un objetivo de 21 clases, se impartieron de media 23,48, un exceso de 2,48, superior en más de 4 clases al de los hombres. Posteriormente, al dejar de aplicar dicha tarifa diferente, doc. 8 de la demanda, con un objetivo de 22 clases tanto para chicos como para chicas, los chicos dieron una media de 20,12, es decir -1,88, mientras que las chicas dieron una media de 27,29, es decir un exceso de 5,29 clases más sobre las previstas, y superior en más de 5 clases al de los hombres.

Junto a ello, las estadísticas de la Dirección General de Tráfico son claras. En el cuadro resumen se ve que todos y cada uno de los años, de 2007 a 2012, tanto en la prueba de destreza como en la de conducción abierta hay un mayor número de aprobados de los hombres. Así, en la valoración de la destreza, las mujeres aprobaron en 2007 el 57,6%, los hombres el 69,3%; en 2008 las mujeres el 52,7%, los hombres el 65,5%; en 2009 las mujeres en 46,8%, los hombres en 61,1%; en 2010 las mujeres el 49,7%, los hombres el 61,5%; en 2011 las mujeres el 50,6%, los hombres el 62,5%; en 2012 las mujeres el 51,7%, los hombres el 62,3%, ello en el ámbito nacional. Así mismo, en cuanto a conducción, en 2007 las mujeres aprobaron el 43,5%, los hombres el 56,9%; en 2008 las mujeres el 42,%1, los hombres el 55,1%; en 2009 las mujeres el 42%, los hombres

el 56,6%; en 2010 las mujeres el 41,4%, los hombres el 54,6%; en 2011 las mujeres el 42,5%, los hombres el 55,4%, y en 2012 las mujeres el 42,6%, los hombres el 54,6%. Es decir, en todos los casos, una diferencia entre 10 y 14 puntos. Con ello, se viene a ratificar la idea que había dado lugar a establecer la diferencia, y es que con esa tarifa plana las mujeres emplearían, en términos estadísticos, más horas de clase, y por ello resultarían más caras.

La diferencia, por tanto, era lo suficientemente significativa como para que, en una oferta que en principio resultaba una mejora de precio respecto de las tarifas generales, se ofreciese un precio mejor a los varones, contemplado ello desde el punto de vista estrictamente económico y con un criterio estadístico que decía permitía considerar con seguridad que los hombres darían menos clases prácticas que las mujeres. Por otro lado, es obvio que si normalmente emplean menos clases, una tarifa plana poco ajustada, y mediada con la de las mujeres, dejaría de resultarles atractiva.

2) No se produjo ningún perjuicio a las mujeres, pues el que no obtuviesen una tarifa tan ventajosa para los hombres se debía simplemente a que, estadísticamente hablando, ofrecerles el mismo precio habría resultado antieconómico, pero ni dejaban de tener una tarifa plana ajustada a la experiencia económica ni dejaban de poder acudir a las tarifas ordinarias, sobre las cuales su edad, de 18 a 22, ya era también una discriminación.

3) No hay ningún otro motivo alternativo que pueda permitir pensar en una finalidad espuria, distinta de la meramente económica. La finalidad de una empresa es obviamente ganar clientes y ganar dinero con ellos, por lo que no tendría sentido tomar una decisión de este tipo si no respondía a una realidad objetiva, siendo que, debe insistirse, no "quitaba nada" a las mujeres.

4) Aun cuando no hay que entrar en el examen del art. 71, pues el mismo -que establecía "*1. Se prohíbe la celebración de contratos de seguros o de servicios financieros afines en los que, al considerar el sexo como factor de cálculo de primas y prestaciones, se generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas.*
No obstante, reglamentariamente, se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables"- se refiere sólo a seguros y servicios financieros afines, lo que no es el caso, la realidad es que daba una pauta para interpretar el 69.3, y es que era razonable la diferencia basada en criterios que, como los actuariales, son estadísticos y por ello objetivos, cuando dichos datos son pertinentes y fiables, y en este caso estamos ante estadísticas de la propia Dirección General de Tráfico. Cierto es que se derogó posteriormente por la L 11/2013, como consecuencia de la STJUE 1-3-2011, pero además de que sólo se ha empleado como criterio interpretativo de la propia ley, entonces estaba vigente.

Por tanto, la actuación de la recurrente no puede calificarse como contraria al art. 69, al poderse incardinar en la excepción del párrafo 3. Cierto es que podría haberse imaginado un procedimiento mejor, que evitase lo que objetivamente es un trato diferente que podía perjudicar, o impedir un beneficio, a la chica que aprobase pronto, como lo habría sido establecer para todos una tarifa plana con variable, por ejemplo entre el mínimo fijado para los chicos, 665 euros, y el máximo fijado para las chicas, 850, partiéndose del mínimo y subiéndolo en función de un consumo de clases superior al previsto para la tarifa menor, lo que habría incentivado a todos a restringir en lo posible las clases, pero no puede considerarse que infrinja frontalmente la normativa.

Pero es que es más, aun cuando se pudiese considerar, con una interpretación muy rígida del art. 69, que la conducta podría ser discriminatoria, estaríamos ante un supuesto de mera interpretación, con lo cual habría debido requerirse en el cese de la conducta, cosa que se cumplió, y no haberse incoado procedimiento sancionador, en virtud del principio del "in dubio pro cive", lo cual sería otro motivo de estimación del recurso.

QUINTO.- A mayor abundamiento, incluso aunque se considerase que tal conducta no estaba amparada en el art. 69.3 de la ley O 3/2007, hay una falta de tipicidad. En efecto, el art. 78.a de la ley 6/2006 de Consumidores de Aragón dice "*Son infracciones en materia de transacciones comerciales y condiciones técnicas de venta y en materia de precios y garantía:*
a) La venta de productos y bienes o la prestación de servicios a precios superiores a los máximos legalmente establecidos, a los precios comunicados, a los precios anunciados o a los presupuestados al consumidor y, en general, el incumplimiento de las disposiciones o las normas vigentes en materia de precios y márgenes comerciales" .

Por más que se haya querido forzar el tipo, en lo que es una auténtica analogía "in malam partem", ni había un precio máximo legalmente establecido, ni se cobró un precio superior al anunciado, ni al presupuestado, ni se incumplió norma alguna en materia de "precios y márgenes comerciales", por lo que esto de por sí sería motivo de estimación del recurso.

SEXTO.- Procede imponer las costas a la administración, sin que puedan superar en ningún caso los 450 euros, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLO

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por Gasque SL contra la resolución de la Consejería de Sanidad, Bienestar Social y Familia de la Diputación General de Aragón de 15-11-2012 que confirmó la del Director General de Consumo de 13-8-2012 que impuso una sanción de 4.000 euros a la recurrente por infracción grave del art. 78 de la ley 16/2006

de 28 de diciembre de la CA de Aragón, debo anular y anulo ambas, dejando sin efecto la sanción, con imposición de costas a la administración, que no podrán exceder en ningún caso de 300 euros.

MODO DE IMPUGNACIÓN
No cabe recurso.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.