

La discriminación por omisión de acciones positivas

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 134/2021, de 24 de febrero**

Santiago García Campá

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I*

Extracto

La Sentencia 134/2021, de 24 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, anula el apartado tercero.2 b) del anexo III de la Resolución del consejero de Educación de 1 de agosto de 2018, por la que se convocaba el programa de subvenciones públicas a la investigación y la innovación en la Comunidad Valenciana. La resolución examina la disposición cuestionada a la luz de ciertos datos estadísticos procedentes de convocatorias anteriores, que mostraban una situación de desigualdad de hecho de las investigadoras tanto en la solicitud como en la obtención de la subvención regulada por dicho apartado, y estima que su redacción incumplió la prescripción contenida en el artículo 11 de la Ley orgánica 3/2007, que regula las acciones positivas en favor de las mujeres, y, como consecuencia de dicha omisión o inacción, incurrió en una discriminación indirecta, prohibida por el artículo 6.2 de la citada ley orgánica, que justifica la declaración de nulidad del apartado impugnado.

Palabras clave: discriminación indirecta; acción positiva; omisión; nulidad; subvenciones.

Cómo citar: García Campá, Santiago. (2021). La discriminación por omisión de acciones positivas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 134/2021, de 24 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459, 255-262.

Discrimination by omission of affirmative actions

Commentary on the judgment of the Superior Court of Justice of the Valencian Community, Administrative Chamber, 134/2021, of February 24

Santiago García Campá

Abstract

Judgment of the Superior Court of Justice of the Valencian Community 134/2021, of February 24, of the Administrative Chamber, annuls the third section 2 b) of annex III of the Resolution of the Regional Government, of August 2018, with the program of public grants for research and innovation in the Valencian Community. The resolution examines the questioned section in light of certain statistical data from previous calls, which showed a situation of de facto inequality of the women researchers both in the application and in obtaining the grant regulated by said section, and considers that its wording failed to comply with the prescription contained in article 11 of Organic Law 3/2007, which regulates affirmative actions in favor of women, and, as a consequence of said omission or inaction, produced indirect discrimination, prohibited by article 6.2 of the aforementioned organic law, which justifies the declaration of invalidity of the contested section.

Keywords: indirect discrimination; affirmative action; omission; nullity; grants.

Citation: García Campá, Santiago. (2021). Discrimination by omission of affirmative actions. Commentary on the judgment of the Superior Court of Justice of the Valencian Community, Administrative Chamber, 134/2021, of February 24. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459, 255-262.

1. Marco normativo

En esta contribución se entabla un diálogo con la [Sentencia 134/2021, de 24 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana](#).

La sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Enseñanza de CC. OO. contra la Resolución del consejero de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, de 1 de agosto de 2018, por la que se convocaban para el ejercicio 2019 las subvenciones del Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunidad Valenciana. La resolución se dictó en aplicación de la [Orden 86/2016, de 21 de diciembre](#), de la Consejería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa para la promoción de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunidad Valenciana. Es preciso subrayar que esta disposición fue modificada por la [Orden 37/2017, de 26 de septiembre](#), en los términos que más adelante se verán.

El recurso pedía la declaración de nulidad únicamente del apartado tercero.2 b) del anexo III de la convocatoria, dedicado a financiar la contratación de personal de investigación para apoyar proyectos de investigación en curso dirigidos por personal investigador con al menos dos sexenios de investigación (Programa Santiago Grisolia). La petición se fundamentaba jurídicamente en la vulneración del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, con base en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución española (CE), en el plano constitucional, y en los artículos 3, 4, 5, 6, 10 y 56 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), en el plano legal.

2. Breve referencia al supuesto de hecho

La resolución recurrida contenía quince convocatorias de subvención a la investigación, reguladas de forma separada mediante el mismo número de anexos. En el anexo III, bajo la denominación de Programa Santiago Grisolia, se establecían subvenciones destinadas a financiar nuevas contrataciones. Las personas que solicitaran la concesión de esta ayuda económica dirigida a incrementar el personal dedicado a su proyecto de investigación debían adjuntar, según su apartado tercero.2 b), «Documento con los resultados científicos en materia de investigación de la persona solicitante del proyecto en los últimos 6 años».

La solicitud de nulidad de la resolución se circunscribe únicamente a la redacción contenida en esta letra. Según el sindicato actor, incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo. Las razones alegadas para justificar esta calificación jurídica son fundamentalmente dos:

- Es un hecho contrastado que son las mujeres quienes mayoritariamente interrumpen su desarrollo profesional, también en el campo de la investigación. Este hecho se pretende acreditar con tres informes oficiales: el Informe sobre la violencia de género del Consejo General del Poder Judicial, del tercer trimestre de 2018; los Anuarios 2016 y 2017 de estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en relación con las prestaciones por maternidad; y el Informe del IMSERSO sobre cuidado de mayores, atendidos por mujeres en un 84 %. El sindicato también aporta un cuadro con las ayudas concedidas en el Programa Santiago Grisolia en los años 2013 a 2018, desagregadas por sexo, con un número mucho mayor de beneficiarios hombres en todos los años.

Sobre la base de la anterior constatación, exigir un único intervalo temporal para acreditar los méritos científicos que van a tenerse en cuenta para conceder las subvenciones sitúa a las investigadoras en desventaja respecto de sus colegas investigadores, pues las posibles interrupciones en que hayan incurrido como consecuencia de la maternidad o el cuidado de personas dependientes reducirán sus méritos necesariamente. En consecuencia, la disposición cuestionada debería prever la ampliación del intervalo temporal señalado a quienes durante dicho periodo hubieran interrumpido sus tareas investigadoras por tales motivos, al menos si no se quiere que el resultado de su aplicación sea discriminatorio.

- La propia resolución contempla esta regla especial que admite ampliar el periodo para cumplir los requisitos para acceder a otras ayudas, como las destinadas a personal investigador predoctoral (anexo I) y posdoctoral (anexo IV), realización de proyectos I+D+i (anexo IX), grupos de investigación consolidables (anexo X), grupos de investigación de excelencia (anexo XI) y excelencia científica de investigadores *juniors* (anexo XII). Tratándose de supuestos de hecho análogos, no se comprende el motivo por el que se omite esta regulación en el anexo III de la convocatoria.

La abogacía de la Generalitat se opuso al recurso tras sostener que la resolución impugnada era conforme a derecho. Las razones jurídicas para sostener su posición fueron fundamentalmente dos:

- La [Orden 86/2016](#) fue modificada por la consejería a través de la [Orden 37/2017](#) precisamente para atemperar los requisitos exigidos para poder acceder a las ayudas en el sentido apuntado por el recurso. Con la modificación, se admitió que pudiera ampliarse el periodo temporal seleccionado en los casos de interrupción temporal por ciertos motivos, principalmente de conciliación (maternidad, paternidad, cuidado de personas dependientes, incapacidad temporal derivada

de enfermedad grave o violencia de género), si bien únicamente para cumplir los requisitos exigidos en la correspondiente convocatoria de ayudas, no en el momento de acreditar los méritos para su concesión. La disposición impugnada no contraviene esta regulación, pues no se aplica a los requisitos para solicitar la ayuda pública, sino a la valoración de los méritos para su concesión.

- Los datos aportados por el sindicato recurrente para sustentar que los hombres reciben en mucha mayor cantidad las subvenciones de la convocatoria impugnada son parciales, pues no se relacionan con el número total de solicitudes presentadas por investigadoras e investigadores. Si se relacionan, se aprecia que las ayudas concedidas oscilan entre el 16 % y el 22 % del total de solicitudes de cada sexo, y que, en algún ejercicio, las investigadoras tienen más éxito que sus compañeros científicos en relación con el volumen de solicitudes que han presentado.

3. Doctrina judicial

La resolución judicial estima el recurso tras considerar que la Administración ha incurrido en una discriminación indirecta porque no ha adoptado las acciones positivas que debería haber establecido en la disposición impugnada, de manera que se declara contraria a derecho y se anula.

Para pronunciar este fallo la resolución se apoya en tres fundamentos jurídicos, los dos primeros estrechamente relacionados.

La resolución enumera de forma consecutiva, aunque con apenas relación entre ellos, los preceptos sobre los que se sostiene: con carácter inicial, el [artículo 9.2 de la CE](#) y, en el plano legislativo, los artículos [5](#), [6](#) y [11](#) de la LOIEMH¹. El [artículo 5](#) está implicado en las condiciones para obtener la subvención cuestionada en la medida en que estas afectan al acceso al empleo y la promoción profesional; dos derechos en los que la igualdad de trato y de oportunidades debe ser garantizada. El [artículo 6.2 de la LOIEMH](#) es el que define en nuestro ordenamiento jurídico la discriminación indirecta por razón de sexo, que es el tipo discriminatorio a que da lugar la regulación impugnada. Finalmente, pero directamente relacionado con el precepto anterior, el [artículo 11 de la LOIEMH](#) regula las acciones positivas, razonables y proporcionadas, a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Según la sala, estas medidas específicas deberían haber sido adoptadas por la Administración y, como no lo han sido, dan lugar a una discriminación indirecta contra las investigadoras.

¹ Debe indicarse que la sentencia no cita el [artículo 11 de la LOIEMH](#) entre los artículos invocados por la recurrente para fundamentar su petición, sin poder determinar si su redacción incurre en una omisión o si se trata de una errata cometida en el momento de enumerarlos.

La [sentencia](#) considera que, en el supuesto enjuiciado, puede constatarse la existencia de una situación patente de desigualdad de hecho respecto de los hombres en el programa de subvenciones impugnado. Para llegar a esta conclusión, emplea ciertos datos que, para una mejor comprensión, se muestran tras haberlos clasificado en la tabla que se inserta a continuación, en la que se ha añadido una columna final con la brecha de género que resulta en cada caso para afianzar las apreciaciones de la sentencia:

Número total de solicitudes, distribución por sexo y brecha de género² en el periodo 2015 a 2018

Año	Total solicitudes	Mujeres	Hombres	Brecha
2015	169	50	119	58%
2016	135	28	101	72%
2017	147	35	147	76%
2018	174	38	136	72%

Nota. Salvo en 2017, en el resto de años la tasa de éxito fue muy superior en las solicitudes presentadas por investigadores hombres.

Fuente: elaboración propia.

La [sentencia](#) contrasta estos datos, de por sí evidentes, con los disponibles sobre el número de estudiantes de universidad egresados, con casi el 60% de mujeres y, en la rama sanitaria, con un incremento hasta el 71%. Como resultado de esta comparación, concluye que existe una discriminación indirecta por razón de sexo que el poder público debe tratar de enmendar, de acuerdo con el [artículo 9.2 de la CE](#), porque así lo impone el [artículo 11 de la LOIEMH](#) al prescribir la adopción de las medidas de acción positiva, razonables y proporcionadas, ante situaciones como la evidenciada.

Por último, la [sentencia](#) considera que el hecho de que la [Orden 86/2016](#), tras su modificación por la [Orden 37/2017](#), admitiera ampliaciones temporales como la argumentada en los requisitos para obtener las ayudas, pero no en la valoración de los méritos expresados con la misma finalidad, ni justifica su imprevisión en la disposición discutida ni, mucho menos, evita su naturaleza discriminatoria, a tenor de los efectos desfavorables que esta puede producir en las investigadoras que las soliciten, como los datos han acreditado.

² La determinación de la brecha de género se obtiene tras aplicar la siguiente fórmula: [(Total de solicitudes presentadas por hombres – Total de solicitudes presentadas por mujeres) / Total de solicitudes presentadas por hombres] x 100.

4. Trascendencia de la doctrina judicial más allá del caso

La [sentencia objeto de comentario](#) cuenta con un interés particular en el campo del derecho antidiscriminatorio español por razón de sexo por dos motivos principales: en primer lugar, porque considera de obligado cumplimiento el contenido del [artículo 11 de la LOIEMH](#) y, en segundo lugar, porque aborda la discriminación por omisión de acciones positivas, un tipo o una categoría que hasta el momento solo había merecido una atención doctrinal discreta, procedente fundamentalmente de la teoría feminista del derecho. Este nuevo tipo discriminatorio se suma a los aplicados en el campo de la desigualdad sexual: la discriminación directa ([art. 6.1 LOIEMH](#)) (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 128/1987, de 16 de julio), la discriminación indirecta ([art. 6.2 LOIEMH](#)) (STC 145/1991, de 1 de julio) y, más recientemente, la discriminación por asociación o refleja (STC 71/2020, de 29 de junio).

La fundamentación judicial se apoya fundamentalmente en dos razonamientos lo suficientemente relevantes como para justificar su examen separado en las líneas que siguen.

En primer lugar, la sentencia considera que el [artículo 11 de la LOIEMH](#) establece una obligación legal, adoptar acciones positivas, que deben cumplir los poderes públicos con ciertos requisitos; en el caso examinado, la Administración que convoca las ayudas a la investigación, pues estima que se trata de una norma de naturaleza prescriptiva. Esta calificación ya constituye un avance sobresaliente, tanto en sede judicial como doctrinal, pues el articulado de la LOIEMH ha sido considerado derecho duro (*hard law*) con carácter general solo por una literatura jurídica minoritaria.

Una vez asentada la premisa anterior –es decir, la existencia de una auténtica obligación legal en el [art. 11 LOIEMH](#)–, la sentencia aborda si la Administración ha incumplido su deber de adoptar acciones positivas. Para determinarlo, examina si existe una situación patente de desigualdad de las mujeres en las ayudas concretas a la investigación recurridas. Como la revisión de los datos acredita tal situación –esto es, la situación de desigualdad de hecho ha quedado patente–, el poder público correspondiente debe adoptar medidas específicas en su favor para corregirla. En el caso enjuiciado, como la consejería no ha adoptado acciones positivas, su conducta omisiva incumple con la obligación legal que le corresponde.

Estimado lo anterior, la sentencia podría haber declarado que la disposición cuestionada incumplía la obligación legal impuesta por el [artículo 11 de la LOIEMH](#), resultando contraria a derecho y mereciendo su anulación. No lo hace, probablemente para fundamentar en términos más sólidos las razones para anular la disposición recurrida. En su lugar, considera que la omisión de acciones positivas no es la causa inmediata para anular la disposición cuestionada, sino que tal omisión da lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo que, esta vez sí, debe merecer la censura jurídica expresada, de acuerdo con los [artículos 3 y 6](#) de la LOIEMH.

La relación que entabla la sentencia entre los artículos 6.2 y 11 de la LOIEMH resulta tan interesante como prescindible.

Es interesante porque vincula la omisión de medidas específicas en favor de las mujeres con la comisión de una discriminación indirecta. Las consecuencias que pueden desprenderse de este criterio de enjuiciamiento son sobresalientes, pues, siempre que pueda acreditarse la existencia de una situación patente de desigualdad de hecho desfavorable para las mujeres en alguna política pública específica, la imprevisión de medidas concretas en su favor podría provocar su anulación. Desde luego, se trataría de una manifestación especialmente intensa del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres sancionado por la LOIEMH.

Sin embargo, la conexión también resulta prescindible para anular la disposición recurrida. Su redacción producía por sí misma una discriminación indirecta contra ciertas mujeres, pues el trato contenido en la norma, formalmente neutro, podía producir un impacto discriminatorio en su contra. Basta acudir al artículo 3 de la LOIEMH, que cita expresamente como causa de discriminación directa o indirecta por razón de sexo la maternidad y la asunción de obligaciones familiares, y al artículo 44 de la misma norma, que proscribía la discriminación relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación.

La razón discriminatoria y el conjunto discriminado son distintos en cada caso. La discriminación directa e indirecta precisa un trato o actuación que, bien por sí mismo, bien por los resultados que produce, vulnera la prohibición de discriminar. Es decir, incumple una obligación de no hacer o *discrimina por lo que hace o produce*. En cambio, la omisión de acciones afirmativas cuando la situación de desigualdad es patente precisa que el trato no exista –una inacción que vulnera la obligación de evitar la discriminación–; es decir, incumple una obligación de hacer o *discrimina por lo que no hace o no produce*. Si en un caso la actuación pública es la que provoca la desigualdad, en el otro caso la actuación pública no la evita. El conjunto discriminado también es distinto: mientras que inactivar medidas específicas a favor de las mujeres perjudica a cualquiera de ellas, emplear cierto criterio que las sitúa en desventaja afecta a algunas de ellas.

En cualquier caso, si esta doctrina judicial se extiende, puede representar un auténtico salto cualitativo para el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su contenido no implicará solo una obligación de no hacer, la prohibición de discriminación, sino que también exigirá, con la misma intensidad, el cumplimiento de toda una serie de obligaciones de hacer³. Entre ellas, adoptar de forma razonable y proporcionada acciones positivas en favor de las mujeres que corrijan una situación de hecho discriminatoria respecto de los hombres en el ámbito de aplicación de políticas públicas específicas. Si la doctrina de esta sentencia se confirma, omitirlo dejará de ser una opción válida para los poderes públicos en adelante.

³ En el ámbito del derecho del trabajo, esta dimensión puede apreciarse en la obligación de llevar un registro salarial (art. 28.2 Estatuto de los Trabajadores –ET–), en la de negociar medidas de igualdad (art. 85.2 ET) o en la de elaborar y aplicar un plan de igualdad y su auditoría retributiva (arts. 45 y 46 LOIEMH).