

EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Extracto:

LA Administración es uno de los poderes públicos a los que el artículo 9.2 de la Constitución Española dirige el mandato de promover las condiciones de igualdad del individuo y grupos, mandato que se concreta en gran medida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad, de la cual se deduce indefectiblemente que no solo está obligada a ello sino que además su papel en la consecución de esa igualdad real y efectiva es preponderante.

Y ello porque, además del citado mandato constitucional, la Administración tiene una presencia constante en la esfera jurídica del administrado en la que incide de forma diversa según las actividades clásicas de esta: policía, fomento y servicio público. Incidencia que se traslada en este estudio al tema de la igualdad de género, analizando y exponiendo a lo largo de las líneas de este trabajo los principales medios de los que dispone para promover esa igualdad y las medidas más relevantes que a tales efectos puede adoptar, así como los límites que la normativa le impone y que la jurisprudencia ha concretado al respecto y muy particularmente a las debatidas acciones positivas.

Con especial atención a los mecanismos que el ordenamiento jurídico ofrece para ese fomento, así, por ejemplo, la llamada contratación social, las subvenciones o el distintivo de «Igualdad en la Empresa».

Palabras clave: igualdad, género, régimen jurídico, Administración pública, fomento.

ADMINISTRATION'S ROLE IN THE ATTAINMENT OF GENDER EQUALITY

EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Oviedo*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Abstract:

PUBLIC Administration is one of the powers concerned by the art. 9.2 of the CE which directs the mandate of promoting the conditions of equality both in individuals and groups, mandate that becomes effective mainly in the Organic Law of Equality 3/2007, of March 22 (LOI), establishing not only that Public Administration is forced to do it but also that it plays a main role in the attainment of this real and effective equality.

Besides the mentioned constitutional mandate, Public Administration has a constant and diverse presence in the juridical sphere of citizens according to its classic activities: police, promotion and public service. In this study such a presence is viewed regarding gender equality and so, the most relevant measures taken to produce such effects are hereby analyzed and exhibited, as well as the limits that regulation and jurisprudence impose. Controversial positive actions are also taken into particular consideration.

Keywords: equality, gender, juridical regime, public Administration, promotion.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Las acciones positivas y el mandato constitucional a los poderes públicos: artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española.
- III. Los modos de intervención de la Administración en la sociedad para la consecución de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
- IV. Marco jurídico europeo e internacional de la igualdad de género.
 1. Convenio Europeo de Derechos Humanos y doctrina del Tribunal de Estrasburgo.
 2. Panorama jurídico de la Unión Europea.
 - A) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
 - B) Otras normas y acciones destacadas de la Unión Europea.
- V. Principales previsiones de la Ley Orgánica de Igualdad.
 1. La posibilidad de introducir la perspectiva de género en la contratación de las Administraciones y sus limitaciones.
 - A) La infracción del principio de igualdad de género como posible causa de prohibición para contratar.
 - B) La inclusión de la perspectiva de género en la adjudicación de los contratos de la Administración.
 - B.1) La introducción del principio de igualdad de género en la valoración de las ofertas.
 - B.2) Preferencia en la adjudicación.
 - C) Condiciones especiales en la ejecución del contrato.
 - D) La resolución del contrato.
 2. La vía de las subvenciones públicas como fomento de la igualdad de género.
 3. Otras medidas de fomento: en particular el distintivo «Igualdad en la Empresa».
- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2010 se cumplió el primer centenario del acceso de la mujer a la Universidad, o más bien podría decirse que en 1910 se inició un lento despegue mediante la Real Orden dada por Alfonso XIII, que significó un acceso más amplio de las mujeres, y por la que quedaban concedidas «sin necesidad de consultar a la superioridad, las inscripciones de matrículas en enseñanza oficial y no oficial solicitadas por mujeres», ya que si bien es cierto que con anterioridad y de forma muy excepcional alguna mujer había accedido a la Universidad, valiéndose del vacío legal existente, requería para ello de autorización ministerial, siendo incluso hasta 1888 necesario el permiso previo del padre o del marido.

Este centenario hizo necesario reflexionar respecto de la evolución experimentada¹ y en el caso de los juristas llevarnos a analizar la situación actual desde la normativa aplicable a la misma. Particularmente desde el plano del Derecho administrativo puede darse un enfoque ya no solo del acceso y presencia de la mujer en las Universidades², sino del papel que en general las Administraciones públicas deben desarrollar en la consecución de una igualdad real y efectiva, y en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Y a ello se dedica en gran medida este trabajo.

¹ Por lo que a ciertos hitos históricos se refiere, merece la pena recordar los señalados por TOLIVAR ALAS, L., «Asignaturas igualitarias», *La Voz de Avilés*, domingo, 21 de marzo de 2010, pág. 38, cuando dice que: «Olympe de Gouges, seudónimo de la francesa Marie Gouze, dramaturga, panfletista y política girondina; enemiga acérrima de Robespierre y autora de la adaptada "Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana", en 1791, que fue guillotinado dos años más tarde (...) que en 1848 se celebró en Seneca Falls (Nueva York) la primera convención sobre los derechos de las mujeres en Estados Unidos, que denunciaba la marginación política de estas, que no podían votar, ni ser elegidas para ningún cargo, ni afiliarse a partidos ni asistir, siquiera a reuniones políticas (...) que el 8 de marzo de 1857 centenares de trabajadoras textiles de una fábrica de Nueva York organizaron la primera marcha en contra de los bajos salarios, inferiores en más de un 60 por 100 a los percibidos por los varones. Y que otro 8 de marzo, también en Nueva York, perecieron calcinadas criminalmente 129 mujeres en la fábrica Cotton Textile Factory tras declararse en huelga y encerrarse en las dependencias». También en cuanto a esa evolución histórica véase ANDERSON, B.S. y ZINSSER, J.P., *Historia de las mujeres. Una historia propia*, Crítica, Barcelona, 2007.

² Entre otros trabajos dedicados a la presencia y labor de las mujeres en la Universidad, véanse, GARCÍA DE CORTAZAR, M. y GARCÍA DE LEÓN, M.A., «Mujeres en minoría. Una investigación sociológica sobre las catedráticas de Universidad en España», *Opiniones y Actitudes*, núm. 16. Madrid, CIS, 1997; GARCÍA DE LEÓN, M.A., *La excelencia científica (Hombres y mujeres en las Reales Academias)*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005; HERNÁNDEZ MARTÍN, A., SÁNCHEZ GÓMEZ, M.C. y GARCÍA-VALCÁRCEL MUÑOZ-REPISO, A., «Igualdad de oportunidades en el ejercicio de la función docente universitaria: situación de hombres y mujeres en la universidad del siglo XXI», *Revista Educación y Pedagogía*, núm. 40, 2004, págs. 91-114; HULIN, N., *Les femmes et l'enseignement scientifique*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002; MUÑOZ MUÑOZ, A.M., *Presencia y producción científica de las profesoras de la Universidad de Granada (1975-1990)*, Universidad de Granada, Granada, 2006; RODRÍGUEZ ALEMÁN, R., «Una mirada de género en el ámbito educativo universitario», *Anuario de filosofía, psicología y sociología*, núm. 6, 2003, págs. 223-240; VENTURA FRANCH, A., «Normativa sobre estudios de género y universidad», *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, núm. 12, 2008, págs. 155-184; o FERNÁNDEZ, A. (Coord.), *Las mujeres en la enseñanza de las ciencias sociales*, Síntesis Educación, Madrid, 2001, entre otros.

En efecto, como se verá, las Administraciones, junto al legislador, tienen un papel preponderante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. No en vano son muy diversas las medidas que la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad (en adelante LOI) dirige a la Administración y a través de las cuales debe dar cumplimiento al mandato constitucional que le impone la consecución de esa igualdad material ³.

Pues bien, partiendo de una primera aproximación a las formas de actuación de la Administración, se tratará de examinar cómo se plasman en las políticas de igualdad y cómo a través de las mismas puede la Administración intervenir en esta materia de la forma más adecuada y eficaz en la consecución de ese logro social que es la igualdad de género, destacando el papel de las llamadas acciones positivas ⁴.

Como se podrá comprobar, van a ser muchos los ámbitos en que esa intervención puede y debe tener lugar, dado el carácter transversal de este principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres ⁵, tal y como se recoge expresamente en el artículo 15 de la LOI ⁶. La intervención de la Administración en la práctica totalidad de los ámbitos de la vida de los ciudadanos es una evidencia, aunque las formas de hacerlo, según lo que se dirá, son muy diversas y los efectos también.

En efecto, el artículo 15 de la LOI no solo exige que la actuación de los poderes públicos en general esté informada por el citado principio, sino que particularmente se refiere a las Administraciones públicas, a las que impone que lo integren 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.

³ Dentro de los estudios de esta ley, destacar, entre otros, CASTRO ARGÜELLES, M.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2007; GARCÍA NINET, J.I. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *Comentarios a la ley de igualdad. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, CISS, Madrid, 2007; MONTOYA MELGAR, A. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y., *Igualdad de mujeres y hombres. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid: Civitas, 2007; PATRICIO JIMÉNEZ, D., «Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (I)», *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 141, 2007, págs. 689-694; SALA FRANCO, T., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008; o SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

⁴ A este respecto, entre otros, véanse el trabajo de GÓMEZ ORFANEL, G., «Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación», *Anuario de derechos humanos*, núm. 9, 2008, págs. 379-402; el de NAVARRO BARAHONA L., «Acción positiva y principio de igualdad», *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 112, 2007, págs. 107-122; o el de SAN ROMÁN GIL, M.C., «Las políticas de la igualdad: acciones positivas y perspectiva de género», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. extra 2, 1998, págs. 133-144.

⁵ En relación con este carácter transversal, por ejemplo, SALAZAR BENÍTEZ, O., «La necesaria transversalidad de la igualdad de género. Un análisis de las leyes autonómicas de igualdad de mujeres y hombres», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 75, 2006 págs. 161-212.

⁶ Igualmente se pone de relieve esa transversalidad al comprobar los múltiples títulos competenciales en atención a los cuales aprobó el Estado la LOI, tal y como se desprende de la disposición adicional primera de la ley.

Se trata, al fin y al cabo, de exponer el papel de la Administración y del Derecho administrativo para conseguir que la igualdad de género sea real y efectiva⁷. Este papel es fundamental, a pesar de que en muchas ocasiones no ha sido atendido por la doctrina, más centrada en aspectos sociológicos o bien jurídicos a los solos efectos laborales, pues, como se expondrá más adelante de manera detallada en este trabajo, el artículo 9.2 de la Constitución Española (en adelante CE) dirige a los poderes públicos el mandato de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y teniendo en cuenta la activa intervención de la Administración en la esfera de los ciudadanos, es obligado analizar el tema de la igualdad de género desde la perspectiva aquí expuesta⁸.

De otro lado es evidente que esa intervención activa de la Administración en particular y de los poderes públicos en general es necesaria, pues, como se ha puesto de manifiesto en la propia exposición de motivos de la LOI, la igualdad real, plena y efectiva de mujeres y hombres es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos⁹, lo evidencia a diario la contemplación de situaciones arraigadas en la sociedad de especial vulnerabilidad para las mujeres, como la violencia de género, el mayor desempleo femenino, los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar de las trabajadoras, y por supuesto los casos agravados de doble discriminación¹⁰, como las mujeres inmigrantes, las discapacitadas o las pertenecientes a otras minorías. Por ello resulta imprescindible una acción normativa dirigida a neutralizar todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación directa e indirecta¹¹, por razón de sexo, y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impidan alcanzarla.

⁷ Entre los escasos trabajos desde la perspectiva del Derecho administrativo, valga de ejemplo, GONZÁLEZ BUSTOS, M.A., *La mujer ante el siglo XXI. Una perspectiva desde el ordenamiento jurídico-administrativo*, Abecedario, Badajoz, 2006.

⁸ Desde esta perspectiva, véase, por ejemplo, MORAGA GARCÍA, M.A., «La igualdad entre hombres y mujeres en la Constitución Española de 1978», *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 2006, págs. 53-70.

⁹ Como ha señalado PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «El derecho de las mujeres a la igualdad efectiva (Consideración general acerca de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)», en REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TRASCASAS, A. (Coords.) *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*, Comares, Granada, págs. 9-10, la ley procede al establecimiento de determinados instrumentos técnicos al servicio de las políticas públicas de igualdad y para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo, entre los que destaca la configuración del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como principio informador; la noción de discriminación directa o indirecta por razón de sexo; la noción de acoso sexual y acoso por razón de sexo; la adopción de acciones positivas a favor de las mujeres; o la tutela judicial efectiva y sus instrumentos procesales.

¹⁰ En relación con este tema, por ejemplo, OSBORNE VERDUGO, R.M., «Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad», *Papers: revista de sociología*, núm. 53, 1997, págs. 65-76.

¹¹ En este sentido destaca la definición que hace el artículo 6 de la LOI tanto de discriminación directa como indirecta. En particular, en su primer apartado se dice que se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable; mientras que en su apartado segundo define la discriminación indirecta por razón de sexo como aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados; lo que exige por tanto el llamado «juicio de igualdad», que vienen requiriendo también a las acciones positivas la jurisprudencia tanto nacional como internacional. En relación con este tema, el de la discriminación, debe destacarse también la previsión del artículo 9 en cuanto a la indemnidad frente a represalias y, por supuesto, el artículo 8 respecto a la discriminación por embarazo o maternidad.

II. LAS ACCIONES POSITIVAS Y EL MANDATO CONSTITUCIONAL A LOS PODERES PÚBLICOS: ARTÍCULOS 14 Y 9.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La CE proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en su artículo 14. Esto constituye lo que ha dado en llamarse el derecho a la igualdad desde una perspectiva formal, que se completa con la visión material contenida en el artículo 9.2 del mismo texto normativo, en el que se establece el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas¹².

Partiendo de este derecho constitucional, que además se engloba en los fundamentales, es decir, aquellos que tienen acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹³, y de la citada exigencia constitucional, y sin perjuicio de otros preceptos legales en la materia¹⁴, se promulga la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la ya mencionada LOI.

Constituye esta una acción normativa de gran calado que se dirige, tal y como señala su exposición de motivos, a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, a promover la igualdad real y, en definitiva, a remover los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla¹⁵.

Antes de centrarnos en el papel que a este respecto corresponde a las Administraciones públicas y, por tanto, uno de los poderes públicos comprendidos en el artículo 9.2 de la CE, es preciso

¹² En cuanto a la mujer en la Constitución Española véase, entre otros, VV.AA., *Mujer y Constitución en España*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.

¹³ A este respecto destaca el propio artículo 12 de la LOI, que lleva por título «Tutela judicial efectiva», ya que habla de la posibilidad de recabar de los tribunales la tutela del artículo 53.2 de la CE, que se refiere precisamente al recurso de amparo y el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, por ejemplo, en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) el de procedimiento especial de protección de derechos fundamentales; asimismo, se refiere a las personas legitimadas y con capacidad en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que es cualquiera que tenga interés legítimo, regla general en la ya citada LJCA, aunque precisa al final que en caso de acoso solo lo es la persona acosada. Tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como el de igualdad ya están en la CE como fundamentales y susceptibles de dichos recursos, de tal modo que aunque no aporta mucho a este respecto dicha previsión sí es importante que en la LOI se recojan todas estas cuestiones dispersas en otras normas, dada la transversalidad.

¹⁴ Como, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género; la Ley 30/2003, de 13 de octubre, de medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno; la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; entre muchas otras que abarcan cuestiones concretas de las mujeres, dado el carácter transversal de la igualdad de género, como, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, de desarrollo sostenible del medio rural.

¹⁵ En este sentido es interesante comprobar cómo en la Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres, se dice expresamente en su exposición de motivos, al referirse a la LOI, que deja claro esta norma que supone una obligación para que las Administraciones asuman de una vez la protección, acompañamiento e impulso de las mujeres en todos sus ámbitos de desarrollo, en todas las relaciones y en todas las etapas de su vida.

hacer alguna precisión previa en torno a este valor-principio-derecho ¹⁶, alguna proveniente de instancias europeas e incluso internacionales que merece la pena mencionar, especialmente para comprender que nuestra normativa no es un hecho aislado sino que se encuadra en la política europea e internacional de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que lleva ya varias décadas impulsándose con fuerza.

En primer lugar, y por lo que a esas acciones positivas se refiere ¹⁷, tan cuestionadas en ocasiones, particularmente la que se centra en la paridad o presencia equilibrada en órganos de decisión, así como especialmente en las listas electorales ¹⁸—tema este que ha llevado en algún país a la reforma constitucional, como es el caso de Francia ¹⁹ e Italia ²⁰—, debe advertirse que se ha entendido por

¹⁶ A este respecto cabe hacer mención al artículo 4 de la LOI, en cuanto a la integración de la igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, dado que pone de manifiesto que este principio no es solo un derecho sino también un principio o valor inspirador de todo el ordenamiento jurídico, en concreto, este precepto afirma que es un principio informador del ordenamiento jurídico y que por ello se ha de integrar y observar en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

¹⁷ Señalar a efectos terminológicos que, como bien advirtiera MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª L., «La ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, 2008, págs. 609-610, con estas medidas lo que se pretende, cuando responden a razones de género, es acelerar el proceso de igualación entre los sexos una vez que se constata que la equiparación del estatus jurídico del grupo social de las mujeres y del grupo social de los varones no se ha traducido en un remedio rápido y eficaz de la situación histórica de desigualdad de las primeras.

¹⁸ El tema de las cuotas electorales ha sido analizado, entre otros trabajos, en MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, C., «Igualdad de género y paridad democrática. Cuotas electorales: imposición por ley o libertad de partidos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 6, 2004.

¹⁹ En cuanto a la normativa concreta en la materia, aprobada en Francia, destacan las siguientes normas: LOI núm. 2008-175 du 26 février 2008 facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général; LOI núm. 2007-128 du 31 janvier 2007 tendant à promouvoir l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives; LOI núm. 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes; LOI núm. 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes; LOI núm. 99-585 du 12 juillet 1999 tendant à la création de délégations parlementaires aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes; LOI constitutionnelle núm. 99-569 du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes; Décret núm. 2009-899 du 24 juillet 2009 modifiant la composition et le fonctionnement de l'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes; y también resultan de interés en el ámbito civil y familiar la Ley 2002-304, de 4 de marzo, relativa al apellido y la Ley 2002-305, de la misma fecha, sobre autoridad parental.

²⁰ En efecto, en otros países, como Francia e Italia, se entendió por el garante de la Constitución que la introducción de tales medidas, podían ser necesarias para conseguir la igualdad sustancial, pero igualmente se estimó que chocaba con la norma suprema, siendo necesaria su reforma, como así se hizo, para dar cabida a estas previsiones. A este respecto, destaca la Decisión del Consejo Constitucional Francés núm. 82-146, de 18 de noviembre de 1982, o la núm. 98-407, de 14 de enero de 1999, apreciándose el cambio o evolución en la Decisión núm. 2000-429, de 30 de mayo de 2000, en que estima que las reglas obligatorias relativas a la presencia de candidatos de cada sexo en la composición de las candidaturas a las elecciones encajan en las que pueden ser adoptadas por el legislador en aplicación de las nuevas disposiciones del artículo 3 de la Constitución. De forma similar se produce este cambio en Italia, donde la Sentencia 422/1995 de la Corte Constitucional considera que la exigencia de cuotas por la Ley 125/1991 no podía ampararse en el texto entonces vigente de la Constitución Italiana y, en particular, en su artículo 51, ni en la igualdad sustancial del artículo 3; siendo posteriormente modificado dicho artículo 51 en cuanto a la igualdad en el acceso a los cargos públicos para especificar que el legislador puede introducir medidas que contribuyan a la esencial igualdad en el ejercicio de ese derecho. En relación con ello se comparte la idea de FERNANDO PABLO, M., «Sobre la equidad de género en un régimen de Derecho Administrativo. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007», en REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TRASCASAS, A. (Coords.), *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*, Comares, Granada, pág.16, de que tales medidas en todo caso han de ser necesariamente de carácter transitorio, como por otra parte exige el propio artículo 11 de la LOI a toda acción positiva.

la doctrina²¹ y jurisprudencia²², por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, que encajan en el mandato del artículo 9.2 de la CE, que responde a hacer efectivo ese derecho a la igualdad que de otro modo y sin intervención jurídica no parece haberse alcanzado, lo que por otro lado sorprende más si se tiene en cuenta que no se trata, a diferencia de otros supuestos, de minorías, sino del cincuenta por ciento aproximadamente de la población.

De hecho, tanto esta medida como otras llevan ya una larga trayectoria en otros países, destacando no solo los pertenecientes a la Unión Europea, sino también Estados Unidos, no en vano, pues el origen del término acción positiva proviene, para parte de la doctrina, del sistema norteamericano, respecto de cuya complejidad y debate cabe destacar la obra de ROSENFELD²³.

Así, para esta autora, y prescindiendo de antecedentes decimonónicos, lo que hoy se entiende por Derecho antidiscriminatorio contemporáneo o moderno se origina en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de color o, más exactamente, negras²⁴.

El origen del Derecho antidiscriminatorio se encontraría desde este punto de vista, por tanto, vinculado a las particularidades sociales, jurídicas y políticas de aquel país. Y aunque el factor que da origen al Derecho antidiscriminatorio se encuentre en la raza, a partir de los años sesenta la cobertura de este irá más allá, incluyendo también el color de la piel, la religión, el origen nacional y el sexo.

El texto fundamental a este respecto es la *Civil Rights Act of 1964* (o Ley de Derechos Civiles) destinada, primordialmente, a generalizar el derecho al voto y a combatir la discriminación centrada en la segregación racial, teniendo entrada el sexo únicamente en el ámbito del empleo²⁵. Con posterioridad a este texto, sin embargo, la cobertura antidiscriminatoria se ciñe más a este último ámbito y, así, en 1972 se publicará la *Equal Employment Opportunity Act*, cuyo texto vendrá a sustituir al anterior Título VII de la *Civil Rights Act* y que se centrará específicamente en las minorías y las mujeres. Por último, y más cercana, cabe citar en el mismo ámbito de actuación la *Civil Rights Act of 1991*²⁶.

²¹ Por ejemplo, CORCHETE MARTÍN, M.ª J., «Algunos apuntes sobre la igualdad en la Constitución Española y su situación sobre la mujer», en GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª A. (Coord.), *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, Barcelona, 2009, pág. 66.

²² Resulta interesante a este respecto el estudio de LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M., «La igualdad real y efectiva desde la perspectiva de género en la jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán y el tribunal constitucional español», *Anuario jurídico y económico escorialense*, núm. 40, 2007, págs. 181-194.

²³ ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven and London, 1991.

²⁴ MCGRUDDEN, CH., *Anti-Discrimination Law*, Aldershot, Dartmouth, 1991, pág. xxi.

²⁵ Como se verá más adelante, también es en el ámbito laboral en que se comienzan a adoptar medidas en el contexto europeo.

²⁶ BARRÈRE UNZUETA, M.ª A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 35.

Si bien de corte más continental, cabe destacar la idea expuesta por FLECHA ANDRÉS²⁷, quien sostiene que la historia de los derechos de la mujer es la historia de un proceso de invisibilidad a visibilidad, del espacio privado al espacio público, cuyo origen está en la Revolución francesa, si bien la reivindicación de los derechos de ciudadanía²⁸ iniciada entonces se ve guillotizada al finalizar esta y «habrá que esperar a los textos constitucionales de la segunda posguerra mundial para encontrar cambios significativos y la consolidación de un importante proceso de reconocimiento de los principios de igualdad y de equiparación entre los sexos. El reconocimiento del principio de igualdad, como no podía ser de otro modo, siempre ha ido unido a la evolución del Estado de Derecho»²⁹.

Vinculado a ello debe recordarse la relevancia que para el Derecho público en general y muy particularmente para el Derecho administrativo³⁰, tiene y ha tenido la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, cuyo artículo 6³¹ enunciaba el principio de igualdad ante la ley y la idea de ciudadanía³².

Una vez comprobado el origen de las acciones positivas –que se incorporan en los años setenta del pasado siglo en Europa– debe señalarse que en la actualidad, no obstante, dichas medidas no pueden ser de cualquier tipo y que existe un control para determinar si son acordes a la legalidad y constitucionalidad o no, y principalmente si pueden suponer en sí mismas discriminaciones para el hombre no amparadas por el ordenamiento jurídico.

Dicho control es el «juicio de igualdad» o «criterio de relevancia», consistente en comprobar la proporcionalidad de la medida, es decir, la finalidad perseguida y la efectividad de la misma, juicio que se hizo en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008 y en otras del mismo, pero también encuentra reflejo expreso en normas tan relevantes para estos derechos como el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Protocolo número 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, normas supranacionales que serán estudiadas con mayor detenimiento más adelante.

²⁷ FLECHA ANDRÉS, J.R., *Los derechos de la mujer*, Universidad Pontificia de Salamanca-Instituto de Estudios Europeos y Derechos Humanos, Salamanca, 2003, págs. 20-21.

²⁸ En torno a este término, véase también BARRÈRE UNZUETA, M.ª A., «Ciudadanía europea e igualdad de género», *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 66, 2003, págs. 47-66.

²⁹ Tal y como subraya GURRERA ROIG, M. (1998) «Discriminación», en BALADO, M. y GARCÍA REGUEIRO, J.A., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, pág. 445.

³⁰ Sin duda, esta idea ha sido enfatizada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, entre otras obras, en *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

³¹ Dicho precepto establecía lo siguiente: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos».

³² Así, señala FERNANDO PABLO, M., «Sobre la equidad de género en un régimen de Derecho Administrativo. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007», *op. cit.*, pág. 13, que el modelo de Derecho público occidental se asienta sobre una concepción de la sociedad y del individuo que permanece, a fecha de hoy, como una de las señas de identidad de esta cultura, pudiendo tomarse como acta de nacimiento y expresión sucinta de aquella concepción la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y su artículo 6.

Destacar finalmente a efectos terminológicos que, como bien ha señalado la doctrina³³, con estas medidas lo que se pretende, cuando responden a razones de género, es acelerar el proceso de igualación entre los sexos una vez que se constata que la equiparación del estatus jurídico del grupo social de las mujeres y del grupo social de los varones no se ha traducido en un remedio rápido y eficaz de la situación histórica de desigualdad de las primeras.

Pues bien, ya por lo que se refiere a las Administraciones, están afectadas por este mandato y por la LOI en un doble plano. Por un lado, en cuanto a que la Administración tiene un papel pasivo y de control, como garante, y de otro, que deberá desarrollar políticas públicas para promover la igualdad, así, por ejemplo, las Universidades como Administración que son y como responsables de la educación superior deberán fomentar la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres.

Si respecto a lo expuesto no puede haber duda y, en particular, que no solo son posibles, legal y constitucionalmente, las acciones positivas, sino que también son necesarias, se prevén expresamente en la propia LOI, en su artículo 11, y aunque no las define exactamente sí podría entenderse en cierto modo una definición cuando habla de medidas específicas a favor de mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, medidas que deberán adoptar los poderes públicos para hacer efectivo el derecho de igualdad, de tal modo que vincula las mismas al ya citado artículo 9.2 de la CE, aunque no lo mencione expresamente.

De este modo, de acuerdo a dicho precepto, se fija el presupuesto de hecho de las acciones positivas, que en particular se precisa al referirse a las situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

Igualmente, determina su finalidad, que no es otra que hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, y más particularmente corregir situaciones patentes de desigualdad con los hombres.

Establece los requisitos que dichas acciones positivas han de cumplir, en particular, exige que sean razonables y proporcionales al objetivo perseguido en cada caso, lo que recuerda el «juicio de igualdad» o «criterio de relevancia», que se encuentra en la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, es importante destacar que la LOI habla de su carácter temporal, dado que circunscribe su aplicación al hecho de que subsistan dichas situaciones patentes de desigualdad que es el presupuesto de hecho de la norma.

Para concluir, debe advertirse que, también, toda Administración en cuanto que entidad empleadora deberá respetar el principio de igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo respecto de las relaciones de prestación de servicios que le vinculan a su personal, tanto

³³ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª L., «La ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero», *op. cit.*, págs. 609-610.

funcionario como laboral, es más, a ello dedica la LOI todo el Título V, que se denomina «El principio de igualdad en el empleo público».

III. LOS MODOS DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SOCIEDAD PARA LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Como ya se ha señalado, la Administración tiene un doble papel ante la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: uno activo, entendido como que debe adoptar medidas en consecución de que esa igualdad sea real y efectiva, y otro pasivo, en el sentido de ser sujeto de control que velará porque terceros no lleven a cabo actuaciones discriminatorias por razón de género ³⁴.

Habitualmente se ha venido atendiendo casi estrictamente al segundo de los papeles de la Administración, cuando no solo es más importante el primero, sino que incluso deriva del propio artículo 9.2 de la CE, como ya se ha mencionado, ya que dicho precepto establece un mandato a todos los poderes públicos de promover las condiciones de igualdad del individuo y grupos.

No obstante, para conocer los diversos medios y modos de los que dispone la Administración para intervenir en materia de igualdad de género, es preciso partir de las llamadas actividades clásicas de la Administración, es decir, la Administración dicta actos y reglamentos, celebra contratos y ejercita potestades, sin embargo, de lo que se trata cuando se habla de esas formas de actuación es del modo en que incide esa actividad de la Administración en la esfera jurídica del administrado; en fin, del tipo de incidencia que a través de sus actos, reglamentos, contratos o cualesquiera otros productos de la Administración produce esta.

Incidencia que se traduce principalmente en cómo se condiciona el comportamiento de los ciudadanos y también afecta considerablemente al mercado. Precisamente la instauración del mercado único europeo ha tenido una fuerte trascendencia en las actividades clásicas de la Administración, pero no por su supresión o crisis del servicio público, como se ha dicho, sino porque al optar por un cambio en la intervención del Estado en la economía y, en particular, en dicho mercado, es evidente que varían las actividades de la Administración ³⁵.

³⁴ En relación con este papel cabe destacar, por ejemplo, el artículo 10 de la LOI, que en cuanto a las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias menciona un sistema de sanciones, si bien el mismo no se prevé en esta norma. De otro lado, también declara la nulidad no solo de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación sino que menciona también los actos, lo que parece referirse a los actos de las Administraciones, por lo que supondría un supuesto de nulidad de los mismos, lo cual resulta interesante aunque es cierto que al afectar a un derecho fundamental ya encajaría en el artículo 62 de la Ley 30/1992 y hablaríamos de la nulidad de pleno derecho, además de prever el sistema de reparaciones o indemnizaciones, que deberá regularse, y que en el caso de ser Administración sería la responsabilidad patrimonial de la misma, según las reglas de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y que evidentemente, aunque aún no haya desarrollo de esta previsión por esta vía, sería exigible.

³⁵ Respecto del panorama actual de los diversos sectores de la economía destaca CANO CAMPOS, T. (Coord.) en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VIII: Los sectores regulados*, vols. I y II, Iustel, Madrid, 2009.

Así, principalmente puede afirmarse que el mercado único europeo ha traído como principal consecuencia la sustitución de la intervención a través de la prestación de los servicios —en el concepto francés de servicio público³⁶—, por una intervención preferentemente por medio de la actividad de policía, como es el caso de las autorizaciones para entrar a desarrollar actividades³⁷ en un determinado sector o incluso las obligaciones de servicio público, como imposiciones a determinadas empresas para garantizar el servicio universal, reduciéndose también considerablemente las posibilidades de fomento por la regla general de prohibición de ayudas que puedan afectar a la competencia, establecida en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁸.

Por tanto, la Administración lleva a cabo muy diversas actividades que se han venido clasificando tradicionalmente, desde el punto de vista de su incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos, en tres: la actividad de policía, de fomento y de servicio público, actividades que, no obstante, se plasman o traducen en sus actos, contratos, reglamentos, etc.

Resumidamente, podría decirse que a través de la actividad de policía la Administración actúa desde fuera y con carácter imperativo por lo que se refiere a la conducta del destinatario, es decir, la Administración no lleva a cabo una prestación sino que la impone desde fuera, siendo amplísimas las posibilidades que dentro de este tipo de actividad tienen cabida, por ejemplo, las autorizaciones, la imposición de obligaciones, etc.

Así, por ejemplo, en el ámbito que aquí se estudia sería una actividad de policía la obligación de adoptar por las empresas ciertas medidas tendentes a la igualdad de género, como es el caso de la necesidad de aprobar un plan de igualdad del artículo 45.2 de la LOI, para aquellas con más de doscientos cincuenta trabajadores³⁹.

Por el contrario, en la actividad de fomento, el carácter del comportamiento del ciudadano es voluntario, valgan de ejemplo las subvenciones⁴⁰, es decir, no se obliga al destinatario a adoptar una determinada conducta sino que se orienta al mismo a que la lleve a cabo mediante la obtención de ventajas si adopta la conducta deseada y perseguida por la Administración.

³⁶ Por lo que se refiere a la evolución de este concepto véase, entre otros, MODERNE, F., «Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public», *L'idée de service public dans le Droit des États de l'Union Européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001.

³⁷ Destaca ahora la Directiva 123/2006/CE en cuanto al mercado de servicios y las Leyes Paraguas (Ley 17/2009, de 23 de noviembre) y Ómnibus (Ley 25/2009, de diciembre) que la han transpuesto en nuestro país, y que tienden a sustituir la autorización por la declaración responsable o comunicación previa.

³⁸ Aunque es considerablemente amplia la dedicación de la doctrina a todos estos aspectos, valga de ejemplo MONTERO PASCUAL, J.J. (Coord.), *Financiación de las obligaciones de servicio público. Ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

³⁹ En relación con esta obligación, véase, entre otros, FABREGAT MONFORT, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007.

⁴⁰ La subvención es la medida de fomento por excelencia y a ella ha prestado atención la doctrina, valga de ejemplo, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005.

Así, sería una medida de fomento, por ejemplo, la obtención de beneficios fiscales, ayudas o subvenciones para aquellas empresas que adopten ciertas medidas de igualdad entre mujeres y hombres, es decir, en este caso no se les impone como obligación, a diferencia de las medidas de policía que deben cumplir, pero se orienta a que las adopten ya que obtendrán una serie de ventajas si lo hacen.

Entre estas medidas también se encuentran los beneficios que pueden obtener aquellas empresas que dispongan de distintivos como el regulado en el artículo 50 de la citada LOI, que ha sido desarrollado por el Real Decreto 1516/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa»⁴¹; o la Marca de Excelencia en Igualdad de la ley gallega, la andaluza, la canaria⁴², la asturiana, la de Castilla-La Mancha, la extremeña, etc., y entre cuyas ventajas se encuentra, en algún caso, incluso la preferencia en la adjudicación de contratos de las Administraciones correspondientes a aquellas empresas que habiendo obtenido una misma puntuación cuentan con este distintivo⁴³.

Y ello porque no todas las medidas de fomento han de ser de carácter económico, sino que también lo son de tipo honorífico, como es el caso que se acaba de señalar, y aunque a ello se añada también una serie de beneficios que pueden encontrar traducción económica, como pueda ser la publicidad.

Finalmente, en el tercer tipo de actividad, la Administración actúa desde dentro, y es el conocido «servicio público»⁴⁴, entendido en su vertiente clásica como aquella actividad de la que es titular la Administración y que puede prestarla de forma directa o indirecta, y en monopolio o en concurrencia competitiva.

Así, por ejemplo, destacan dentro de los cada vez más reducidos servicios que aún encajan dentro de este concepto clásico y a diferencia de los que se han liberalizado y, por tanto, dejado de ser titularidad de la Administración –aunque esta intervenga de otro modo e incluso pueda prestarlo

⁴¹ Por Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo, se convocó el procedimiento de concesión del distintivo correspondiente al año 2010, resolviéndose mediante la Orden SPI/3138/2010, de 26 de noviembre.

⁴² En efecto, este tipo de distintivo se prevé también en ciertas leyes autonómicas de igualdad, como es el caso de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, y en cuyo artículo 35 se prevé la Marca de Excelencia en Igualdad de esta comunidad autónoma; asimismo, la Ley de Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia, es decir, la Ley 2/2007, de 28 de marzo, dedica una atención particularizada a la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad y, en concreto, a ello destina los artículos 16 a 20; debe precisarse que en esta comunidad autónoma existe además la Ley 7/2004, de 16 de julio, de Igualdad de Galicia. Y más recientemente la Ley 1/2010, de Canarias, de igualdad entre mujeres y hombres y, en particular, su artículo 39; el artículo 44 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha; el artículo 40 de la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género del Principado de Asturias; o el artículo 55 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género de Extremadura.

⁴³ A esta cuestión precisamente se dedicará un estudio particularizado en la tercera parte de este artículo.

⁴⁴ En relación con el servicio público y los cambios experimentados en el mismo véase, entre otros, MARTÍN REBOLLO L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núm. 100-102, 1983; «Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 287, agosto 2002, Año XXIV; «Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

pero como una empresa más y en libre competencia—, la sanidad y la educación, supuestos en los que además, y aunque es la titular y en todo caso debe prestarlos y garantizarlos, no lo hace de forma monopolística, sino que también caben la sanidad y la educación privadas.

De este modo, encajan en esta categoría las prestaciones de este tipo que lleva a cabo la Administración, o, por ejemplo, las medidas de bienestar social dirigidas a las mujeres y, particularmente, las pertenecientes a colectivos desfavorecidos, así como los servicios que se les ofrezcan por la misma en estas condiciones ya expuestas, sin olvidar que precisamente una parte importante de la LOI y las autonómicas ya aprobadas, se centran en una serie de acciones administrativas y políticas públicas para la igualdad, como son la igualdad en la educación, tanto universitaria como no superior; la promoción y protección de la salud y bienestar social; la cultura y el deporte; la sociedad de la información; o la mujer y el medio rural.

No obstante, es obligado señalar que la realidad práctica no es tan clara y que cada actividad de la Administración no aparece estrictamente solo en una de estas tres formas, sino que es frecuente que se entrecrucen. Sin embargo, y dado que todas ellas se consideran reconducibles a una o varias de las tres tipologías, lo expuesto puede servir para entender aproximadamente cuáles son las formas de actuación administrativa, las cuales deben en todo caso responder a la consecución de una finalidad de interés general, ya que la Administración, de acuerdo con el artículo 103 de la CE, debe siempre perseguir este principio por tanto que debe guiar toda su actuación, si bien tendrán consecuencias distintas y también regímenes jurídicos diversos.

De este modo, debe insistirse en que está comúnmente admitido que las citadas son las formas básicas de actuación administrativa según una formulación debida a Luis JORDANA DE POZAS (1946), que en el ordenamiento jurídico encuentra plasmación en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, y sobre la base de las cuales se analizarán y propondrán cómo pueden concretarse y traducirse en una política adecuada de la Administración, con la finalidad de contribuir a la igualdad entre mujeres y hombres y con ello cumplir el mandato que el artículo 9.2 de la CE le impone.

En efecto, como se verá en este trabajo, son muy diversas las previsiones que a este respecto se fijan en la LOI y en las correspondientes leyes autonómicas, aunque tampoco debe perderse de vista la normativa comunitaria e incluso otras normas supraestatales como la Convención de 18 de diciembre de 1979, ratificada por Instrumento de 16 de diciembre de 1983, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas.

Y hoy particularmente las dos Directivas que se transponen en la LOI son: la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Sin olvidar que recientemente se ha aprobado la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 83/613/CEE del Consejo.

Se trata, al fin y al cabo, de conocer y comprender el papel de la Administración y del Derecho administrativo en la consecución del objetivo de que la igualdad de género sea real y efectiva, papel que es fundamental, pues, como ya se ha dicho, es uno de los poderes públicos a los que el artículo 9.2 de la CE dirige el mandato de promover las condiciones de igualdad del individuo y grupos, y teniendo en cuanto la activa intervención de la Administración en la esfera de los ciudadanos, es obligado tener presente el tema de la igualdad de género desde esta perspectiva.

IV. MARCO JURÍDICO EUROPEO E INTERNACIONAL DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Antes de centrarnos en el papel que a este respecto corresponde a las Administraciones públicas de acuerdo a las previsiones concretas de la LOI y, por tanto, uno de los poderes públicos comprendidos en el artículo 9.2 de la CE, es necesario hacer alguna precisión en torno a este valor-principio-derecho⁴⁵. Alguna proveniente de instancias europeas e incluso internacionales que merece la pena mencionar, si bien sin ánimo exhaustivo, dada la gran cantidad de convenios, acuerdos, normas, resoluciones, etc, que existen en la materia, especialmente para comprender que nuestra normativa no es un hecho aislado sino que se encuadra en la política europea e internacional de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que lleva ya varias décadas impulsándose con fuerza, baste de ejemplo la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴⁶.

De hecho, muchas de las medidas que se prevén en la LOI y que serán objeto de este estudio llevan ya una larga trayectoria en otros países, destacando los pertenecientes a la Unión Europea por la cercanía que nos es propia, aunque no de forma exclusiva, pues hay quien fija el origen del Derecho antidiscriminatorio en Estados Unidos, considerando que las acciones positivas europeas provienen del citado país⁴⁷, como se ha tenido ocasión de señalar con anterioridad.

Una vez advertido este posible origen de las acciones positivas, que se incorporan especialmente en los años setenta del pasado siglo en Europea, y que hoy encuentran reflejo expreso en normas tan relevantes para estos derechos como el Protocolo número 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es preciso hacer una breve referencia a alguna de esas normas supranacionales en materia de igualdad de género para comprender que la viabilidad jurídica de las mismas no es algo exclusivo de nuestro sistema, es más, en ocasiones es una imposición proveniente de dichas instancias europeas.

⁴⁵ Estas tres funciones de la igualdad se reflejan, como señalara en su día el Tribunal Constitucional, en los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la CE.

⁴⁶ En cuanto a este marco jurídico supranacional, véase, entre otros, el estudio de GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A., «La igualdad de la mujer en el ámbito internacional y su reflejo en Europa», en GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª A. (Coord.), *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, Barcelona, 2009, págs. 19-54.

⁴⁷ Respecto de cuya complejidad y debate cabe destacar la obra de ROSENFELD, M., *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven and London, 1991.

Como ya se ha adelantado, no se pretende hacer un exhaustivo estudio, ni siquiera, una pormenorizada enumeración de esa prolija normativa, decisiones y otras medidas supranacionales, entre las que no solo se encuentran las propias de la Unión Europea, sino que también a este respecto han jugado un papel relevante –y siguen haciéndolo– las Naciones Unidas⁴⁸; sino un comentario de aquellas que se entienden aquí más relevantes a los efectos expuestos, es decir, principalmente para conocer las previsiones de esas principales normas en cuanto a la utilización de las acciones positivas como medio para la consecución de la real y efectiva igualdad de género, por cuanto es uno de los aspectos más relevantes del papel de la Administración en esta materia, es, al fin y al cabo, la principal vía para hacer efectivo el mandato que el artículo 9.2 de la CE le dirige, tal y como se ha señalado y se analizará más detenidamente.

Si bien, es igualmente cierto que las acciones positivas que aquí serán analizadas no pueden ser de cualquier tipo y que existe un control para determinar si son acordes a la legalidad y constitucionalidad o no, y principalmente si pueden suponer en sí mismas discriminaciones para el hombre no amparadas por el ordenamiento jurídico, como ya se ha advertido.

Dicho control es el llamado «juicio de igualdad» o «criterio de relevancia»⁴⁹, consistente en comprobar la proporcionalidad de la medida, es decir, la finalidad perseguida y la efectividad de la misma, juicio que se recoge tanto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como se tendrá ocasión de comprobar, como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De ahí que se considere oportuno hacer una breve referencia a dicha doctrina para conocer el posible alcance y límites a las acciones que la Administración, aunque también el legislador, puede adoptar en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Pues aunque es cierto que el propio artículo 11 de la LOI, es decir, el que viene en cierta medida a definir las acciones positivas, exige también que sean razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso, es evidente que son de conceptos jurídicos indeterminados, y de ahí que sea ilustrativo conocer las principales resoluciones en las que estos dos tribunales han procedido al análisis de esa proporcionalidad y de la justificación misma de ciertas medidas.

⁴⁸ Ya desde la Carta de las Naciones Unidas, que se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año; pasando por hitos como la primera Conferencia mundial sobre la condición jurídica y social de la mujer, convocada en Méjico D.F. en 1975 y en la que se aprobó un Plan de Acción Mundial para cinco años; la ya citada Convención de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o también conocida como Carta de los Derechos Humanos de la Mujer; la Conferencia de Copenhague de 1980; la Conferencia mundial para el examen y la evaluación de los logros del decenio de las Naciones Unidas para la Mujer, celebrada en 1985 en Nairobi; la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995 en Beijing, en la que se introduce el concepto de género; o la llamada «Declaración del milenio», aprobada por Naciones Unidas en el año 2000 con el objetivo de terminar con la discriminación de la mujer y un horizonte temporal que abarcaría hasta 2015.

⁴⁹ Como ha señalado CORCHETE MARTÍN, M.ª J., «Algunos apuntes sobre la igualdad en la Constitución Española y su situación sobre la mujer», *op. cit.*, pág. 66.

1. Convenio Europeo de Derechos Humanos y doctrina del Tribunal de Estrasburgo

Como ya se ha avanzado, es de considerable importancia el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, el cual fue firmado en Roma en 1950, convirtiéndose en la obra cumbre del Consejo de Europa. Y ello porque no solo recoge un elenco de derechos de indudable trascendencia, sino que incorpora además una jurisdicción internacional, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que tiene acceso cualquier nacional de un Estado miembro que la haya aceptado expresamente, cuando entienda que las propias autoridades nacionales han violado alguno de esos derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, tras haber agotado previamente las instancias judiciales internas.

Este relevante Convenio fue suscrito por España al ingresar en el Consejo de Europa el 24 de noviembre de 1977 y ratificado mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979, entrando en vigor en nuestro país el 4 de octubre de ese mismo año.

Pues bien, ya desde su redacción primigenia, en el artículo 14 se prevé la prohibición de discriminación⁵⁰, si bien esta redacción ha devenido insuficiente, dado que en lugar de enunciar una prohibición general e independiente, solo la proscribire por lo que se refiere al goce de los derechos y libertades definidos en el propio Convenio, es decir, la vincula a los derechos y libertades reconocidos en el mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo que le confiere un carácter meramente accesorio respecto de otros derechos y libertades.

De ahí que una primera interpretación se ciñese al derecho a no tener distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, en relación con los derechos y libertades de dicha norma internacional; sin embargo, hoy debe entenderse extendido a otros supuestos e interpretando que no debe constreñirse exclusivamente a la desigualdad en relación con los derechos y libertades del Convenio.

Ello ha llevado precisamente a que esta limitación inicial se haya visto corregida por el Protocolo número 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que fue realizado en Roma el 4 de noviembre de 2000 y firmado por España en octubre de 2005 y ratificado mediante Instrumento de 25 de enero de 2008⁵¹.

Dicho Protocolo se refiere precisamente a esta cuestión y, en particular, a la citada extensión, buscando cubrir esa inicial insuficiencia del artículo 14. De este modo, precisamente su artículo 1, que lleva por título «Prohibición general de discriminación», determina que el goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación alguna, especialmente por las razones ya señaladas con anterioridad en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos inicial, y

⁵⁰ Y por ende también el derecho a la igualdad, pues como ha señalado MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, 15.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 1.346, igualdad y no discriminación están íntimamente ligados.

⁵¹ Y que entró en vigor para nuestro país en junio de 2008.

añadiendo que nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública, especialmente por alguno de los motivos enunciados.

Es decir, a través de dicho Protocolo ya no solo la prohibición de discriminación se refiere a los derechos y libertades del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino a cualquier derecho previsto por la ley. Además, también resulta relevante la propia exposición de motivos de dicho Protocolo, pues en la misma se incorpora la mención a las acciones positivas, ya que expresamente se dice que el principio de no discriminación no impide que los Estados partes adopten determinadas medidas con la finalidad de promover una igualdad plena y efectiva, siempre que exista una justificación objetiva y razonable –lo que recuerda al ya citado art. 11 LOI–, teoría esta que se encuentra plenamente consolidada en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Y ello tras explicar que dicho Protocolo se adopta teniendo en cuenta el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una igual protección de la ley, y resueltos a adoptar nuevas medidas para promover la igualdad de todos por medio de una garantía colectiva que establezca la prohibición general de discriminación en el marco del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Y no podría estudiarse dicha norma del Consejo de Europa sin mencionar también las resoluciones que al respecto ha dictado el Tribunal de Estrasburgo, encargado de velar por el respeto de los derechos y libertades contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que ha dictado importantísimas sentencias en relación con este derecho.

En efecto, destaca igualmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que respecto a la comprobación de la violación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 1950, que prevé, entre otras, la prohibición de discriminación por razón de sexo, ha hecho este mismo análisis de ciertas medidas, tanto en cuanto a las positivas aquí mencionadas, como respecto de aquellas otras que precisamente se consideran discriminatorias para la mujer, dando lugar a decisiones tan interesantes como algunas de las que seguidamente se mencionarán.

Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Wessels-Bergervoet* contra Países Bajos, de 4 junio de 2002, considera injustificada la diferencia de trato de las mujeres respecto de los hombres en la legislación holandesa en cuanto a la reducción de la pensión de las mujeres casadas, al considerar a los hombres el sostén económico familiar.

En la Sentencia *Ünal Tekeli* contra Turquía, de 16 noviembre de 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende igualmente que no supera el juicio de proporcionalidad la legislación turca que impone el cambio de apellido a las mujeres al contraer matrimonio, ya que dicha medida carece de justificación objetiva y razonable.

Finalmente, y a modo solo de ejemplo sin carácter exhaustivo, señalar la Sentencia *Stec y otros* contra Reino Unido, de 12 abril de 2006, en la que en relación con acciones positivas consideró el Tribunal de Estrasburgo que las diferencias de trato legislativo en relación con prestaciones por inca-

pacidad laboral, que se vinculaban a la edad legal de jubilación, siendo esta diferente para hombres y mujeres, respondía a la finalidad de corregir las desventajas de estas en el plano económico, y que era una medida proporcionada que perseguía un fin legítimo y estaba razonablemente justificada al compensar la reducción de la capacidad de obtener ingresos, es decir, un claro supuesto en que se acepta la acción positiva.

2. Panorama jurídico de la Unión Europea

Como ya se ha anunciado, no se pretende ni mucho menos en este punto hacer recuento de las innumerables normas, decisiones, recomendaciones, resoluciones y demás acciones emprendidas por la Unión Europea en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sino aquellos hitos que para la finalidad perseguida aquí, y ya expuesta, resultan más relevantes.

Si bien y antes de afrontar su estudio concreto, debe señalarse que la igualdad es uno de valores en que se inspira el modelo europeo, propio además de toda democracia, y que aunque ya estaba por ello presente en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 –e incluso en su art. 199 se mencionase de forma expresa la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo–, es en posteriores Tratados –valga de ejemplo el Acta Única Europea, el Tratado de la Unión Europea de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1999, el Tratado de Niza de 2001, así como el proyecto de Constitución Europea de 2004, o más recientemente la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007 y el Tratado de Lisboa de 16 de diciembre del mismo año– cuando se profundiza en una verdadera política de protección y defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, destacando sin duda la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

A) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

Así, y por lo que a la ya citada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere, debe hacerse en primer lugar una precisión respecto de su naturaleza y fuerza vinculante, y es que si bien es cierto que inicialmente –y a pesar de su hondo significado simbólico– no quedaba integrada en los tratados fundacionales, lo que significa que, en principio, no tenía un efecto jurídico sino que constituía un compromiso político de la Unión⁵², lo cual ya hubiese cambiado de no haber fracasado la Constitución Europea –ya que la misma integraba dicha Carta–, de acuerdo con la modificación introducida por el Tratado de Lisboa de 2007, dicha Carta adquirirá carácter vinculante mediante la inserción de una mención por la que se le reconoce el mismo valor jurídico que a los tratados, siendo proclamada por ello una segunda vez en diciembre de 2007⁵³.

Una vez hecha esta observación, es preciso referirse ya a su contenido, comenzando por resaltar que todo su Capítulo III se dedica a la igualdad, partiendo del artículo 20 que establece la igual-

⁵² Como bien señala el profesor MARTÍN REBOLLO L., *Leyes Administrativas*, op. cit., pág. 415.

⁵³ Cuyo texto se publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2007.

dad ante la ley, pasando a la no discriminación del artículo 21, la diversidad cultural, religiosa y lingüística del artículo 22, los derechos del menor del artículo 24, los derechos de las personas mayores del artículo 25 y la integración de las personas discapacitadas del artículo 26; sin embargo, es el artículo 23 el que prevé expresamente la igualdad entre hombres y mujeres.

De hecho, dicho precepto establece que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución; sin embargo, a ello añade que dicho principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado.

De tal modo que no solo viene a reconocer esa igualdad entre mujeres y hombres, especificando el ámbito laboral, no de casualidad, pues, como ya se ha dicho, los esfuerzos de la Unión comenzaron en este tema centrados en el citado ámbito y, particularmente, por lo que a la igualdad retributiva se refiere, sino que también prevé expresamente la legalidad y legitimación de las acciones positivas, dado que reconoce expresamente, y dentro de ese derecho a la igualdad entre hombres y mujeres del artículo 23, la posibilidad de adopción de medidas que ofrezcan ventajas al sexo menos representado sin que ello vulnere esa igualdad.

B) Otras normas y acciones destacadas de la Unión Europea

Aunque también, de forma más particular y por vía de diversos mecanismos, muchos de ellos ya de Derecho derivado, especialmente, varias directivas, reglamentos, comunicaciones, etc., se adopta toda una acción en materia de igualdad entre las mujeres y los hombres ⁵⁴.

La normativa europea comienza en este sector con una incipiente preocupación y primeras medidas por la igualdad en materia laboral ⁵⁵ y, particularmente, en lo que a la retribución se refiere; basta de ejemplo el ya citado artículo 199 del Tratado de Roma de 1957 y la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, en materia de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, y un año más tarde la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo –modificada por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de sep-

⁵⁴ En relación con la normativa europea, véanse, entre otros, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea», en REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TRASCASAS, A. (Coords.), *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*, Comares, Granada, págs. 29 y ss.; LOMBARDO, E., *La europeización de la política española de igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; CRUZ VILLALÓN, J. y otros, *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 1997; ZOCO ZABALA, C., «Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, págs. 209-260; BUSTELO RUESTA, M.ª y LOMBARDO, E. (Coords.), *Políticas de igualdad en España y en Europa: afinando la mirada*, Cátedra, Madrid, 2007, etc.

⁵⁵ En relación precisamente con la política europea a este respecto véase, entre otros, MARTÍN HERNÁNDEZ, M.ª L., «La política comunitaria sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y la ocupación. Recepción en la Ley de Igualdad», en REGUERO CELADA, J. y GARCÍA TRASCASAS, A. (Coords.), *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*, Comares, Granada, págs. 81-144.

tiembre de 2002, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la LOI, y teniendo en cuenta también la refundición operada por la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006⁵⁶, o también de los años setenta la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, o en los ochenta la Directiva 86/613/CEE, del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, en cuya virtud se aplica el principio de igualdad de trato a aquellos hombres y mujeres que ejerzan una actividad de carácter autónomo, incluidas las actividades agrarias, que ha sido derogada por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma⁵⁷, o la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, acerca del establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Sin embargo, la política de la Unión Europea de igualdad entre mujeres y hombres ha experimentado una importantísima evolución y expansión a muy diversos ámbitos y aspectos presentes en la materia, valga de ejemplo la otra Directiva de cuyas disposiciones se hace eco la LOI, es decir, la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro.

Pero también otras cuestiones han sido abordadas por la Unión desde esta perspectiva de género, tanto en lo que podría considerarse el marco general de la misma, por ejemplo, el plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010)⁵⁸; el quinto programa de acción comunitaria para la igualdad de oportunidades (2001-2006)⁵⁹ y anteriores; y la integración de la igualdad de oportunidades en las políticas comunitarias.

Así como en lo que se refiere a diversos aspectos financieros como el programa comunitario para el empleo y la solidaridad social (2007-2013); la iniciativa comunitaria EQUAL que está dirigida a promover nuevas prácticas de lucha contra todo tipo de discriminación y de desigualdad en el mercado de trabajo en un contexto de cooperación nacional y facilitar la inserción social y profesional de los solicitantes de asilo; los fondos estructurales o el fomento de las organizaciones que trabajan en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres (2004-2006).

⁵⁶ Esta Directiva refunde en un único texto las Directivas 76/207, la 75/117, la 86/378 y la 97/80.

⁵⁷ Que tiene por objetivo, como se refleja en su considerando (24), garantizar un nivel elevado común de protección contra la discriminación en todos los Estados miembros, y en particular su objeto, de acuerdo con su artículo 1, es establecer un marco para hacer efectivo en los Estados miembros el principio de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres que ejerzan una actividad autónoma o contribuyen al ejercicio de una actividad de este tipo, en relación con aquellos ámbitos que no están cubiertos por las Directivas 2006/54/CE y 79/7/CEE.

⁵⁸ Véase la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de marzo de 2006, COM(2006) 92, así como la Decisión del Consejo, de 10 de julio de 2007, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2007/491/CE).

⁵⁹ Implantado por la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, modificada por la Decisión 1554/2005/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005.

Todo ello sin olvidar los informes anuales sobre la igualdad entre mujeres y hombres ⁶⁰; los aspectos institucionales como el Instituto Europeo de la Igualdad de Género ⁶¹, el Comité consultivo de igualdad de oportunidades ⁶², o la normativa sobre el equilibrio en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión ⁶³; la lucha contra el acoso sexual y la violencia contra las mujeres; la política respecto al empleo femenino y mujeres empresarias, etc.

A ello deben sumarse otras acciones, en particular el ya mencionado plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010), que tiene por objeto hacer avanzar el programa para la igualdad entre hombres y mujeres, siendo la continuación de la estrategia marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), de la cual hace balance, incrementando las actividades existentes y proponiendo otras nuevas. En el plan de trabajo se definen seis áreas prioritarias y objetivos y acciones clave para cada una de ellas, que puedan contribuir a facilitar su realización ⁶⁴.

Respecto a las seis áreas prioritarias de acción se incluyen las siguientes: conseguir la misma independencia económica para las mujeres y los hombres, conciliación de la vida privada y la actividad profesional, la misma representación en la toma de decisiones, erradicación de todas las formas de violencia de género, la eliminación de los estereotipos sexistas, y la promoción de la igualdad en la política exterior y de desarrollo.

⁶⁰ Valga de ejemplo el de 2009, emitido mediante la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de febrero 2009, relativa a la «Igualdad entre mujeres y hombres» COM(2009) 77, en el que se recogen los principales avances registrados en 2008 en materia de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, y en lo que respecta a los desafíos demográficos y económicos actuales, se destaca que la participación de las mujeres contribuye de manera esencial al crecimiento, al empleo y a la cohesión social de la Unión Europea. En particular este sexto informe de la Comisión recoge entre sus conclusiones la necesidad de prestar especial atención a las siguientes cuestiones: la importancia de reforzar los resultados positivos del compromiso político con la igualdad entre sexos y de garantizar los principios y derechos básicos de todos los ciudadanos mediante la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea, y en concreto de la Directiva 2002/73/CE, relativa a la igualdad de trato en el empleo; la Directiva 2004/113/CE, relativa a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios, y la Directiva 2006/54/CE, que refunde siete Directivas relativas a la igualdad de trato; las dos propuestas de modificación de la Directiva 92/85/CEE, relativa a la protección de la maternidad, y la Directiva 86/613/CEE, dirigida a los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores en empresas familiares y que ha sido derogada por la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010; las negociaciones entabladas por los interlocutores sociales para llegar a un acuerdo sobre más permisos por motivos familiares; la continuación de los esfuerzos para llegar a los objetivos de Barcelona sobre las instalaciones de cuidado de la infancia, y el desarrollo de otros servicios para facilitar el equilibrio entre la vida laboral y familiar tanto de las mujeres como de los hombres; y el apoyo al fomento activo de una representación equilibrada de mujeres y hombres en las elecciones al Parlamento Europeo de 2009 y el nombramiento de mujeres para los puestos políticos al máximo nivel en las instituciones de la Unión Europea.

⁶¹ Creado por el Reglamento (CE) núm. 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, con el cometido de ayudar a las instituciones europeas y a los Estados miembros a fomentar la igualdad de género en todas las políticas comunitarias y en las políticas nacionales resultantes, y a luchar contra la discriminación por razón de sexo. Otra de las tareas del Instituto será sensibilizar a los ciudadanos de la Unión Europea sobre este tema.

⁶² Creado por la Decisión de la Comisión de 16 de junio de 2008, con el propósito de instaurar un marco institucionalizado para facilitar la consulta regular y los intercambios entre los órganos y las instancias específicamente encargadas de promover la igualdad de oportunidades en los Estados miembros.

⁶³ En cuanto se pretende instaurar una representación equilibrada de hombres y mujeres en los grupos de expertos y los comités creados por la Comisión, destacando la Decisión núm. 2000/407/CE de la Comisión, de 19 de junio de 2000.

⁶⁴ Dicho plan irá acompañado de un informe sobre el estado de aplicación en 2008 y de una evaluación acompañada de una propuesta de seguimiento en 2010.

Como puede comprobarse, por tanto, las consiguientes políticas de la Unión Europea en materia de igualdad de género han evolucionado desde la primigenia preocupación en la esfera laboral, lo que por otro lado es una constante, hacia otros aspectos muy diversos que han dotado a este principio de un carácter horizontal y transversal ⁶⁵, integrado en el resto de políticas y acciones de la Unión y centrándose especialmente en la eliminación de las desigualdades estructurales de las mujeres.

V. PRINCIPALES PREVISIONES DE LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD

Pues bien, como ya se ha dicho, las Administraciones públicas están afectadas por el mandato constitucional estudiado previamente y por la LOI en una doble dimensión. La Administración dentro de esta perspectiva tiene un doble papel ante la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: uno activo, entendido como que debe adoptar medidas en consecución de que esa igualdad sea real y efectiva, como se ha dicho, y de otro como sujeto de control que velará porque terceros no lleven a cabo actuaciones discriminatorias por razón de género. A lo que se une su carácter de empleadora.

Se trata aquí de exponer brevemente las principales referencias de la LOI a esos diversos papeles de la Administración.

Así, debe comenzarse por afirmar que la LOI constituye un importante paso que se dirige, tal y como señala su exposición de motivos, a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, a promover la igualdad real y, en definitiva, a remover los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

E incluso, su artículo 1, es decir, el referente al objeto de la ley, deja claro que este es hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, en particular, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la CE, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria. A efectos de lo cual establece tanto principios de actuación de los poderes públicos, como regula los derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado toda forma de discriminación por razón de sexo.

Es decir, ya en su primer precepto la LOI deja sentados claros puntos clave de la perspectiva de género y de lo que la propia norma significa al respecto. Así, por un lado, se pone de manifiesto que es fruto del mandato ya mencionado del artículo 9.2 de la CE, que junto al artículo 14, son los que deben tenerse en cuenta en la conformación de este derecho, pues comprenden la perspectiva formal y sustancial o material del mismo.

⁶⁵ Por lo que se refiere a este carácter transversal, véase, por ejemplo, PÉREZ DEL RÍO, M.T., «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», *Revista de relaciones laborales*, núm. 13, 2005, págs. 35-52.

En este mismo sentido, debe destacarse que dicha norma comienza fijándose como objetivo el hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, es decir, nuevamente trata de cumplirse a través de la misma ese imperativo que le viene impuesto desde el citado artículo 9.2 de la CE, poniendo de relieve también que no es suficiente, y así lo ha demostrado la experiencia, con una igualdad ante la ley o en la ley ⁶⁶, sino que es preciso adoptar medidas o acciones positivas que hagan que esa igualdad deje de ser meramente negro sobre blanco en las normas para pasar a ser una realidad constatable de facto.

Otro aspecto relevante se refleja igualmente en ese primer precepto de la LOI y es el carácter transversal de la igualdad de género, dado que habla de cualesquiera ámbitos de la vida, precisando en concreto las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural, lo que propicia ya una idea de la diversidad de medidas que contiene y de los ámbitos a que presta mayor atención, algunos tan polémicos como el referente a las listas electorales, como ya se ha señalado.

Pero sin duda, uno de los sectores en que mayor incidencia tiene la LOI, y no por casualidad, es el laboral, tanto en el ámbito de la empresa privada como respecto del personal de las Administraciones públicas.

Y, como se ha dicho, ello no es por casualidad, sino por el origen mismo de la política de igualdad, así y por lo que se refiere a la Unión Europea, sin duda sus primeros esfuerzos y aún hoy quizá podría afirmarse que los más importantes, se ciñen a este aspecto de las condiciones de trabajo, así las primeras normas se refirieron a ello ⁶⁷, como ya se ha visto, y en particular, comenzaron con la igualdad retributiva ⁶⁸.

Es más, esta preponderancia de la perspectiva laboral se aprecia en la propia definición del principio de igualdad del que parte la LOI y que se encuentra en el artículo 3 de la misma, ya que afirma que el mismo supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Por tanto, se define con carácter negativo, es decir, como la ausencia de toda discriminación, y pone de relieve también que uno de los factores que introducen o conllevan la desigualdad real y un importante número de discriminaciones proviene de la maternidad, así como de otros aspectos

⁶⁶ Por ejemplo, en cuanto a igualdad en el trato dado por la ley e igualdad en la aplicación de la ley, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1982, de 14 de julio.

⁶⁷ Valga de ejemplo la Directiva 75/117/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, o aun con anterioridad el artículo 199 del Tratado de Roma de 1957.

⁶⁸ Lo que se comprueba no solo en el ya citado artículo 199 del Tratado de Roma, sino también en la jurisprudencia del TJCE, como, por ejemplo, en las Sentencias de 17 de octubre de 1989 (TJCE\1990\41), caso *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening*; de 27 de junio de 1990 (TJCE\1991\920), caso *Maria Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*; de 4 de junio de 1992 (TJCE\1992\114), caso *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. contra MoniKa Bötel*; o la de 9 de febrero de 1999 (TJCE\1999\21), que resuelve el caso *Regina contra Secretary of State for Employment*, entre otras.

relacionados con las obligaciones familiares, por ejemplo, el cuidado de personas dependientes ⁶⁹, de ahí la relevancia de las medidas de conciliación y su repercusión en la corresponsabilidad, y por todo ello el papel de las normas encargadas de la regulación de las condiciones de trabajo, de los permisos relacionados con dicha conciliación, etc.

A lo que se suma, a modo meramente de ejemplo, la tipificación expresa como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, la previsión de la protección de la maternidad con especial asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia, como uno de los criterios generales de actuación de los poderes públicos en el artículo 14.7, así como en el apartado siguiente el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar, o el remover los obstáculos que impliquen 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 como uno de los criterios de actuación de toda Administración respecto de su personal, contenido en el artículo 51 de la LOI, etc.

Sin embargo, esta preponderancia del aspecto laboral no se ciñe en exclusiva a la maternidad y todo lo que ello conlleva, sino que es un hecho que se ratifica a lo largo de toda la ley, baste mencionar ahora también el artículo 5 que recoge de forma expresa y generalizada la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, así como en las condiciones de trabajo, refiriéndose tanto al ámbito privado como público.

No obstante, como ya se ha advertido, una de las características esenciales de esta materia es su transversalidad ⁷⁰, y tan consciente es la ley de ello –que se aprecia tan solo con una lectura de la

⁶⁹ A este respecto destaca la ya citada Ley de Dependencia.

⁷⁰ La misma puede comprobarse también al examinar la cantidad y variedad de normas que la LOI ha modificado, entre las que se encuentran no solo las referentes a cuestiones laborales, sino también, valgan de ejemplo las propias del ámbito de los diversos procesos judiciales, así la Ley Orgánica del Poder Judicial –también modificada más recientemente por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de diciembre, con la finalidad de introducir a este respecto la especialización de los juzgados y tribunales con competencia exclusiva en violencia sobre la mujer a través de la formación obligatoria–, la Ley de Procedimiento Laboral o, por lo que a la Administración se refiere, la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ha sufrido una importante reforma por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. En este último caso se reformó tanto el artículo 19, referente a la legitimación y con la finalidad de introducir dentro de los legitimados para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato de mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente, que serán los legitimados junto a los organismos públicos con competencia en la materia y de forma exclusiva cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, y sin perjuicio de la legitimación en su caso de los afectados si están determinados; modificaciones que responden a las previsiones ya mencionadas y contenidas en el artículo 12 de la LOI. Igualmente se introduce un apartado 7 en el artículo 60 de la LJCA, respecto de una cuestión que se prevé en el artículo 13 de la LOI y que es de una gran trascendencia, ya que se refiere a la carga de la prueba en los procedimientos judiciales; y su relevancia viene porque precisamente invierte la carga de la prueba en los mismos a salvo los penales, ya que es la persona demandada la que debe probar la ausencia de discriminación. Esto proviene de la Unión Europea, y en particular la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo, en cuyo artículo 3.1 b) respecto de su ámbito de aplicación incluye expresamente cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al Derecho nacional en aplicación de las disposiciones contempladas en la letra a), con excepción de los procedimientos extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el

norma y la comprobación de las diversas previsiones de la misma—, que le dedica un precepto a la cuestión, en particular el artículo 15, incluido en el Capítulo I: «Principios generales», del Título II: «Políticas públicas para la igualdad», y tras enumerar en el precepto anterior los criterios generales de actuación de los poderes públicos.

Dicho precepto se refiere a esta transversalidad en el sentido de dirigir un mandato al respecto a todos los poderes públicos en general y a las Administraciones públicas en particular, dado que exige que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres informe con carácter transversal la actuación de los primeros; a lo que añade la exigencia para las segundas de que lo integren, 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, tal y como ya se ha tenido ocasión de destacar.

Nuevamente, supone una concreción más del artículo 9.2 de la CE y de la importancia de la Administración en la consecución y cumplimiento del mismo; destáquese que no solo se exige que las Administraciones a la hora de elaborar sus normas integren esta perspectiva, algo que se prevé también en el artículo 19 de la LOI, del mismo modo que lo hacía ya la Ley 30/2003, respecto a las disposiciones normativas que elabore el Gobierno y su evaluación de impacto de género, así como lo hacen también algunas leyes autonómicas de igualdad ⁷¹, sino que se refiere a todas sus políticas públicas y todas sus actividades.

En efecto, son muchos los ámbitos en que la LOI dirige o introduce al respecto mandatos a las Administraciones públicas, así en particular todo el Título II de la misma se dedica precisamente a las políticas públicas para la igualdad, destacando que comienza en su artículo 14 con los criterios generales de actuación de los poderes públicos, que incluye, sin duda, a las Administraciones; en el Capítulo II que lleva por título «Acción administrativa para la igualdad», es donde más directamen-

Derecho nacional; y cabe preguntarse si ocurre lo mismo en los procedimientos administrativos, por ejemplo, de sanciones, ya que no los prevé—ni modifica las previsiones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, los arts. 127 a 138, ni el Reglamento de procedimiento para ejercicio de potestad sancionadora, aprobado por el RD 1398/1993, de 4 agosto—, pero no parece muy lógico que en vía administrativa deba probar el supuesto infractor y en el ámbito judicial el demandado, aunque es cierto que esta inversión es contraria a los principios del procedimiento sancionador—y en particular el principio de presunción de inocencia expresamente previsto en el art. 137.1 Ley 30/1992—y que en caso de ausencia de previsión expresa en este ámbito la interpretación ha de ser la menos perjudicial para el posible sancionado, es decir, debería entenderse que no, si bien no es menos cierto que choca con las reglas generales el hecho de que en vía administrativa impere un criterio y en el ámbito judicial otro, aunque no pueda hablarse en puridad de desviación procesal al ser el objeto y la pretensión la misma. Esta previsión se ha concretado en el precepto citado de la LJCA, que establece que de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

⁷¹ Así, por ejemplo, esta previsión se encuentra en el artículo 6 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, los artículos 7 y 8 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, de Igualdad de Galicia; el artículo 10 de la Ley 7/2007, de 4 de abril, de Igualdad de Murcia, los artículos 21 y 22 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, de Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco; el artículo 6 de la Ley canaria 1/2010, de 26 de febrero; el artículo 4.2 de la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género del Principado de Asturias; la Ley 1/2011, de 1 de marzo, de evaluación del impacto de género en Castilla y León; el artículo 6 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, o el artículo 23 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.

te se aprecia ese papel relevante al respecto de las Administraciones, destacando las previsiones relacionadas con la educación, la sanidad, la creación y producción artística e intelectual, la sociedad de la información, los deportes, el desarrollo rural, las políticas urbanas, de ordenación territorial y vivienda, la cooperación para el desarrollo, los contratos y las subvenciones, aspectos muchos de ellos que se analizan detenidamente a lo largo de este trabajo. Del mismo modo destaca en este sentido el Título VI de la ley, que incorporando las previsiones de la Directiva de 2004, se refiere a la igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y cuyas medidas se aplican igualmente al sector público y privado.

Dado que se trata aquí simplemente de visualizar los mandatos de la LOI a la Administración y su papel, por tanto, en la consecución de la igualdad efectiva, no es momento de hacer mayores precisiones que se desarrollarán a lo largo de esta investigación, sin embargo, y con el fin de tenerlo presente en esos desarrollos, sí debe hacerse mención a los criterios generales a los que todos los poderes públicos han de atender al llevar a cabo ese papel, y que se fijan en el artículo 14 de dicha norma.

En particular hace referencia al compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres; a la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico; a la colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades; a la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones; a la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo; a la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva; a la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia; al establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la responsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia; al fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas; al fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares; a la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas; y finalmente a que todos los puntos considerados en dicho precepto se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo.

Para concluir, y aunque ya no dentro de esta norma, se debe destacar tanto el Marco Estratégico Nacional de Referencia: Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, del Instituto de

la Mujer de junio de 2006, como el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), de diciembre de 2007, que responde a la aplicación de lo establecido en la LOI, concretando los objetivos, ámbitos y medidas de actuación en los que los poderes públicos han de centrar sus acciones, así como la coordinación entre los distintos niveles de las Administraciones públicas y los distintos estamentos sociales. Y que desarrolla cuatro principios rectores: ciudadanía ⁷², empoderamiento ⁷³, transversalidad ⁷⁴ e innovación ⁷⁵.

Por lo que a las medidas concretas se refiere y como ya se ha expuesto con anterioridad, la Administración interviene en la perspectiva de género de muy diversas formas, destacando especialmente aquí la de fomento, dado que es uno de los medios principales a través de los cuales sin imponer obligaciones orienta la conducta de los administrados y, en este caso, preferentemente de los empresarios, en aquella dirección que tiende a la consecución de esa igualdad real y efectiva.

Tres ejemplos claros de esta clásica actividad de la Administración en este tema vienen constituidos por las previsiones de la LOI en materia de contratos, subvenciones y el distintivo de igualdad, por ello es conveniente referirse a estos incentivos que las Administraciones pueden adoptar para que los empresarios incorporen ciertas conductas y medidas tendentes a la igualdad, si bien también, especialmente en el primer ámbito, es decir, el de la contratación pública, se incluyen no solo medidas de fomento sino también obligaciones propias de la actividad de policía que, no obstante, merecen atención para poder visualizar cómo pueden utilizarse los contratos de forma instrumental en la consecución de la igualdad de género ⁷⁶.

1. La posibilidad de introducir la perspectiva de género en la contratación de las Administraciones y sus limitaciones

Dado el carácter transversal del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, tal y como expresamente se recoge en la LOI, recuérdese el artículo 15 de la misma, se ha enten-

⁷² En particular, se habla de la redefinición del modelo de ciudadanía en concordancia con la igualdad de género, que entiende la igualdad más allá de la equiparación de lo femenino con lo masculino y considera lo femenino como riqueza; que afirma la libertad femenina y atiende a la singularidad y pluralidad de las mujeres, de modo que no se las contemple como «lo colectivo femenino».

⁷³ El empoderamiento de las mujeres, en el sentido de valorar y fortalecer sus formas de hacer, de ejercer el poder y de relacionarse. El concepto de empoderamiento posee una doble vertiente: por una parte, se refiere a la capacidad de las mujeres para acceder a aquellos puestos donde se toman decisiones y, de otra, a la revalorización de la aportación de las mujeres.

⁷⁴ La transversalidad de la perspectiva de género, como herramienta que busca modificar las formas actuales de la política, de modo que se tomen como referencia las experiencias, las aportaciones de las mujeres, su modo de estar en el mundo y su conocimiento.

⁷⁵ La innovación científica y tecnológica, como una de las principales fuerzas de cambio social. Aunque su dominio confiere un enorme poder, ya que quien controla la tecnología controla el futuro, las mujeres han estado excluidas de dichos ámbitos por medio de barreras formales e informales.

⁷⁶ A este respecto véase, entre otros, el trabajo de la profesora MEDINA ARNÁIZ, T., «El cumplimiento de la normativa sobre igualdad entre mujeres y hombres desde la Ley de Contratos del Sector Público», en GÓMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, 2008, págs. 193-209.

dido adecuado por el legislador, y, como se verá, por la Unión Europea⁷⁷, o más bien precisamente nuestro ordenamiento se hace eco de esta posibilidad porque las Directivas así lo establecen y muy particularmente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁷⁸, utilizar la contratación pública como instrumento de política social⁷⁹. Se trata de fomentar lo que ha dado en llamarse «contratación social»⁸⁰.

Es decir, la idea que impera en esta materia de introducir la perspectiva de género en las diversas políticas y acciones de las Administraciones públicas incluye también la contratación pública, de tal modo que se incluyen aspectos sociales en las diversas fases de la contratación, de tal forma que a través de sus compras, encargos, obras, etc., los poderes adjudicadores puedan contribuir a la consecución de otros objetivos de carácter social como pueden ser el de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral o luchar contra la discriminación por razón de sexo, de igual modo que también se ha incorporado la perspectiva medioambiental en este sentido.

Esta posibilidad se ha incorporado en la normativa europea en las vigentes Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, aunque no son exclusivas del ámbito europeo, sino que también en Estados Unidos se ha utilizado la contratación como instrumento de política social para eliminar las diferencias entre mujeres y hombres, de hecho, estas medidas se introducen en el sistema norteamericano desde los años 60⁸¹.

Sin embargo, y como se verá, así lo recoge la propia Directiva, con anterioridad a ser recogido en la misma, este aspecto social en la contratación pública fue introducido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y más tarde se hizo eco de él la Comisión en sus Comunicaciones de 11 de marzo de 1998 sobre la contratación pública en la Unión Europea⁸² y de forma más intensa la Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, publicada en el Diario Oficial de las

⁷⁷ Respecto al principio de transversalidad en la Unión Europea, véanse, por ejemplo, PÉREZ DEL RÍO, M.T., «Transversalidad de género y acción positiva en el ámbito comunitario», *Revista de relaciones laborales*, núm. 13, 2005, págs. 35-52; o VV.AA., *Gender mainstreaming in the public service: a reference manual for governments and other stakeholders*, Commonwealth Secretariat, London, 1999.

⁷⁸ A este respecto destaca la doctrina de este Tribunal iniciada en la Sentencia de 20 de septiembre de 1988, caso *Gebroeders Beetsjes Bv* contra los Países Bajos.

⁷⁹ En relación con este tema, véanse, entre otros, ZAMBONINO PULITO, M., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la contratación de las Administraciones públicas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», *RAP*, núm. 175, 2008, págs. 463-488; MESTRE DELGADO, J.F.: «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291, 2003, págs. 705-730; o VÈRNIA TRILLO, S.: «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, págs. 429-453.

⁸⁰ Que tiene por objeto, como ha recordado, MEDINA ARNÁIZ, T., «El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *Actualidad Administrativa*, núm. 9, 2009, integrar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la perspectiva de género, pero también otros como la calidad en el empleo, la contratación de personas con discapacidad o en situación de exclusión social.

⁸¹ Respecto a esta cuestión y su tratamiento en los Estados Unidos véase, entre otros, ARROWSMITH, S., *The Law of public and utilities procurement*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2005, págs. 1.225 y ss.

⁸² COM (1998) 143.

Comunidades Europeas el 28 de noviembre de 2001⁸³. Aunque bien es cierto que la Comisión es más reticente que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, particularmente en la consideración de criterios sociales en la fase de valoración de las ofertas⁸⁴.

Precisamente es esta última Comunicación mencionada –que está destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en este tipo de contratos–, la que impone la necesidad de que las Directivas de contratación se adapten y recojan de forma expresa esta posibilidad.

Es más, destaca de la misma la referencia a los diferentes momentos en que puede apreciarse la perspectiva social, ya que dicha Comunicación sigue las distintas fases de un procedimiento de contratación pública y señala, en cada una de ellas, si es posible tomar en consideración ciertos aspectos sociales y en qué medida. Así, comienza por la determinación del objeto del contrato⁸⁵; las prohibiciones para contratar⁸⁶; asimismo se dice que si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos; de otro lado, concreta que para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando estos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato –siendo esta exigencia la que supone una interpretación o posición más restrictiva que la adoptada por el TJCE, entre otras, en la citada Sentencia *Beetjes*⁸⁷–; y muy especialmente en la ejecución del contrato, en concreto, se establece que una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o «condiciones de ejecución del contrato», siempre que estas se ajusten al Derecho comunitario y, en particular, que no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros.

Sin embargo, lo cierto es que las Directivas y, en concreto, la 2004/18/CE, que es la que ha sido incorporada a nuestro sistema a través de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público –actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP)–, ha sido bastante más parca en sus previsiones que la Comunicación de 2001.

⁸³ COM (2001) 566 final.

⁸⁴ A este respecto he tenido ocasión de realizar un estudio más exhaustivo en el capítulo elaborado para el libro homenaje al profesor TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, pendiente de publicación y que versa sobre «La contratación social. Introducción de cláusulas sociales en la contratación pública según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Caso *Beetjes* y otros)».

⁸⁵ Y señala que de forma general, los poderes adjudicadores, al definir los productos o servicios que desean adquirir, pueden, incluso recurriendo a variantes, optar por bienes, servicios u obras que se ajusten a sus preocupaciones sociales, siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.

⁸⁶ Respecto de lo que señala que las Directivas permiten excluir a cualquier licitador «que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional» o «que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar».

⁸⁷ En esta línea jurisprudencial no se exige dicho requisito que limita de forma importante la consideración de criterios sociales en esta fase de valoración de las ofertas, sino que lo que requiere es que haya publicidad previa y no se vulneren los principios de Derecho comunitario, por ejemplo, que el criterio no suponga discriminación por razón de la nacionalidad de las empresas.

Así, en concreto, el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE al referirse a las condiciones de ejecución de los contratos, especifica que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

Destaca esta previsión puesto que las normas comunitarias en materia de contratación se refieren prácticamente de forma exclusiva, como se explicará, a las primeras fases de contratación, sin que sea objeto de su atención el cumplimiento y extinción de los contratos, precisamente también nuestro TRLCSP se hace eco de esta posibilidad en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II, es decir, dentro de las previsiones relativas a la preparación de los contratos y, en particular, en cuanto a los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, y ello es relevante porque el TRLCSP tiene distinto grado de aplicación en función de que la contratante sea una Administración, un poder adjudicador o un ente del sector público, y es que el cumplimiento y extinción es de aplicación solo a las primeras, sin embargo, al preverse en las reglas referentes a la preparación de los contratos es aplicable al resto, aunque su contenido sea propio de la ejecución.

Aunque debe señalarse también el considerando (1) de dicha norma comunitaria, ya que en él sí se refiere a la utilización de este tipo de criterios no solo en cuanto a las condiciones de ejecución sino también en la adjudicación, al decir que:

«La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁸⁸, en particular la relativa a los *criterios de adjudicación*, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, *sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando (2)*⁸⁹».

Esta posibilidad nuevamente se reitera en el considerando (46), donde matiza que a fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva, y que si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato, y que en estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato–, propias

⁸⁸ Aunque, como ya se ha puesto de manifiesto, realmente esa interpretación es más restrictiva que la adoptada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁸⁹ Dicho considerando (2) se refiere a los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato. Precisamente esta terminología, como se verá, es la que se ha empleado por nuestro TRLCSP, en su artículo 150.

No obstante, también es preciso advertir que esta utilización instrumental de la contratación no ha sido acogida con el mismo entusiasmo por la unanimidad de la doctrina⁹⁰ ni las instituciones, así cabe destacar dentro de las críticas las emitidas en el informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España⁹¹, así como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres. Tampoco fue un tema exento de polémica en el debate parlamentario de la LOI, como puede comprobarse en la presentación de alguna enmienda⁹².

Sin embargo, como ya se ha señalado, las Directivas de contratación pública de 2004 se hacen eco de esta posibilidad y ello ha llevado a su incorporación por los Estados miembros, de los que cabe destacar, entre otros, y por su proximidad con nuestro sistema, el *Code des marchés publics* francés⁹³, no en vano de este ordenamiento ha tomado el nuestro la propia institución de los contratos administrativos.

En particular, en el artículo 14 de esta norma se prevé la posibilidad de introducir cláusulas medioambientales y/o sociales; establece que las condiciones de ejecución de un contrato o de un acuerdo marco pueden incluir elementos sociales o ambientales que tengan en cuenta los objetivos del desarrollo sostenible para conciliar el desarrollo económico, la protección y la mejora del progreso ambiental y social. Estas condiciones de ejecución no pueden tener un efecto discriminatorio sobre los candidatos potenciales, y se han de indicar en el anuncio de licitación público o en los documentos de consulta⁹⁴.

No obstante, y aunque se refiere a las condiciones especiales de ejecución, resulta interesante tener en cuenta las precisiones –aunque respecto a las cuestiones ambientales– que ha hecho la «Guide

⁹⁰ A favor de esta utilización instrumental de la contratación véase, entre otros, GIMENO FELIÚ, J.M.ª, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, págs. 16-17; mientras que en desacuerdo con esta medida se posicionan, por ejemplo, SANTÍAS VIADA, J.A., «Modificaciones introducidas en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en materia de procedimientos, formas y criterios de adjudicación de los contratos», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198, julio 2001, págs. 71-80; o URÍA FERNÁNDEZ, F., «Apuntes para una reforma de la legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 165, 2004, págs. 297-326.

⁹¹ Que considera que existen otros mecanismos para llevar a cabo esas políticas más apropiados que la inclusión de estos aspectos sociales en los criterios de valoración en la contratación.

⁹² En particular, la Enmienda núm. 253 presentada por el Grupo Parlamentario Popular.

⁹³ Cuya redacción vigente ha sido dada por el Decreto núm. 2006-975, de 1 de agosto.

⁹⁴ Cabe señalar que, como muchos otros aspectos, esta cuestión ha sido matizada por el Consejo de Estado, por ejemplo, bajo la vigencia del antiguo código, en su Resolución de 25 de julio de 2001, *Commune de Gravelines*, rec. 391, *AJDA*, 2002, 46, *concl. Piveteau*, consideró ilegal por carecer de relación con el objeto del contrato un criterio respecto a las proposiciones de los candidatos en materia de creación de empleo, de inserción y de formación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que una cosa es que se tengan en consideración estos elementos sociales o medioambientales para la adjudicación y otra que se impongan en cuanto a la ejecución, como distingue el TRLCSP en sus artículos 118 y 150.

des bonnes pratiques en matière de marchés publics»⁹⁵, particularmente cuando en su punto 14.2.1 señala los distintos momentos en que este aspecto puede ser tenido en cuenta: al definir y expresar las necesidades, por ejemplo, el artículo 6 cuando habla de las especificaciones técnicas; en el momento de la propuesta, cuando el artículo 45 permite a los contratantes considerar la experiencia de los candidatos en materia de protección del medio ambiente a través de la evaluación de sus capacidades técnicas; en el momento de presentar las ofertas, cuando el artículo 53 permite considerar uno o más criterios ambientales; o en relación con el contrato, el artículo 14 permite, como se ha visto, imponer condiciones de este tipo en la ejecución.

Por lo que al sistema español se refiere, dos son las previsiones que se introducen en la LOI respecto a la contratación de las Administraciones públicas, si bien estrictamente la segunda es la que podría calificarse como medida de fomento, dado que la primera, como se apuntará, al contrario, no busca incentivar una actuación sino imponerla, de tal modo que se trataría, en la clasificación clásica de las actividades de la Administración ya expuesta en la primera parte de este artículo, de una medida de policía.

En efecto, los artículos 33 y 34 de la LOI hacen referencia a la contratación de las Administraciones públicas, no obstante, el primero de ellos se refiere a la posibilidad de introducir entre las condiciones de ejecución del contrato medidas tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público, lo que nos lleva inequívocamente al TRLCSP y, en particular, a su artículo 118.

Sin embargo, con anterioridad a este aspecto y por una cuestión de orden lógico en las diversas fases de un contrato, debe examinarse otra serie de cuestiones reguladas no solo en la LOI sino también y, principalmente, en el TRLCSP, que ya en su exposición de motivos señala la consideración de aspectos sociales tanto como criterios para valorar las ofertas como en cuanto a las condiciones especiales de ejecución⁹⁶.

En efecto, en materia de contratos de la Administración se diferencian cuatro fases, las primeras: preparación y adjudicación; y las segundas, cuando ya sí se puede en puridad hablar de contrato: el cumplimiento y la extinción.

Las primeras, que responden a la teoría de los actos separables⁹⁷, en la que ha desempeñado un papel primordial la jurisprudencia⁹⁸, se refieren a toda la tramitación del expediente y el proce-

⁹⁵ La Circular de 29 de diciembre de 2009 aprueba la «Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics» (*JORF* núm. 3030 de 31 de diciembre de 2009, págs. 23.171 y ss., texto núm. 90).

⁹⁶ En particular, dicha exposición de motivos dice: «las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales».

⁹⁷ CLAVERO ARÉVALO, V.M.F., «El estado actual de la doctrina de los actos separables», *REVL*, núm. 164, 1969.

⁹⁸ Destacan entre otras las SSTs de 7 de noviembre de 1981 (Ar. 5381), de 11 de marzo de 1983 (Ar. 2722) y de 17 de julio de 1989 (Ar. 5820).

dimiento de selección del contratista y la adjudicación del contrato, e incluyen desde el acuerdo de iniciación, la aprobación del gasto, la autorización de la intervención, la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares ⁹⁹ y el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Precisamente estas fases son las relevantes a efectos de la normativa comunitaria, que ha sido determinante en la regulación vigente en materia de contratos, mientras que las Directivas de contratos, destacando la 2004/18/CE y la 2004/17/CE, no hacen referencia al cumplimiento y extinción de estos contratos, que por otro lado debe tenerse en cuenta que solo se regularán por el TRLCSP en estas dos últimas fases los contratos administrativos, es decir, los que tengan tal carácter y sean celebrados por una Administración, a lo que debe aclararse que a efectos de la citada norma no lo son las entidades públicas empresariales.

Pues bien, dentro de estas primeras fases hay tres momentos, preferentemente, en que puede tener cabida alguna previsión respecto a las medidas en materia de igualdad de género, de acuerdo con la interpretación conjunta de ambas normas: el TRLCSP y la LOI, y, en particular, respecto a las causas de prohibición para contratar, los criterios del baremo y la preferencia en la adjudicación.

A) La infracción del principio de igualdad de género como posible causa de prohibición para contratar

Una primera cuestión que cabe plantearse, tras la posibilidad de tener en cuenta aspectos sociales en la propia definición del contenido del contrato ¹⁰⁰, es si se puede considerar incluida dentro del artículo 60 del TRLCSP como causa de prohibición de contratar la comisión de infracciones en materia de igualdad de género, si bien no se trata de una medida de fomento sino al contrario de una prohibición que encajaría, por tanto, en las medidas de policía.

Así, debe tenerse en cuenta como paso previo, que dentro de los requisitos para contratar, es decir, dentro de las exigencias que el TRLCSP requiere a cualquier persona física o jurídica para poder ser contratista, junto a la capacidad jurídica y de obrar, la solvencia económica o financiera y la solvencia técnica o profesional –que como ha determinado la Comisión en su COM (2001) 566 final, también puede tenerse en cuenta respecto a la misma, la experiencia u otros criterios relacionados con aspectos sociales, si el objeto del contrato está vinculado a esas materias y requiere esa capacidad–, esta norma enumera una serie de supuestos en los que si incurre o ha incurrido el licitador no podrá ser adjudicatario de un contrato con la Administración.

⁹⁹ AYMERICH CANO, C., «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

¹⁰⁰ Lo cual es más sencillo respecto a criterios medioambientales, por ejemplo, en lo que ha dado en llamarse «contratación verde» o «contratación ecológica», véase al respecto GONZÁLEZ ALONSO, A., «La contratación pública ecológica», *Justicia Administrativa*, núm. 47, 2010, págs. 31-51.

Estos supuestos pueden clasificarse en dos tipos: los referentes a causas penales y los propios de sanciones administrativas. Si bien con anterioridad a entrar en el análisis de las causas concretas enumeradas en la citada norma y en las que podrían comprenderse las relacionadas con la igualdad de género, es necesario hacer una precisión.

Y es que debe tenerse en cuenta la reserva de ley que impera en esta materia, como así lo ha entendido el Tribunal Supremo ¹⁰¹, de tal forma que los casos no incluidos expresamente en ese listado no pueden ser incorporados individualizadamente para cada caso concreto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Además, dado que se trata de limitar derechos, aunque no sanciones, en materia de prohibiciones la interpretación ha de ser restrictiva, lo que lleva a que los supuestos que no estén claramente incluidos en el listado del citado artículo 60 del TRLCSP no puedan considerarse como tales prohibiciones. Sin embargo, sí es posible que otras leyes y, en particular, así lo han hecho algunas normas autonómicas de igualdad entre mujeres y hombres, prevean otros supuestos como causa de prohibición ¹⁰².

Pues bien, pasando ya a analizar los supuestos incluidos en el artículo 60, deben señalarse en primer lugar y por lo que a las causas de tipo penal se refiere, las letras a) y c) del apartado 1 de dicho precepto. En particular se contienen como causas de prohibición para contratar, en las que en cierta medida pueden incluirse supuestos relacionados con la igualdad de género y, más particularmente, la discriminación por razón de sexo, en primer lugar, haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores; y en segundo lugar, letra c), por haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

¹⁰¹ Por ejemplo, en su Sentencia de 20 de diciembre de 1995 (Ar. 9352), en cuyo fundamento jurídico cuarto dice: «No es dudoso que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las «prohibiciones para contratar», constituyen materia reservada en la ley. Conclusión que, además de no ser dudosa, se encuentra avalada por la realidad normativa. Tanto la ley vigente cuando los hechos enjuiciados acaecieron (art. 9 LCE), como en la actualidad (art. 20 LCAP) regulan esta cuestión. Establecida la conclusión anterior, que es premisa de nuestro razonamiento, y relacionándola con la cualidad de la norma impugnada, es patente la nulidad de esta. Pues es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley, y mucho más si tienen tan ínfima jerarquía normativa como la que corresponde a la que aquí es examinada: «Pliego de Condiciones Particulares», aprobado por Orden de la Consejería; o en la STS de 20 de abril de 1999 (Ar. 4636), fundamento jurídico segundo.

¹⁰² Así, por ejemplo, el artículo 13.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, establece que las Administración de la Junta de Andalucía no formalizará contratos, ni subvencionará, bonificará o prestará ayudas públicas a aquellas empresas sancionadas o condenadas por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por atentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente, aunque bien es cierto que es similar a la previsión ya contenida en la LCSP –actual TRLCSP–, si bien se recoge en una norma que regula la igualdad de género, de tal modo que es evidente que se refiere a ese tipo de discriminación, es decir, por razón de sexo.

En conclusión, pueden considerarse como causas de prohibición para contratar, relacionadas con la perspectiva de género, la condena mediante sentencia firme por algún delito contra las trabajadoras que se refieren, por tanto, a aquella materia, como, por ejemplo, discriminación laboral por razón de sexo del artículo 314 del Código Penal; así como el haber sido sancionada con carácter firme por infracciones del Real Decreto 5/2000, que, incluye, entre otras infracciones muy graves, en su artículo 8.17, el no haber elaborado o no aplicar, o haciéndolo incumpliendo manifiestamente los términos previstos del plan de igualdad cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta norma ¹⁰³.

En todo caso hay que precisar, como, por ejemplo, hace también la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía, cuando se refiere a la posibilidad de considerar causa de prohibición para contratar estos supuestos, que debe referirse a que la sanción haya sido impuesta mediante resolución administrativa firme o sentencia judicial firme, como en su día dejó claro la jurisprudencia respecto a otras causas de prohibición.

De otro lado, y aunque las comunidades autónomas que han recogido dichas previsiones, como es el caso de la Ley andaluza, no hagan mención a la duración de esa prohibición, es a mi juicio de gran relevancia y trascendencia práctica que se haga, aunque sea por remisión a la normativa de contratos, primero, porque todas las prohibiciones del TRLCSP, incluso las más severas, incluyen limitación temporal y, en segundo lugar, porque lo contrario resulta excesivamente gravoso.

No obstante, y antes de concluir con el último supuesto del artículo 60 del TRLCSP, debe advertirse que, por tanto, solo cabe recoger como causas de prohibición en los pliegos los supuestos analizados y contenidos expresamente en el TRLCSP u otras leyes, dada la reserva de ley en la materia, que deben en caso de duda ser interpretadas restrictivamente y que no se refieren a la mera infracción de la normativa en materia de igualdad de género sino que ha de existir una condena penal o una sanción administrativa que haya adquirido firmeza y que a todo ello se suma el problema de la escasa efectividad de estas prohibiciones, dado que requiere que los órganos de contratación conozcan de estas condenas o sanciones, ya que las causas de prohibición deben ser declaradas y además se condiciona, en algún caso, a su inscripción o constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas ¹⁰⁴.

Lo que sí se incluye expresamente dentro de las causas de prohibición en relación con este tema es lo fijado en la letra e) del artículo 60.2, que se refiere a haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 118, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta normativa, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario, previsión que se remite al citado artículo 118 al que más tarde se hará referencia, dado que se trata de la ejecución del contrato.

¹⁰³ Supuesto que precisamente se introdujo en dicha norma por la disposición adicional 14.2 de la LOI.

¹⁰⁴ En concreto el artículo 61.4 se refiere a la causas del artículo 50.1 c) y e) y las del apartado 2.

B) La inclusión de la perspectiva de género en la adjudicación de los contratos de la Administración

La segunda cuestión o momento en que puede introducirse la perspectiva de género en materia de contratación es la consideración de este aspecto en la adjudicación del contrato ¹⁰⁵, respecto de lo cual ha de atenderse a dos preceptos: el artículo 150 del TRLCSP y el artículo 34.2 de la LOI, así como en menor medida el artículo 147 del TRLCSP.

B.1) La introducción del principio de igualdad de género en la valoración de las ofertas

Una de las cuestiones quizá más polémicas es la referente a la posibilidad de que dentro del propio baremo se pudiera introducir algún criterio referente a este factor, posibilidad que prevé, aunque muy limitadamente, el TRLCSP, que recuérdese es posterior a la LOI, por tanto, aún no se había previsto en la misma. Además, dicha posibilidad no se refiere solo a la Administración General del Estado sino a toda Administración sometida al TRLCSP.

No obstante, y antes de examinar dicho precepto, debe recordarse que si bien las Directivas de 2004 han podido ser demasiado timoratas en la previsión de esta opción, como ya se ha visto, la Comunicación de la Comisión (2001) 566 final sí se refería expresamente a esta opción, aunque el problema es que en la misma se vinculaba esta al hecho de que tal criterio o aspecto fuera susceptible de una valoración económica ¹⁰⁶, lo que precisamente ha suscitado las mayores oposiciones a esta posibilidad, dado que es cuestionable que dichos elementos sociales puedan realmente contribuir a identificar la proposición económicamente más ventajosa, dudas que ha venido mitigando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al reconocer la licitud de incluir un criterio de interés general entre los de adjudicación de un contrato ¹⁰⁷; recuérdese que, como ya se ha señalado, es especialmente este Tribunal quien incorpora esta posibilidad y ha mantenido siempre una postura más flexible al respecto que la propia Comisión Europea ¹⁰⁸.

¹⁰⁵ En relación con este tema, véase, por ejemplo, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, págs. 27-67.

¹⁰⁶ En concreto, lo que dice la citada Comunicación es que para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando estos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato.

¹⁰⁷ Por ejemplo, en la citada Sentencia *Beetjes*, así como en la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, conocida como el asunto *Région Nord-Pas-de-Calais*, en la que ratifica la doctrina de 1988, o en el Asunto *Concordia Bus Finland Oy Ab, antes Stagecoach Finland Oy Ab* contra *Helsingin kaupunki y HKL-Bussiliikenne*, C-513/99, resuelto por la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, aunque en relación con la consideración de criterios medioambientales y su posible colisión con el principio de igualdad de trato de los licitadores.

¹⁰⁸ En efecto, la Comisión tenía inicialmente ciertas reticencias al respecto, como puede comprobarse, por ejemplo, en el Libro Verde de la contratación pública en la Unión Europea de 27 de noviembre de 1996. En dicho texto se hacía referencia a que las adquisiciones públicas podían constituir un importante medio para orientar la actuación de los operadores económicos, si bien también se advierte a este respecto que en estas situaciones es de aplicación la normativa derivada del Tratado de la Comunidad Europea y de las Directivas; y que esa es la razón por la cual, desde el momento de la entrada en vigor de las Directivas de contratos públicos, se ha planteado constantemente la viabilidad y conveniencia de perseguir estos objetivos sociales, teniendo en cuenta las limitaciones específicas que imponen las Directivas para evitar que peligre su motivación esencial. No obstante, y remitiéndose precisamente a la Sentencia *Beetjes*, menciona dos momentos en que

Entre los límites que pueden advertirse o deducirse del artículo 150, que es el precepto del TRLCSP que regula los criterios de valoración de las ofertas, se encuentra el que ha de tener relación con el objeto, a lo que se debe sumar la exigencia que hace el Derecho comunitario de que sea de forma proporcionada ¹⁰⁹, es decir, que la puntuación que pueda obtenerse en ese apartado sea razonable y que sea adecuado al fin perseguido.

En efecto, tanto las Directivas actuales, como ya con anterioridad la Comisión, imponen una serie de condicionantes para poder emplear este tipo de criterios en la valoración de las ofertas: en primer lugar, que tengan relación con el objeto del contrato; de otro lado, que no otorguen a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, que estén expresamente publicitados, en particular, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación; entre estos principios se encuentra también el de la proporcionalidad.

El artículo 150 del TRLCSP –siguiendo en este punto la terminología empleada por la Directiva y, en particular, su considerando (46)– lo que permite tener en consideración en el baremo son las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, entendiendo que en su caso pueden referirse a la igualdad entre mujeres y hombres.

De tal modo que esta es otra posibilidad no prevista en la LOI y que en algún caso, aunque ciertamente limitado –por ejemplo, ciertos contratos del Instituto de la Mujer u otras instituciones relacionadas con la materia– ¹¹⁰, podría permitir no solo dar preferencia a las empresas que obteniendo la misma puntuación que la más ventajosa tengan ciertas medidas referentes a la igualdad entre mujeres y hombres, como hacen algunas comunidades autónomas, por ejemplo, las que hayan obtenido ciertos distintivos (es el caso de Galicia con la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad), que cuenten con planes de igualdad, etc., como se verá a continuación, sino que ese aspecto esté presente en la valoración misma de la proposición, es decir, se contenga en el propio baremo.

Asimismo, también cabe la posibilidad de recurrir a las variantes o mejoras, previstas en el artículo 147 del TRLCSP ¹¹¹, cuando se quiere introducir esta perspectiva y ese aspecto social y no tiene relación con el objeto del contrato. Recuérdese que dicho precepto lo que permite es que cuan-

pueden tenerse en cuenta esos aspectos sociales: las causas de prohibición y las condiciones de ejecución, excluyendo expresamente la aptitud del empresario y los criterios de adjudicación, en particular lo explica en los puntos 5.41 a 5.43.

¹⁰⁹ Considerando (2) de la Directiva de 2004/18/CE.

¹¹⁰ Como los mencionados por MEDINA ARNÁIZ, T., «El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género», *op. cit.*

¹¹¹ Así, por ejemplo, lo ha entendido el Ayuntamiento de Avilés (Asturias), que ha aprobado una instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del citado ayuntamiento (BOPA de 13 de noviembre de 2009), en cuyo artículo 15 prevé esta posibilidad y dice exactamente que: «Cuando el objeto contractual no haga referencia a exigencias sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 de esta instrucción, las características sociales se incluirán entre los criterios de adjudicación como mejora o variante con una ponderación del 10 por 100 sobre el total, en los contratos administrativos de obras, servicios y suministros».

do en la adjudicación se hayan de tener en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación pueda tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad, la cual se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

Finalmente señalar que puede ser interesante que en la valoración de estos criterios participe o, la realice, un comité de expertos u organismo técnico especializado, es más, en algún supuesto concreto en que la puntuación que corresponde a los criterios que requieren apreciación cualitativa sea superior a la que se puede obtener mediante cálculo automático, el TRLCSP –art. 150.2– y el Capítulo IV del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, exigen la intervención de dicho organismo especializado ¹¹².

B.2) Preferencia en la adjudicación

Mayor aplicación que el supuesto anterior podría tener la previsión del artículo 34.2 de la LOI, dado que se trata de una regla que se fija con carácter general en una ley orgánica –aunque se refiere exclusivamente a la Administración estatal–, me refiero a la preferencia –a igualdad de puntuación de las ofertas– de aquellas empresas que hayan adoptado determinadas medidas en materia de género.

En efecto, el artículo 34.2 de la LOI sí se refiere a una medida de fomento que, no obstante, hay que analizar en el contexto de la contratación administrativa, y del régimen estricto que desde la Unión Europea se ha impuesto, y tener presente que se refiere en exclusiva a la contratación de la Administración General del Estado y no del resto de Administraciones, como, por ejemplo, las autonómicas, si bien es cierto, como se dirá, que algunas de las leyes de igualdad de las comunidades autónomas contienen previsiones similares e incluso más desarrolladas y concretas.

Así, dicha previsión se refiere ya no a la ejecución del contrato –como hace el art. 33 LOI–, sino, al contrario, a la adjudicación del mismo y, en particular, a la posibilidad de que los órganos de contratación establezcan 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 a las que se refiere el artículo 34.1, siempre que estas proposiciones 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 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 entonces vigente, de la posterior disposición adicional sexta de la LCSP y de la actual disposición adicional cuarta, apar-

¹¹² Por ejemplo, en la citada instrucción del Ayuntamiento de Avilés, se prevé la participación de una Comisión Técnica de Valoración, artículo 9, de la que forman parte responsables del Área de Bienestar Social.

tado 2, del TRLCSP ¹¹³, y que se refiere a la preferencia –siempre que igualen en sus términos a la proposiciones más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación– en la contratación con empresas que tengan en su plantilla a personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro.

A diferencia, por tanto, de las condiciones en la ejecución –que es la otra cuestión prevista en la LOI como seguidamente se verá–, aquí sí se trata de dar preferencia en la adjudicación del contrato, no obstante, solo en caso de igualar la proposición más ventajosa, dado que de otra forma se vulnerarían los principios que rigen la contratación de las Administraciones públicas y que vienen impuestos por la Unión Europea que, recuérdese, permite la utilización de los contratos para contribuir a ciertos objetivos sociales, pero con limitaciones, de hecho ni en la Directiva ni en la Comunicación (2001) 566, final, a pesar de referirse, particularmente la última de ellas, a todas las fases de la contratación, se recoge esta posibilidad, y en todo caso esa introducción de criterios sociales ha de respetar los principios fundamentales de la Unión Europea, aunque aquí se entiende que tal preferencia, siempre que se produzca entre empresas que han obtenido la misma puntuación, es un criterio de elección perfectamente legítimo y acorde a la normativa de contratos, siempre que se haya previsto en los pliegos, por una cuestión de seguridad jurídica y de cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, aunque alguna norma autonómica permita, como se verá, lo contrario.

Como ya se ha advertido, y por lo que a la preferencia se refiere, alguna norma autonómica ya la ha previsto, es el caso, por ejemplo, de Galicia que lo vincula a la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad, que, entre otras facultades o derechos a que da lugar, según el artículo 19.3 de la Ley gallega 2/2007, se encuentra la preferencia en la adjudicación de los contratos de la Comunidad Autónoma de Galicia, siempre que las proposiciones presentadas igualen en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

No obstante, a mi juicio, sería mucho más correcto hacer mención también a distintivos similares, dado que dicha previsión podría ser contraria a la normativa comunitaria, puesto que indirectamente supone una discriminación territorial que no se justifica ni permite la normativa de contratos ¹¹⁴, más cuando se exige para obtener dicha marca el tener sede en esa comunidad autónoma ¹¹⁵.

No es que se considere contrario a la legalidad que se haga esa exigencia para obtener la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad, lo cual es, hasta cierto punto, normal, teniendo en cuenta que se trata de una medida de fomento y, más particularmente, un distintivo autonómico; sin embargo, el problema viene cuando se da preferencia en la contratación a esas empresas que hayan obtenido el

¹¹³ Aunque esta norma en su apartado 1 establece una previsión cuanto menos dudosa, respecto a la ponderación en los supuestos obligatorios de la Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos; ya que no se entiende cómo ni por qué se ha de ponderar el cumplimiento de obligaciones.

¹¹⁴ De hecho, la Comisión en su COM (2001) 566 final insiste en varias ocasiones que lo que no cabe es que al introducir, en un estadio u otro, los aspectos sociales en la contratación pública, pueda ello suponer de algún modo una discriminación por razón del territorio ni una ventaja para los nacionales.

¹¹⁵ En efecto, el artículo 16.2 de la citada ley exige para poder obtener tal distintivo que las empresas, sean de capital público o privado, tengan su domicilio en Galicia o con agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en Galicia, siempre que, a la vez, hubieran contratado personal en Galicia.

distintivo, pues indirectamente se está concediendo una ventaja en esa adjudicación a empresas a las que se les requiere estar asentadas en Galicia, lo que sí es contrario a las reglas de contratación que impone la Unión Europea ¹¹⁶, posibilidad que quedaría salvada si se mencionase la equiparación de otros distintivos a esos efectos de preferencia en la contratación.

También sorprende de la Ley gallega que se diga que ha de recogerse tal preferencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, lo cual no solo es normal sino lo propio en esta materia, pero, sin embargo, dice que la no previsión en los mismos no privará de ese derecho a la preferencia en la adjudicación, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrirse, es decir, no se trata de una posibilidad del órgano de contratación, sino de un verdadero derecho que quien obtenga la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad adquiere y puede hacer valer incluso cuando no se ha previsto en el pliego, cuando no debe perderse de vista que los pliegos son vinculantes y son los que rigen el contrato y su previa adjudicación, de tal modo que puede generarse una cierta inseguridad e, incluso, romperse las reglas de la contratación –particularmente los principios de transparencia y publicidad– y el papel relevante de lo previsto en los pliegos, dado que, sin duda, esta norma ha dado preferencia por encima de ello al derecho adquirido por esas empresas.

Con posterioridad a la LOI y a la anterior LCSP se aprueba, entre otras, la Ley canaria 1/2010, de Igualdad, que también se hace eco de esta posibilidad en su artículo 13.2, donde establece que los órganos de contratación de la Administración autonómica canaria señalarán, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia de la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan la Marca de Excelencia Canaria de Igualdad o desarrollen medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a la más ventajosa, desde el punto de vista de criterios objetivos, que sirvan de base para la adjudicación, y las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

En todo caso y aunque no todas las normas autonómicas, por regla general, hayan introducido precisión al respecto, sí debería exigirse expresamente que las condiciones que dan lugar a obtener el distinto correspondiente hayan de perdurar durante toda la vigencia del contrato, tal y como hace la Ley gallega, dado que el último inciso de su artículo 19.3 precisa que si la empresa hubiera hecho uso de esta preferencia ¹¹⁷, estará obligada a mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado en la adjudicación, que, si el contrato resultara de ejecución sucesiva, será igual a su duración temporal; o la ya mencionada Ley canaria.

También la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha, hace referencia a esta posible preferencia en el precepto dedicado a la contratación pública, el artículo 38.3; si bien, en este caso se refiere a aquellas empresas que hayan adoptado medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, a lograr la igualdad de oportunidades entre

¹¹⁶ Que vela por la no discriminación por razón del territorio.

¹¹⁷ Nuevamente con esa expresión concibe la preferencia como un derecho de la empresa que lo obtiene y no una posibilidad o facultad de la Administración contratante.

mujeres y hombres y a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, sin mencionar el «Distintivo de excelencia». Aunque en el artículo 44, que se refiere al mismo, se dice, con carácter general y sin mencionar la preferencia, que este será valorado a los efectos de contratos administrativos, concursos públicos, ayudas y subvenciones.

Más recientemente, la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, en su artículo 30.2, referente a la contratación, recoge también esta posible preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan la marca de excelencia –cuya creación se prevé en el art. 55 de dicha norma¹¹⁸–, o desarrollen medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades y las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, y todo ello, sin perjuicio de lo establecido en el apartado primero de la ya mencionada disposición adicional sexta de la LCSP, hoy disposición adicional cuarta, apartado 2, del actual TRLCSP.

En general, por tanto, debe advertirse que la LOI prevé la preferencia en la adjudicación de contratos siempre que se iguale la oferta más ventajosa conforme a los criterios establecidos en el correspondiente baremo; previsión que al incluirse en el artículo 34 se refiere exclusivamente a los contratos de la Administración General del Estado, y que se concibe como una posibilidad del órgano de contratación que en su caso lo determinará en los pliegos.

No obstante, algunas normas autonómicas se han hecho eco de esta preferencia para la contratación de la respectiva Administración autonómica, no obstante, suelen vincularla, aunque no de forma exclusiva¹¹⁹, a la obtención de la marca de excelencia correspondiente, lo que a mi juicio en ocasiones puede suponer una discriminación por razón del territorio contraria a las reglas de contratación de la Unión Europea, por lo que se considera que lo adecuado sería conceder la preferencia también a empresas que cuenten con otros distintivos similares y no solo el propio de dicha comunidad autónoma, más aún si, por ejemplo, se cuenta con el nacional. Es más, algunas de ellas lo mencionan precisamente entre las facultades y derechos de las empresas que lo obtengan sin contar necesariamente con un precepto dedicado a la contratación, que sea quizá precisamente lo que lleva a no haber tenido en cuenta todas las posibles implicaciones desde la perspectiva del Derecho de contratos.

Destaca el supuesto gallego, ya que a diferencia de otras normas y, en particular, la estatal, lo concibe no como una posibilidad del órgano de contratación sino de un auténtico derecho del licitador que cuenta con el distintivo autonómico que, incluso, puede hacer valer aunque no esté previsto en los pliegos.

¹¹⁸ A este respecto, destaca lo establecido en el apartado 5 de dicho precepto, al decir que: «La concesión de la Marca de Excelencia en Igualdad afectará exclusivamente a los centros de trabajo que la empresa tenga en nuestra comunidad autónoma, sin perjuicio de los distintivos análogos que puedan ser concedidos por otras Administraciones públicas».

¹¹⁹ Valga de ejemplo de lo contrario la Ley de Igualdad de Castilla-La Mancha.

C) *Condiciones especiales en la ejecución del contrato*

Ya en fase de cumplimiento del contrato y, por tanto, no en cuanto a la selección ni adjudicación del mismo, se prevé, tanto en el TRLCSP como en la LOI, la posibilidad de introducir condiciones especiales en la ejecución del contrato, y debe recordarse que tanto el artículo 118 del TRLCSP como el anteriormente analizado artículo 150, tienen carácter básico y, por tanto, son aplicables a todas las Administraciones públicas. Precisamente, no debe olvidarse que esta previsión se incluye expresamente en la Directiva 2004/18/CE y que en la Comunicación (2001) 566 final, la Comisión Europea insistió en la idoneidad de las condiciones especiales en la ejecución para incorporar objetivos sociales en la contratación y utilizar esta como vía de fomento de los mismos.

En concreto, el artículo 118 del TRLCSP menciona la posibilidad que tienen los órganos de contratación de establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. En particular, dicho precepto menciona la referencia a las consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

Es decir, entre las consideraciones que se pueden tener en cuenta para introducir y, por tanto, exigir al futuro contratista (como una serie de condiciones especiales en la ejecución del contrato), se encuentra expresamente la mención al empleo de personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, y el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, de tal modo que las citadas condiciones pueden ir referidas a la consecución de esa igualdad de género real y efectiva; y destacando que la previsión de esta norma se refiere de forma directa a este objetivo social en concreto, es decir, al de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

No obstante, como ya se ha dicho, no se trata de una medida de fomento, es decir, no es voluntaria para el empresario, sino que si quiere ser adjudicatario del contrato y con ello contratista de la Administración, habrá de comprometerse a adoptar las medidas que esas condiciones especiales requieran o en caso contrario y de no cumplirlas, no solo se podrá resolver —en su caso¹²⁰— el contrato por parte de la Administración, sino que también y de forma expresa en el párrafo segundo del artículo 118 del TRLCSP, se prevé la posibilidad de que en los pliegos se establezcan penalidades por incumpliendo de dichas condiciones, e incluso que en el caso de que ese incumplimiento no se haya tipificado como causa de resolución del contrato, el mismo pueda ser considerado en los pliegos o en el contrato como infracción grave a efectos del artículo 60.2 e) del mismo texto legal, es

¹²⁰ En concreto, si se ha establecido como una obligación contractual esencial [art. 223 f) TRLCSP], o bien cuando se establezca expresamente en el contrato, tal y como determina la letra h) del citado artículo 223.

decir, como una causa de prohibición de contratar con la Administración, tema este que también resulta interesante, como ya se ha señalado con anterioridad.

En conclusión, esta primera previsión del artículo 33 de la LOI se refiere a la ejecución de los contratos que celebre la Administración y la posibilidad de imponer en la misma –siempre que ello estuviera previamente previsto en el anuncio, pliegos o contrato– ciertas condiciones especiales, que bien podrían referirse a aquellas que estén encaminadas a la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo ¹²¹.

Igualmente es preciso matizar que el artículo 34.1 de la misma norma se refiere también a esta posibilidad pero ya referida en exclusiva a los contratos de la Administración General del Estado y, en particular, a que anualmente el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de esta Administración y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo.

Por supuesto, también algunas de las normas de igualdad a nivel autonómico fijan esta posibilidad, es el caso de la Ley canaria (Ley 1/2010) ¹²², la Ley andaluza (Ley 12/2007) ¹²³, la Ley de Castilla-La Mancha (Ley 12/2010) ¹²⁴, o la Ley extremeña (Ley 8/2011) ¹²⁵, entre otras.

D) *La resolución del contrato*

La última fase de los contratos es la extinción que puede deberse al cumplimiento de las prestaciones o a su resolución por concurrir alguna de las causas que pueden dar lugar a la misma. Pues bien, a este respecto, cabe destacar la mención que el ya analizado artículo 118 del TRLCSP hace a este tema, puesto que cuando se hace eco de las condiciones especiales en la ejecución de los contratos, menciona expresamente que puede en el pliego concederse a las mismas el carácter de obligaciones esenciales del contrato a efectos del artículo 223 del TRLCSP, es decir, cuyo incumplimiento es causa de resolución, de acuerdo con la letra f) de dicho precepto.

¹²¹ Por ejemplo, la ya mencionada instrucción del Ayuntamiento de Avilés para introducir en la contratación estos aspectos sociales, menciona en su Anexo II, referente a las condiciones especiales de ejecución, en relación con la igualdad entre mujeres y hombres, en su letra D), lo siguiente: «La adjudicataria estará obligada a establecer medidas de favorecimiento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas adscritas a la ejecución del contrato conforme establece la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Las empresas con más de 250 trabajadores/as deberán además acreditar el diseño y aplicación efectiva del plan de igualdad previsto en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres», y en la letra E) Subrepresentación de mujeres: «En aquellos sectores de actividad en los que las mujeres se encuentren subrepresentadas se exigirá el compromiso de contratar para la ejecución del contrato a un porcentaje superior en cinco puntos al porcentaje medio recogido por género y rama de actividad en la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para el sector correspondiente».

¹²² Artículo 13.1.

¹²³ Artículo 12.1.

¹²⁴ Artículo 38.2.

¹²⁵ Artículo 30.1.

E incluso con anterioridad en ese artículo se prevé también la posibilidad de que en el pliego se fijen penalidades por incumpliendo de esas condiciones especiales de ejecución del contrato, remitiéndose a estos efectos al artículo 212.1 de la misma norma, que es el encargado de regular esas penalidades, como ya se ha dicho.

No obstante, también debe mencionarse, aunque no se refiere expresamente a ello el artículo 118, la posibilidad de ser causa de resolución por vía del artículo 223 h), es decir, por haberse establecido así expresamente en el contrato. En todo caso, parece lógico que se vincule el incumplimiento de esas condiciones a la posible resolución del contrato, pues ello las hará sin duda más operativas.

2. La vía de las subvenciones públicas como fomento de la igualdad de género

Como ya se ha adelantado, otra de las vías que la LOI establece para el fomento de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres es la de las subvenciones públicas, figura esta que es precisamente la más característica de la actividad de fomento de la Administración ¹²⁶.

Si la Unión Europea ha tenido una política totalmente restrictiva de las subvenciones y, en general, de toda ayuda que pudiera distorsionar la libre competencia en el mercado único europeo, respecto de aquellos sectores que precisamente se han abierto a dicha competencia por medio de los diversos procesos de liberalización (gas, electricidad, servicio postal, ferroviario, telecomunicaciones, etc.), muy al contrario en ámbitos que desea potenciar, como es, por ejemplo, el desarrollo rural, no solo no parte de esa prohibición general de ayudas del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sino que ella misma cuenta con importantes programas de ayudas como son los fondos FEDER; pues bien, en este caso se encuentra precisamente la igualdad de género que desde las instancias europeas se busca fomentar, consciente de la desigualdad real que aún existe.

De tal modo que no solo no están vedadas sino que existe todo un programa de ayudas europeas. Sin embargo, el papel de las subvenciones no se limita a dar ayudas directamente para conseguir esa igualdad real y efectiva, sino que desde otro punto de vista y de forma similar al tema de la contratación, de lo que se trata en el artículo 35 de la LOI es de introducir la posibilidad de que las Administraciones públicas incorporen en las bases reguladoras de sus subvenciones, la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes, mencionando, expresamente, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad previsto en el artículo 50 de la misma ley.

Es decir, no se trata de dar una subvención para estudiar el tema de igualdad, sino de introducir a la hora de dar subvenciones para cualquier otra materia –y por efecto, sin duda, del carácter transversal–, la posibilidad de valorar medidas o cuestiones relacionadas con la igualdad, es decir, al

¹²⁶ En cuanto a su estudio, destacar a FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005.

igual que con los contratos se trata de incorporar en la adjudicación de las subvenciones ese criterio a valorar, aunque con la diferencia de que aquí ni siquiera se exige, a diferencia de la contratación, que el objeto a subvencionar tenga relación alguna con el tema de la igualdad –lo que sí es necesario cuando se trata de un contrato administrativo, de acuerdo con la LCSP, como se ha visto–, y se refiere a introducirlo en el baremo, no así respecto de la preferencia ante la misma puntuación ¹²⁷.

De hecho, dicho precepto en su párrafo primero dice que las Administraciones públicas en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases puedan incluir esa valoración ¹²⁸.

Sin embargo, hay comunidades autónomas que lo prevén respecto de toda subvención y, por tanto, sin esa limitación a los ámbitos en que se aprecie una desigualdad, es el caso de la Ley andaluza, si bien prevé la posible excepción cuando la naturaleza de la subvención o de las entidades solicitantes lo justifiquen ¹²⁹; similar previsión se contiene en la Ley 1/2010, de Canarias ¹³⁰, aunque añade a las posibles excepciones no solo que se justifique en la naturaleza de la subvención o de las entidades sino también por el origen y objetivo que motiva la petición de la subvención, en todo caso, se trata en ambos supuestos de conceptos jurídicos indeterminados nada fáciles de precisar con carácter general, por lo que será necesario analizar cada supuesto concreto para apreciar la concurrencia o no de los supuestos de hecho de estas excepciones; igualmente ha de tenerse en cuenta el artículo 31.1 de la Ley extremeña, el ya mencionado artículo 44 de la Ley de Castilla-La Mancha, o el artículo 9 de la Ley asturiana.

3. Otras medidas de fomento: en particular el distintivo «Igualdad en la Empresa»

La LOI a lo largo de su articulado prevé distintos mecanismos para fomentar que la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres alcance a ser real y efectiva, alguno ya se ha mencionado, como los relativos a la materia de contratación y subvenciones; otro, por ejemplo, es el apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad (art. 49), etc. No obstante, aquí cabe destacar el distintivo de «Igualdad en la Empresa», previsto en el artículo 50 y desarrollado por el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula su concesión y utilización, y cuya primera convocatoria se produjo por la Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo, por la que se convoca el procedimiento para la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa» correspondiente al año 2010, y se

¹²⁷ Las diferencias con la contratación son evidentes, como lo son las razones, y es que en este caso se trata de utilizar instrumentalmente no la compra de obras, servicios o suministros, sino las medidas de fomento por excelencia, es decir, las subvenciones.

¹²⁸ Por lo que a esta cuestión se refiere, véase, por ejemplo, MORENO MOLINA, A.M., «Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Coords.), *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 201-222.

¹²⁹ Así, se determina en su artículo 13.1.

¹³⁰ Artículo 14.1.

establecen sus bases reguladoras¹³¹, y se resolvió mediante la Orden SPI/3138/2010, de 26 de noviembre. También cabe destacar la Orden SPI/1292/2011, de 17 de mayo, por la que se crea el Registro de las empresas con distintivo «Igualdad en la Empresa».

Este distintivo, al igual que otros similares que han previsto ya algunas comunidades autónomas, como ya se ha visto, destacadamente Galicia, que dedica una atención pormenorizada a la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad¹³², es un distintivo honorífico, que implica que la empresa que lo obtenga cuente con una serie de beneficios y persigue incentivar a las empresas para que adopten medidas en materia de igualdad de género.

Es preciso recordar, antes de entrar de lleno en la regulación de este distintivo, que dentro de los modos de intervención de la Administración en la esfera del administrado se encuentra la de fomento, que es la aquí analizada, pero que a su vez en el seno de la misma hay medidas de fomento económicas, como las subvenciones, jurídicas, como la protección por la inscripción en el registro oportuno cuando se trata de aguas continentales, u honoríficas, como son los títulos, premios no remunerados o el distintivo de la LOI, si bien conlleva una serie de ventajas que pueden tener cierta repercusión económica.

Así, el artículo 50 de la LOI encomienda al entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ahora Ministerio de Trabajo e Inmigración, la competencia para crear un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, distintivo que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios.

Y aunque la LOI remite al desarrollo reglamentario tanto la denominación, condiciones de concesión, etc, el cual se ha realizado por el Real Decreto 1615/2009, lo cierto es que ya adelanta que para la obtención del mismo las empresas presentarán balance de los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados.

Igualmente concreta ya la LOI que entre otros criterios se tendrán en cuenta la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.

Finalmente, el citado artículo 50 menciona la necesidad de controlar que se mantengan los parámetros que dan lugar a la concesión del distintivo y la retirada del mismo en caso de incumplimiento.

Ya desde este momento queda claro que lo que se persigue con ello es que las empresas de forma voluntaria adopten esas medidas tendentes a la igualdad de género, por ejemplo, aquellas que no tengan obligación conforme a la LOI de aprobar plan de igualdad pueden verse motivadas a hacerlo.

¹³¹ Boletín Oficial del Estado de 9 de abril de 2010.

¹³² En particular, a ello dedica los artículos 16 a 20.

Como ya se ha avanzado, este distintivo se ha regulado por el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, que entre otras cosas denomina al mismo como «Igualdad en la Empresa».

Por lo que al régimen de este distintivo se refiere, cabe señalar ciertas cuestiones, en primer lugar, que dicho real decreto prevé una serie de requisitos que cualquier empresa de capital público o privado que ejerza su actividad en el territorio español ha de tener para poder solicitar del entonces Ministerio de Igualdad ¹³³ tal distintivo; así, ha de estar inscrita en la Seguridad Social y cuando proceda habrá de estar también formalmente constituida e inscrita en el registro público que corresponda; debe encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de la Seguridad Social; no puede haber sido sancionada en los tres años anteriores a la solicitud, con carácter firme, por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación o por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 ¹³⁴, de 4 de agosto; haber iniciado la implantación de un plan de igualdad, en aquellos supuestos en que la empresa esté obligada a su implantación por imperativo legal o convencional. En los demás supuestos, haber iniciado la implantación de un plan de igualdad o de políticas de igualdad; y contar con un compromiso explícito en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo, la organización y funcionamiento interno de la empresa, y la responsabilidad social ¹³⁵.

A este respecto llama poderosamente la atención que en lugar de fomentar aquella actuación de los empresarios, que es lo propio de una medida como esta, realmente y en algún caso, parece que lo que se pretende es incentivar el cumplimiento de las obligaciones que impone la LOI, pues no resulta muy acorde con el carácter voluntario de estas medidas que puedan solicitarlo aquellas empresas que estando obligadas, conforme al artículo 45.2 de la LOI ¹³⁶, a tener plan de igualdad, puedan hacerlo solo habiéndolo iniciado.

Estos son requisitos para poder solicitarlo, mientras que el artículo 10 del real decreto prevé los criterios de valoración, que distingue en tres tipos, siempre teniendo en cuenta las precisiones que en cada convocatoria, que será anual ¹³⁷, se haga. Y señalando con carácter general que la evaluación habrá de atender especialmente a la implantación y resultados de las medidas contenidas en los planes de igualdad o en las políticas de igualdad, su carácter integral, la aplicación de medidas de acción positiva y el establecimiento de procedimientos y criterios de evaluación periódica del plan de igualdad o de las políticas de igualdad de la empresa.

¹³³ Recuérdese que en la actualidad tal Ministerio ha sido suprimido, pasando sus funciones a la Dirección General de Igualdad de Oportunidades dentro del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

¹³⁴ De modo similar a las prohibiciones para contratar del artículo 60.1 c) del TRLCSP.

¹³⁵ Este compromiso deberá acreditarse por escrito y haberse hecho público.

¹³⁶ En cuanto a esta obligación véase, por ejemplo, FABREGAT MONFORT, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, Albacete, 2007.

¹³⁷ Así, en la primera convocatoria, llevada a cabo mediante la Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo, por la que se convoca el procedimiento para la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa» correspondiente al año 2010, y se establecen sus bases reguladoras.

Así, habla de aspectos generales relativos al plan de igualdad o las políticas de igualdad; los aspectos referentes al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo; y los propios del modelo organizativo y a la responsabilidad social de las empresas.

Además, dentro de cada uno de estos tipos de aspectos se enumera una serie de ellos, así, por ejemplo, en el primer grupo se encuentran los siguientes: la claridad y rigor en el diseño de las medidas que integren el plan de igualdad, o las políticas de igualdad en la definición de los objetivos que persiguen y de los medios para su implantación y desarrollo; la adecuación del plan o de las políticas de igualdad al objetivo de hacer frente a las discriminaciones por razón de género en el conjunto de la empresa de forma integral; la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas que integren el plan de igualdad o las políticas de igualdad, atendiendo al equilibrio entre los objetivos, los medios y los plazos establecidos; la posible coordinación con las actuaciones similares desarrolladas por otras empresas, especialmente, en el mismo sector o sectores de actividad; la implicación tanto de los representantes del personal como del conjunto de la plantilla en el compromiso empresarial en materia de igualdad; la participación de los representantes del personal, si la hubiere, y de la plantilla en su conjunto, tanto en el diagnóstico, como en el diseño de las medidas que integren el plan de igualdad o las políticas de igualdad, y su control y evaluación; la participación en el diagnóstico, diseño, implantación y evaluación del plan de igualdad o de las políticas de igualdad de personas con cualificación especializada en igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales; la constitución de comités o comisiones específicas para velar por el desarrollo del plan de igualdad o las políticas de igualdad; el compromiso de la alta dirección de la empresa con la consecución de la igualdad real y efectiva; el diseño, implantación y evaluación de medidas de acción positiva contra las discriminaciones; y la adopción de medidas innovadoras que contribuyan efectivamente a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación entre mujeres y hombres.

Por lo que a los aspectos relativos al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo se refiere, incluye los siguientes: la desagregación por sexo de los datos relativos al conjunto del personal que integra la empresa, por edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos, categorías o puestos de trabajo y su evolución en los últimos años; la desagregación por sexo de los datos relativos a la retribución del personal que integra la empresa, por edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos, categorías o puestos de trabajo y su evolución en los últimos años; la aplicación de criterios de acceso al empleo y de promoción profesional adecuados al principio de igualdad y no discriminación, que no den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta; la aplicación de sistemas y criterios de clasificación profesional y de retribución que permitan eliminar y prevenir las situaciones de discriminación directa o indirecta; el establecimiento de medidas de organización del tiempo de trabajo (jornada y horarios, turnos, vacaciones, entre otras) que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar o el establecimiento de otras medidas con la misma finalidad, entre ellas, las relativas a las mejoras y beneficios sociales, al teletrabajo o a la movilidad geográfica; la puesta en marcha de una oferta formativa que permita corregir las carencias de cualificación de las mujeres así como facilitar su acceso a puestos de trabajo en que se encuentran subrepresentadas, especialmente aquellos de mayor responsabilidad, diversificación, creatividad y remuneración; la implantación de medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo: códigos de conducta, protocolos de actuación para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que se puedan formular en materia de acoso y sensibilización y formación de los trabajado-

res y trabajadoras y sus representantes; el establecimiento de políticas de prevención de riesgos laborales avanzadas e innovadoras, en especial en lo relativo a la maternidad, paternidad y lactancia; la presencia de mujeres en los diferentes ámbitos de toma de decisiones en la empresa; la presencia de mujeres, entre otros, en puestos de trabajo de alto contenido tecnológico, técnico y científico; la implantación de medidas de revisión de los diferentes ámbitos de las relaciones laborales orientadas al logro de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, tales como el absentismo laboral y su posible penalización, los procedimientos de solución de conflictos, políticas de formación, políticas de prevención de riesgos profesionales, compromisos relativos a la calidad del empleo, mantenimiento y restructuración de la plantilla, mejoras y beneficios sociales, entre otros; y la efectiva difusión y garantía de los derechos y facultades relativos al plan de igualdad o a las políticas de igualdad y, en especial, a los mecanismos de tutela contra la discriminación.

Finalmente, el tercer tipo de aspectos se refiere al modelo organizativo y a la responsabilidad social de las empresas, en cuyo grupo se incluyen los siguientes criterios: la información, formación y sensibilización en igualdad y no discriminación, tanto para el conjunto de la empresa como para ciertos grupos o perfiles profesionales; la existencia de agentes, responsables o unidades de igualdad, en los ámbitos de organización y dirección, o en otros ámbitos de las relaciones laborales; la incorporación de medidas de gestión de la diversidad; el diseño y las líneas de producción que contribuyan a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación; la política de imagen de la empresa, el uso del lenguaje y la publicidad no sexistas que contribuyan a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación; la implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social; la integración del compromiso con la igualdad efectiva en las relaciones con terceros (proveedores, clientes, usuarios, contratistas y subcontratistas, integrantes de un grupo de empresas, entre otros); y cualesquiera otros aspectos que contribuyan especialmente a la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Como ya se ha mencionado, el distintivo se convocará anualmente y la Comisión que lo concederá y que estará constituida de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto 1615/2009, se integra en el entonces Ministerio de Igualdad, ahora en el órgano correspondiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el cual es propietario, tal y como establece el artículo 3 del Real Decreto 1615/2009, del logotipo y nombre del distintivo.

Sin embargo, sorprende que la primera convocatoria de este distintivo que se ha llevado a cabo mediante la Orden IGD/869/2010, de 30 de marzo, por la que se convoca el procedimiento para la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa» correspondiente al año 2010, y se establecen sus bases reguladoras, a la hora de fijar los criterios de valoración en su artículo 7 se haya limitado a decir que la Comisión comprobará el cumplimiento de los requisitos para concurrir a la convocatoria, tanto los de carácter general como los establecidos por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en relación con la implantación de planes y políticas de igualdad y evaluará las solicitudes presentadas que cumplan dichos requisitos atendiendo a los criterios de valoración establecidos en el artículo 10 del Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre.

Señalando también que para una adecuada aplicación de los criterios de valoración y a efectos de verificación de la implantación de los distintos factores en cada una de las empresas solicitantes, podrán realizarse reuniones y entrevistas en el ámbito de la entidad solicitante. Y que estas entidades deberán facilitar cuantas diligencias, actuaciones de comprobación o peticiones de información complementaria sean propuestas por la Comisión evaluadora. De no hacerlo así, y de no resultar posible verificar los aspectos relacionados con los criterios establecidos en el artículo 10 del Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por causa imputable a la entidad solicitante, esta circunstancia determinará la imposibilidad de valorarlos a los efectos previstos en esta convocatoria.

Igualmente llama la atención, en la regulación realizada en el Real Decreto 1615/2009, la fijación expresa del silencio positivo y la previsión para resolver de un plazo de 6 meses, dado que en caso de no haberse establecido las reglas serían las propias de la Ley 30/1992, que si bien es cierto que como regla general establece el silencio estimatorio, puede suponer un peligro su concesión por el hecho de no haber resolución expresa en plazo¹³⁸, dado que transcurrido el mismo se adquiere el distintivo, que en caso de no contar con los requisitos para ello sería nulo, pero que para privarle del mismo requeriría la revisión de oficio que, recuérdese, precisa intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente.

Aunque anualmente debe presentarse informe, el distintivo tiene una duración de tres años, pasados los cuales pueden pedirse prórrogas, que serán también por tres años y que requerirán el mismo procedimiento, requisitos y obligaciones que la para concesión inicial.

Como es habitual en todo procedimiento administrativo, también se prevé la renuncia y suspensión voluntaria, pero igualmente ciertos incumplimientos o circunstancias sobrevenidas pueden conllevar la suspensión (art. 17 RD 1615/2009) e incluso la revocación (art. 18 RD 1615/2009).

Otra cuestión a destacar de este distintivo es precisamente la referente a las ventajas o beneficios que se obtienen por aquella empresa a la que se le conceda el mismo, así como las obligaciones que este implica.

Así, por lo que a las facultades se refiere, el artículo 11 del Real Decreto 1615/2009 incluye básicamente dos tipos de beneficios, aunque distribuidos en varios aspectos. Así, de un lado, pueden mencionarse los referentes a cuestiones de tipo más honorífico, como es la entrega en acto público por el entonces Ministerio de Igualdad –hoy Dirección General de Igualdad de Oportunidades del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad– del certificado y una placa acreditativos del distintivo, o el uso del mismo en el tráfico comercial y con fines publicitarios, así como la publicidad y difusión institucional por parte del entonces Ministerio de Igualdad de las empresas que hayan obtenido el distintivo en materia de igualdad y de las políticas de igualdad aplicadas por las mismas; mientras que en un segundo tipo de carácter más jurídico en el sentido de obtener un beneficio de este tipo, se encuentra la valoración del mismo a efectos de subvenciones públicas, lo que enlaza con

¹³⁸ Por lo que al plazo se refiere es de tres meses en la Ley 30/1992, ampliándose aquí a seis, lo que parece oportuno teniendo en cuenta además las posibles consecuencias del silencio.

lo ya explicado respecto al artículo 35 de la LOI y las leyes autonómicas correspondientes, y en este caso se refiere a la inclusión en las bases de este aspecto; así como la consideración del mismo en la adjudicación de contratos de la Administración, es decir, lo ya señalado respecto al artículo 34.2 de la LOI y algunas normas de las comunidades autónomas, que se refiere a la posibilidad de introducir la preferencia de estas empresas cuando han igualado la proposición más ventajosa respecto del resto de criterios objetivos del baremo, advirtiéndose en este caso la necesidad de mantener los parámetros que dan lugar a su concesión durante el plazo fijado en la adjudicación.

Dentro de las posibles ventajas que en este tipo de distintivos pueden adquirir las empresas que lo obtengan, debe recordarse el supuesto particular de la Marca Gallega de Excelencia en Igualdad, que concibe, como ya se ha dicho, la preferencia en adjudicación de contratos de la comunidad autónoma no como una posibilidad a establecer en los pliegos por el órgano de contratación, sino como un verdadero derecho de la empresa que puede hacerlo valer incluso si no ha sido previsto en los pliegos ¹³⁹.

No obstante, esta concesión también implica obligaciones, las cuales están determinadas por el artículo 11 del Real Decreto 1615/2009, que, en concreto, exige que estas empresas han de promover activamente la igualdad efectiva de mujeres y hombres, especialmente en el cumplimiento y mejora de las medidas que integran el plan de igualdad, o las políticas de igualdad, que justifiquen la concesión del distintivo.

De otro lado, el uso del distintivo implica que el mismo debe reproducir con exactitud el logotipo original que se determine, en los colores y tipos de letra indicados –el logotipo se determina por orden del entonces Ministerio de Igualdad ¹⁴⁰, y en particular se hizo por Orden IGD/3195/2009, de 12 de noviembre–; deberá ir asociado dicho distintivo, en todo caso, al nombre de la empresa distinguida con indicación del año de concesión; además, su empleo debe ajustarse a los plazos de vigencia, prórrogas, suspensión, etc., fijados en el real decreto, así como a la normativa aplicable, en particular, en materia de publicidad.

A estas obligaciones el artículo 12 añade otra, como es la presentación de informe anual a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, en el que han de reflejarse las actuaciones implantadas y los efectos de las mismas en el marco de los planes de igualdad o de las políticas de igualdad cuya valoración justificó la concesión.

Finalmente, cabe señalar a este respecto, que las más recientes leyes de igualdad autonómicas recogen un distintivo similar al estatal pero referido a su ámbito territorial, es el caso de la ya mencionada Marca Gallega de Excelencia en Igualdad ¹⁴¹, la Marca de Excelencia en Igualdad de la Ley Andaluza ¹⁴², la Marca de Excelencia Canaria en Igualdad ¹⁴³, la Marca Asturiana de Excelencia en

¹³⁹ Artículo 19.1 de la Ley del Trabajo en Igualdad de las Mujeres de Galicia (Ley 2/2007, de 28 de marzo).

¹⁴⁰ Actualmente la Dirección General de Igualdad de Oportunidades del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

¹⁴¹ Artículos 16 a 20 de la Ley gallega 2/2007, de 28 de marzo.

¹⁴² Artículo 35 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

¹⁴³ Artículo 39 de la Ley 1/2010, de 26 de febrero.

Igualdad ¹⁴⁴, la Marca de Excelencia en Igualdad de Extremadura ¹⁴⁵, o el Distintivo de Excelencia de Castilla-La Mancha ¹⁴⁶.

VI. CONCLUSIONES

Tras lo expuesto no cabe más que afirmar que, sin ninguna duda, la Administración es uno de los poderes públicos a los que el artículo 9.2 de la CE dirige el mandato de promover las condiciones de igualdad del individuo y grupos, mandato que se concreta en gran medida en la LOI, de la cual se deduce indefectiblemente que no solo está obligada a ello sino que además su papel en la consecución de esa igualdad real y efectiva es preponderante.

Y ello porque además del citado mandato constitucional, la Administración tiene una presencia constante en la esfera jurídica del administrado en la que incide de forma diversa según las actividades clásicas de esta: policía, fomento y servicio público. Incidencia que se traslada en este estudio al tema de la igualdad de género, analizando y exponiendo a lo largo de las líneas previas, los principales medios de los que dispone para promover esa igualdad y las medidas más relevantes a que a tales efectos puede adoptar –especialmente de fomento–, así como los límites que la normativa le impone y que la jurisprudencia ha concretado –destacando el TC–, al respecto y muy particularmente a las debatidas acciones positivas.

¹⁴⁴ Artículo 40 de la Ley 2/2011, de 11 de marzo.

¹⁴⁵ Artículo 55 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo.

¹⁴⁶ Artículo 44 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre.