

MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS DEL ÁMBITO CULTURAL

UN ENCARGO DE MUJERES
EN LA INDUSTRIA DE LA MÚSICA
A GABEIRAS&ASOCIADOS



MEDIDAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS DEL ÁMBITO CULTURAL

ÍNDICE

1. OBJETO DEL INFORME
2. METODOLOGÍA DE DESARROLLO
3. ESTADO DE LA SITUACIÓN
 - 3.1. LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES
 - 3.2. LAS DIRECTIVAS
 - 3.3. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO
 - 3.4. LEYES AUTONÓMICAS. ESPECIAL MENCIÓN A LAS EXPERIENCIAS DE NAVARRA Y DEL PAÍS VASCO
 - 3.5. FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. APLICACIÓN POR LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES DE LAS CLÁUSULAS DE GÉNERO. PREPARACIÓN, LICITACIÓN, ADJUDICACIÓN, EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN
 - 3.6. INTERPRETACIÓN POR LAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES
4. REALIDAD SOCIAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CUANDO LA REALIDAD ES LA DESIGUALDAD FRENTE AL CRITERIO DE PRECIO MÁS ASEQUIBLE U OTROS
 - 4.1. Situación actual según los estudios
 - 4.2. Mecanismos que ofrece la Ley de Igualdad
 - 4.3. Mecanismos que ofrece la Ley de Contratos del Sector Público
 - 4.4. Las acciones positivas como mecanismo para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres

5. MEDIDAS INTERPRETATIVAS Y LEGISLATIVAS
PARA PALIAR LA DESIGUALDAD
 - 5.1. Las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana
 - 5.2. Las acciones positivas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
 - 5.3. La transversalidad de género en la contratación pública
 - 5.4. Experiencias internacionales
 - 5.5. Propuestas de agentes afectados

6. CONCLUSIONES

1.

OBJETO DEL INFORME

La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 marcó un hito en la historia de los derechos humanos, en tanto en cuanto estableció, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo, entre los que se encuentra el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres.

A partir de entonces, en el ámbito internacional y europeo, se han ido aprobando diferentes textos, que también hacen referencia a la igualdad de las mujeres y los hombres como un principio jurídico internacional, así como a la necesaria eliminación de la desigualdad y las discriminaciones de género como un objetivo al que deben atender todas las políticas públicas.

Entre otros, podemos destacar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW) firmada en el seno de las Naciones Unidas en 1979; la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing -fruto de las cuatro conferencias mundiales sobre la mujer organizadas por las Naciones Unidas en la Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995)-; la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas adoptada en Nueva York en septiembre de 2000 –entre cuyos objetivos se encuentra promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer (ODM nº 3); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la

Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000; las directivas comunitarias 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referente al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones en el trabajo, y 2004/113/CE, de 13 de septiembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, el acceso a bienes y servicios y al suministro; y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por Naciones Unidas –entre cuyos objetivos se encuentra la igualdad de género (ODS nº 5).

En España, el principio de igualdad se proclama en el artículo 14 de la Constitución, y se refuerza en su artículo 9.2, que establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que dicha igualdad sea real y efectiva.

En desarrollo de este principio constitucional, se ha aprobado la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, que, como su nombre indica, tiene por objeto lograr la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estableciendo los mecanismos para conseguir que los poderes públicos implementen políticas y actuaciones encaminadas a evitar la desigualdad por razón de sexo y, de esta manera, contribuir a la creación de una sociedad más democrática. Es más, esta Ley establece que la perspectiva de género debe informar de forma transversal la actuación de los poderes públicos.

Asimismo y de forma más reciente se han incorporado a la normativa española las Directivas comunitarias en materia de contratación pública (Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 y Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), mediante la aprobación de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, la cual recoge la obligación de incorporar en los procesos de

contratación criterios sociales, entre los que se encuentra la igualdad entre mujeres y hombres, siempre que estén vinculados al objeto del contrato.

Se puede observar que la igualdad entre mujeres y hombres se ha ido instaurando de forma progresiva, tanto a nivel internacional y europeo como nacional, hasta consagrarse como un principio jurídico básico.

Sin embargo, los estudios e informes estadísticos demuestran que, en la actualidad, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres todavía no es una realidad, ya que existen muchas esferas, tanto públicas como privadas, en las que aún persisten desigualdades.

Un claro ejemplo, es el sector cultural y creativo, en el que trabajan una inmensa cantidad de mujeres, si bien solo un pequeño segmento accede a altos cargos directivos, lo que provoca que las mujeres se encuentren infrarrepresentadas en una industria que se nutre día a día de ellas y de su trabajo.

En lo que se refiere al sector público, es importante que la contratación atienda al cumplimiento de objetivos sociales y que garantice que las condiciones de igualdad entre los ciudadanos establecidas en el artículo 9.2 de la CE sean reales y efectivas. La contratación pública, teniendo en cuenta el importante peso que tiene en la economía, debe ser una herramienta para implementar políticas públicas, entre las que se encuentran las políticas sociales, en tanto que se financian con fondos públicos y es preceptivo garantizar su eficiencia.

A este respecto, es necesario poner de relieve la problemática que, en la actualidad, afecta sobremanera a las mujeres que pertenecen a las industrias creativas y culturales, como consecuencia de que en la contratación pública no se está aplicando de manera eficaz la perspectiva de género.

Esta circunstancia tiene efectos negativos en el referido sector, toda vez que depende en gran medida de la financiación y apoyo público.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, resulta esencial la elaboración de un informe que permita valorar si en los procesos administrativos de contratación para cubrir puestos o prestar servicios a las Administraciones Públicas dentro del sector cultural, es posible establecer elementos de género que permitan equilibrar situaciones de evidente desigualdad entre hombres y mujeres.

Para ello, en este informe comenzaremos realizando un análisis sobre el estado de la situación expuesta, tanto desde un punto de vista normativo como jurisprudencial.

En concreto, haremos un recorrido por las partes más relevantes en materia de igualdad recogidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como en las Directivas comunitarias en materia de contratación pública (Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 y Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014) y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Asimismo, analizaremos, tanto la normativa autonómica de mayor interés con relación al principio de igualdad entre mujeres y hombres, como las interpretaciones ofrecidas al respecto por los órganos administrativos y judiciales.

Por último y teniendo en cuenta el estado de la situación, propondremos medidas de mejora que permitan avanzar y alcanzar la plena igualdad entre las mujeres y hombres en la contratación pública.

2. METODOLOGÍA DE DESARROLLO

Para el desarrollo de este Informe se ha contado con un equipo de profesionales con una amplia trayectoria profesional en el ámbito de la cultura, siendo los principales redactores Don Roger Dedeu Pastor, Abogado en ejercicio y Socio del despacho especializado en Derecho de la Cultura, Gabeiras & Asociados, Doña Susana de la Sierra, Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha y Consejera Académica del mencionado despacho, y Doña Belén Álvarez, Abogada en ejercicio perteneciente al Departamento de Derecho de la Cultura de Gabeiras & Asociados.

Asimismo, en este Informe se integran las aportaciones realizadas por diversas mujeres, con una extensa trayectoria profesional y que ostentan cargos relevantes en los sectores culturales más representativos, que les ha permitido colaborar desde una perspectiva concreta de las casuísticas y problemáticas del área de la cultura en la que trabajan.

Además, se ha contado con la estrecha colaboración de la Asociación de Mujeres de la Industria de la Música-MIM, que está constituida por un nutrido grupo de profesionales de la música que han detectado y padecido las lacras de la desigualdad durante su trayectoria artística o laboral.

Por último, también han contribuido en materia casuística y problemática otras Asociaciones e Instituciones, como la Asociación de Mujeres en el Sector Público, la Asociación de Mujeres Escritoras e Ilustradoras, la Liga de las Mujeres Profesionales del Teatro, la

Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas, la Asociación de Mujeres Cineastas y de Medios Audiovisuales, el Instituto de Arte Contemporáneo y la Asociación de Mujeres en las Artes Visuales.

Todas estas aportaciones y contribuciones se han realizado en el seno del Aula Gabeiras', concretamente en las dedicadas a la línea de trabajo de 'La Cultura con A', organizados por la Fundación Gabeiras y la Asociación MIM, en los meses de febrero y octubre de 2019 y en el mes de junio de 2020, así como a través de unos cuestionarios canalizados a través de la mencionada Fundación, lo cual ha permitido enriquecer las propuestas y conclusiones que se plantean mediante este informe.

3.

ESTADO DE LA SITUACIÓN

3.1 LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, la Ley de Igualdad) supuso un importante hito en materia de igualdad en España.

Como señala en su Exposición de Motivos *“la violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella “perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros”, en palabras escritas por John Stuart Mill hace 140 años, es todavía una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos”*.

Ante esta realidad, el legislador dictó esta Ley con la finalidad de *“hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualquiera de los ámbitos de la vida (...) para, en el*

desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”.

Esta Ley constituye, pues, la primera norma que regula en profundidad el mencionado derecho, siguiendo la estela iniciada a nivel internacional y comunitario, a través de textos a los que nos hemos referido en el apartado 1 de este informe.

Para la consecución de sus fines, la Ley establece principios de actuación de los poderes públicos, derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y medidas destinadas a eliminar y evitar toda forma de discriminación por razón de sexo.

En concreto, esta norma recoge medidas concretas aplicables a las políticas públicas en todos los niveles competenciales de la Administración (local, autonómica y estatal), a las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como a las actividades de los operadores económicos privados en la contratación laboral.

Asimismo, plantea medidas tendentes a permitir aspectos como la conciliación, la promoción, la formación, el carácter de grupo de población prioritario en las políticas de empleo, las bajas laborales, excedencias, cotizaciones a la Seguridad Social, permisos de maternidad y presencia en los órganos de decisión de las empresas mercantiles privadas.

De entre el articulado de la norma, cabe destacar su artículo 11, referido a las llamadas acciones positivas que los poderes públicos deberán adoptar, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, y que consisten en *“medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad*

1. Art. 1 Ley de Igualdad.

de hecho respecto a los hombres. Tales medidas (...) habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

Esta medida es de gran importancia, ya que permite la discriminación positiva en favor de la mujer en determinadas circunstancias que se encuentren debidamente justificadas.

En relación con la interpretación de la indicada medida de discriminación positiva, son ilustrativas las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fechas 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95) y 6 de julio de 2000 (asunto C-407/98).

La primera de ellas establece que es compatible con la normativa comunitaria una norma nacional “conforme a la cual, en caso de promoción, las mujeres que presenten igual capacitación que los candidatos de sexo masculino tienen derecho, sin perjuicio de la cláusula de apertura, a un trato preferente en los sectores en los que están infrarrepresentadas, puesto que tal norma puede contribuir a servir de contrapeso a los efectos perjudiciales para las mujeres derivados de las actitudes y comportamientos descritos anteriormente y a reducir, de esa forma, las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. No obstante, procede recordar que (...) esta norma nacional que favorece especialmente a las candidatas femeninas no puede garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción sin sobrepasar los límites de la excepción (establecida en la Directiva comunitaria). (...) una normativa nacional que, como la que es objeto del procedimiento principal, contiene una cláusula de apertura no sobrepasa los límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los

candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino”.

La segunda de las sentencias dispone que la normativa comunitaria “no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”.

Es igualmente relevante el artículo 15 de la Ley que dispone que “El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”. En este sentido, “Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

Se puede observar como la igualdad entre mujeres y hombres se incorpora en la Ley como un principio de carácter transversal, que debe estar presente en el conjunto de las políticas y actuaciones desarrolladas por la Administración Pública, entre las que se encuentran las contrataciones y subvenciones.

En este sentido, es de destacar que el artículo 33 de la Ley realiza una mención expresa a los contratos públicos y dispone que “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de 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”.

Asimismo, el artículo 34 añade que con carácter anual, “*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 dicha 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, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público*”. En este acuerdo “*podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones*”. Asimismo, “*los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices*” mencionadas “*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*”.

Respecto a las subvenciones públicas, el artículo 35 señala 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 reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, 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”.

Los preceptos citados muestran el interés del legislador en convertir a la contratación pública en una herramienta para la consecución de fines tan importantes como es la lucha por las desigualdades de género y el logro de una sociedad más igualitaria entre mujeres y hombres.

Por otro lado, y en lo que se refiere a los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad por parte de los Poderes Públicos, esta Ley en su artículo 16 indica que deberán atender “*al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres*”.

De esta manera se pretende mejorar la participación de las mujeres en los puestos de responsabilidad².

Asimismo, la Ley, en sus artículos 51, 52, 53 y 54, hace hincapié en la necesidad de que la Administración Pública ejerza sus competencias atendiendo al principio de igualdad en el empleo público, fomentando la formación en igualdad, tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional, y promoviendo la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración; así como que el Gobierno y la Administración

2. Según el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016 (<http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaPlanificacionEvaluacion/PEPlanes.htm>) “el porcentaje de mujeres y hombres que ocupan puestos de dirección y gerencia, ofrece una aproximación empírica que ilustra este fenómeno: sólo el 3,2% de las mujeres empleadas ocupan estos puestos frente a los hombres que lo hacen en un 6,0%, de manera que los hombres son el 69,5% de las personas ocupadas en esta categoría y las mujeres, únicamente, el 30,5% restante. Los datos aquí expuestos muestran que, de facto, la mujeres acceden en menos proporción que los hombres a puestos de alta responsabilidad y ello a pesar de que sus niveles educativos son en general superiores” (pág. 24).

General del Estado atiendan al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de órganos directivos de la Administración General del Estado y de los órganos de selección y valoración del personal, así como de los miembros de órganos colegiados, comités y consejos de administración de empresas, en cuyo capital participe la Administración.

También se establecen, en el artículo 26, actuaciones a desarrollar en el ámbito de la creación y producción artística e intelectual.

Por último, son destacables los diferentes instrumentos que contempla la Ley para el cumplimiento de su objetivo.

Por una parte, en su artículo 17, establece que el Gobierno aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas encaminadas a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo.

En el siguiente artículo 18 dispone que el Gobierno elaborará un informe periódico sobre las actuaciones relativas a la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, el cual será presentado ante las Corte Generales.

Asimismo, prevé, en sus artículos 76 y 77, la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad con responsabilidad de coordinación de las políticas y medidas adoptadas por los diferentes departamentos ministeriales, así como de Unidades de Igualdad en todos los Ministerios.

Todos estos mecanismos son de gran importancia, ya que obligan al Gobierno a realizar de forma periódica un análisis de la situación socio-laboral de las mujeres y los hombres en España y, a la vista de los datos que se extraigan, le permiten identificar las líneas de actuación para avanzar en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

3.2 LAS DIRECTIVAS

El 28 de marzo de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea un “paquete” de nuevas directivas en materia de contratación pública. En concreto, este paquete estaba formado por las tres siguientes directivas:

1º.- *Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión* (en adelante, la Directiva 2014/23/UE);

2º.- *Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE* (en adelante, la Directiva 2014/24/UE); y

3º.- *Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE*.

A lo largo del presente apartado, nos referiremos únicamente a las dos primeras Directivas.

El objetivo perseguido por estas directivas es simplificar y flexibilizar la contratación pública, así como garantizar la seguridad jurídica³, de manera que se logre un uso eficiente de los recursos públicos.

Asimismo, estas directivas persiguen impulsar una contratación pública socialmente responsable, en línea con las Comunicaciones en las que la Comisión Europea analizaba la posibilidad de incorpo-

3. Declaraciones del Comisario Europeo de Mercado Europeo, Michel Barnier (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO14-18_en.htm?locale=en).

rar aspectos sociales y medioambientales en los contratos públicos⁴, así como con la “Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública” aprobada por la Comisión Europea en octubre de 2010.

En esta Guía se regulan las “Contrataciones Públicas Socialmente Responsables” entendiendo por éstas “*las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas, a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación*”.

Este doble objetivo aparece recogido en el Considerando (2) de la Directiva 2014/24/UE que dispone que “*La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos*”.

4. Comunicación de 4 de julio de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública y la Comunicación de 15 de octubre de 2001 sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública (...) a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

Asimismo, estos objetivos han sido reconocidos por la doctrina, entre la que podemos citar a Dña. María Dolores Ortiz Vidal⁵, quien señala que “*las Directivas europeas relativas a la contratación pública pretenden alcanzar dos objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar el mejor resultado de la contratación en términos de relación calidad/precio y posibilitar que los licitadores utilicen la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, tales como la protección del medio ambiente o la promoción de innovación, el empleo y la integración social*”.

Para su consecución, sendas Directivas otorgan una especial importancia a las cláusulas de contenido social y medioambiental y a su integración en los procedimientos de licitación pública.

En relación con las cláusulas de contenido social y antes de continuar, puede resultar esclarecedor citar la definición de cláusula social ofrecida por la Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Burgos, Dña. Teresa Medina Arnaiz: “*cualquier disposición que se recoge en los pliegos u otros documentos contractuales, en virtud de las cuales se incorporan al contrato determinados objetivos de política sociolaboral, teniendo éstos un carácter secundario para con respecto a la prestación contractual. Completando lo dicho, entiendo que la llamada “compra pública social” tiene por*

5. “Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales”, Editorial Aranzadi, 2017, pág. 41.

objeto incorporar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como (...) la perspectiva de género⁶.

Pues bien, centrando nuevamente nuestra atención en las Directivas, la primera novedad que podemos resaltar es la posibilidad, que se establece en los Considerandos (70) de la Directiva 2014/23/UE y (101) de la Directiva 2014/24/UE, de que los poderes y entidades adjudicadores excluyan a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por haber incumplido obligaciones medioambientales o sociales.

La segunda novedad consiste en que estas dos Directivas contemplan, de forma expresa en su articulado⁷, la posibilidad de incluir criterios medioambientales o sociales o relacionados con la innovación en los criterios de adjudicación de las concesiones, así como de los contratos públicos, en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de su ciclo de vida, siempre que estén vinculados al objeto de la concesión o del contrato. En particular, estas Directivas establecen que para evaluar las ofertas se tendrá en cuenta, en lugar de la oferta económicamente más ventajosa, la relación calidad-precio, lo cual da cabida a integrar aspectos sociales en los criterios de adjudicación.

Respecto a qué ha de entenderse por criterio vinculado al objeto del contrato, se puede observar que en el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE se flexibiliza esta preceptiva vinculación al indicar que *“Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, sumi-*

nistros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen”.

Asimismo, y a los efectos de interpretar la indicada exigencia, es importante tener en cuenta lo establecido en los Considerandos (97) y (104) de la Directiva 2014/24/UE, que señalan que esta condición de vinculación con el objeto del contrato, excluye como criterios de adjudicación (o, en su caso, condiciones de ejecución del contrato) todo lo relativo a la política general de responsabilidad corporativa de la empresa, aspecto que no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, según la Directiva los poderes adjudicadores no pueden exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa, ya que es fundamental que los criterios de adjudicación -o las condiciones de ejecución de un contrato- estén directamente relacionados con las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate.

Esta limitación ha quedado confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien en su Sentencia de 9 de octubre de 2014 dispone que *“se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”*.

Otro aspecto destacable de las Directivas es que hacen especial hincapié en la obligación de los poderes públicos de respetar, en todo caso, los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como de transparencia. En consecuencia, la posibilidad de incluir

6. “Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales”, Editorial Aranzadi, 2017, pág. 59.

7. Artículo 41 de la Directiva 2014/23/UE, así como Considerando (92) y artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE.

criterios de carácter social en los procedimientos de licitación no es ilimitada y no puede producir un efecto discriminatorio o contrario a la igualdad de trato entre los candidatos o licitadores. Asimismo, esta inclusión debe ser absolutamente transparente y, a tal efecto, estos criterios han de hacerse públicos y no pueden ser objeto de modificación mediante una negociación, una vez publicados, para de esta manera poder garantizar la trazabilidad del proceso de contratación.

Por último, la Directiva 2014/24/UE incorpora de forma novedosa y como herramienta encaminada a promover la contratación ecológica y social, la regulación de etiquetas ambientales y sociales⁸.

3.3 LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

El 8 de noviembre de 2017 se aprobó la *Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público* (publicada en el BOE de 9 de noviembre de 2017), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento y del Consejo 23/2014/UE y 24/2014/UE, de 26 de febrero de 2014, que han sido analizadas en el apartado anterior (en adelante, la LCSP).

Esta Ley, que tiene por objeto regular la contratación del sector público y que, por consiguiente, es de aplicación a los contratos de obras, de servicios y de suministros que la Administración Pública suscribe con operadores económicos, introduce cambios sustancia-

les, que van más allá de una mera transposición de las Directivas a derecho español. Como se verá a continuación, esta norma es más ambiciosa que la regulación establecida en la Directiva 2014/24/UE.

Así, en su Exposición de Motivos fija, como uno de sus objetivos, la inclusión, en el proceso de contratación, de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores, vinculados al objeto del contrato, al señalar lo siguiente: “*se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202”.*

Asimismo y tal y como se desprende de su artículo 1.3, esta norma establece la obligación de incorporar “*de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”.*

De esta manera, se persigue integrar criterios sociales, entre los cuales deben entenderse incluidos los criterios de género, en las diferentes fases del proceso de contratación, con el fin de utilizar la contratación pública como medio para promover la igualdad de las mujeres y los hombres.

8. Considerando (75) y art. 43 de la Directiva 2014/24/UE.

Así pues y como señala Dña. Teresa Medida Arnaiz⁹ se puede apreciar que *“el principal cambio respecto a la legislación anterior es que ahora la contratación estratégica se contempla con un carácter transversal y obligatorio para los órganos de contratación”*.

La LCSP persigue, como uno de sus principales objetivos, que la contratación pública se convierta en una herramienta de los poderes públicos para alcanzar una economía más avanzada y sostenible y reconoce que la inclusión de cláusulas sociales proporciona mayor calidad en la prestación contractual e incrementa la eficiencia del gasto público. Precisamente por ello, establece como obligatoria la incorporación de criterios sociales, siempre y cuando estén vinculados al objeto del contrato.

De esta manera se promueve la *“denominada contratación pública estratégica, gracias a la cual, y mediante la incorporación de determinadas condiciones de carácter medioambiental o social en la concepción y ejecución de los contratos públicos, se incentivan o fomentan”* entre otras políticas y a los efectos que aquí nos interesan *“la promoción de la igualdad de género”*¹⁰.

Evidentemente este cambio es muy positivo, ya que como han manifestado organismos como el “Foro de Economía Mundial” una relación de carácter positivo entre la igualdad de género y la competitividad de un país, genera un importante incremento del PIB y, por consiguiente, el estímulo de la igualdad puede ser considerado como “economía inteligente”¹¹.

9. “Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales”, Editorial Aranzadi, 2017, pág. 76.
10. “La introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García, Catedrática de Derecho Administrativo.
11. “La introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el

En lo que se refiere a las fases del proceso de contratación, la LCSP establece que la inclusión de consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación en los contratos públicos se puede realizar al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien en todos los casos su introducción queda condicionada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar.

En el concreto caso de los criterios para promocionar la igualdad de género, puede suceder que el fomento de dicha igualdad constituya el objeto mismo del contrato. Por ejemplo: *“la contratación del servicio de gestión de un centro de atención a mujeres víctimas de violencia de género, la impartición de formación en materia de igualdad de género a funcionarios del sector público, la realización de un plan de igualdad para una determinada Administración pública, el análisis de las políticas de igualdad implantadas en un sector, el suministro de uniformes para las mujeres que formen parte de las fuerzas armadas”*¹².

También puede darse el caso de que la igualdad de género constituya una condición del contrato. Por ejemplo: *“la contratación del servicio público de transporte urbano que tenga en cuenta las necesidades de sus usuarias, la impartición de módulos de formación y emprendimiento para jóvenes y desempleados que considere especialmente a las mujeres en las que concurren estas condiciones o la contratación de un servicio de salud que tenga en cuenta las*

- sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García, Catedrática de Derecho Administrativo.
12. “La Introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García

peculiaridades sanitarias de la población femenina”¹³.

En todo caso y como ya hemos apuntado, la inclusión de criterios para promocionar la igualdad de género queda condicionada a su vinculación con el objeto del contrato, lo cual deberá quedar debidamente justificado y motivado.

Por ello, no es posible incorporar de forma genérica e indiscriminada al clausulado general de un expediente de contratación condiciones sociales, sino que su inclusión está condicionada a la relación con el objeto del contrato de que se trate.

Además, estos criterios han de ser establecidos atendiendo a los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como de transparencia y proporcionalidad.

A los efectos de garantizar esta transparencia, los mencionados criterios deben quedar recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y han de figurar en el anuncio de la licitación¹⁴ y no pueden referirse ni a aspectos subjetivos de las empresas que deban preexistir a la ejecución del contrato ni a la totalidad de la empresa, sino sólo a la plantilla vinculada al contrato¹⁵.

La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requiere de la previa tramitación del correspondiente expe-

diente. Este expediente se inicia por el órgano de contratación, quien habrá de motivar la necesidad del contrato, en los términos previstos en el artículo 28 de la LCSP. Este precepto se refiere a la necesidad de planificar la contratación pública y, a tal efecto, establece, en el apartado 1, que *“Las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”*.

Dentro de esta fase de planificación y como se indica en el siguiente apartado 2, los órganos públicos *“valorarán la incorporación de consideraciones sociales”*.

La planificación y la programación son requisitos para una actuación eficaz, previsor y diligente por parte de las Administraciones Públicas.¹⁶.

Así pues, esta fase de planificación es de enorme importancia y utilidad para que la Administración Pública pueda llevar a cabo una labor de previsión y reflexión a través de la recopilación de datos y la realización de estudios previos, donde se analicen las necesidades públicas que sea necesario satisfacer, se determinen los objetivos

13. “La Introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García.

14. Art. 145.5 LCSP.

15. “La Introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García.

16. “La Planificación y programación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, Profesora interina de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, 2018, pág. 348.

principales, se sopesen las distintas opciones y se decida si, en atención a las necesidades públicas que se pretendan cubrir, ha de hacerse con medios propios o externos, utilizando en este último caso la contratación pública¹⁷.

Asimismo, en la medida en que la LCSP recoge el carácter transversal de los aspectos sociales y medioambientales (entre los cuales deben considerarse incluidos los criterios de igualdad), la planificación de los contratos debe tener en cuenta la necesidad de incorporar estos aspectos en los procesos de contratación, ya sea como criterios de solvencia, de adjudicación, de desempate o de ejecución.

Además de lo anterior, la LCSP, de forma novedosa, recoge en su artículo 115 la posibilidad de que los órganos de contratación realicen consultas preliminares del mercado, con el fin de que los pliegos de contratación se elaboren correctamente y tengan en cuenta las especificidades del sector al que se refiera el contrato.

El siguiente artículo 116 de la Ley contempla la obligación de que el órgano contratante, con carácter previo a la celebración de un contrato, tramite un expediente en el que quede debidamente justificada la necesidad de dicha contratación.

En cuanto a los requisitos que han de cumplirse para poder contratar con la Administración Pública, el primero de ellos consiste en que las personas naturales o jurídicas interesadas acrediten su capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición para contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional¹⁸.

17. “La Planificación y programación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo, Profesora interina de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, 2018, pág. 346.

18. Art. 65 LCSP.

En este sentido, la LCSP¹⁹ indica que no podrán contratar con el sector público las personas que hayan sido sancionadas en materias tales como, la igualdad de oportunidades, o que incumplan la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

Asimismo, esta norma establece²⁰ la necesidad de que el eventual beneficiario del contrato demuestre su solvencia técnica o profesional, mediante aquellos medios que necesariamente deberán aparecer indicados en los pliegos ²¹.

En el caso de que para la realización de la prestación objeto del contrato fuese necesario tener conocimientos o aptitudes en materia de género se exigirán experiencia, conocimientos y medios en dicha materia ²².

Sin embargo, señala la doctrina, que esta facultad que asiste a los poderes adjudicadores de exigir solvencia profesional en materia de igualdad de género no amparará *“la exigencia de que la empresa licitadora posea con carácter previo una plantilla paritaria, ya que pudiera haber hombres igualmente formados en materia de igualdad y vulneraría la libre concurrencia”*²³.

La Ley recoge, asimismo, en su artículo 145, una serie de criterios de adjudicación, entre los que se incluyen criterios sociales, que podrán ser incluidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, así como en los pliegos de prescripciones técnicas particulares.

19. Art. 71 LCSP.

20. Art. 88, 89 y 90 LCSP.

21. Art. 76.2 LCSP.

22. Art. 90.3 LCSP.

23. “La Introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García.

Es especialmente importante que a la hora de configurar los pliegos de cláusulas administrativas se seleccionen e incluyan los critérios de adjudicación más adecuados atendiendo a las necesidades a satisfacer.

En este sentido, el referido artículo establece que la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. De esta manera, entra en juego el criterio de calidad en la contratación pública, permitiendo así que el órgano de contratación incluya, entre los aspectos a ser evaluados, criterios sociales, vinculados al objeto del contrato, que podrán ser, entre otros, los siguientes: (...) los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres, el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo.

Ejemplos de posibles criterios que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de valorar las ofertas desde el punto de vista de igualdad de género podrían ser, entre otros, el número de mujeres que se beneficiarán del contrato o la aplicación de medidas específicas para fomentar la igualdad²⁴.

El referido artículo 145 también contempla la posibilidad de incluir criterios de adjudicación consistentes en mejoras propuestas por el adjudicatario de manera voluntaria y que en materia de igualdad podrían referirse, por ejemplo, al fomento del empleo de las mujeres por tratarse de un sector en el que se encuentran infrarrepresentadas.

24. “La Introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García.

El siguiente artículo 147 de esta norma, en línea con lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley de Igualdad, establece que los órganos de contratación podrán recoger en los pliegos de cláusulas administrativas particulares critérios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación generales, haya tenido lugar un empate. En materia de igualdad de género, el criterio puede referirse, por ejemplo, a proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En el caso de que los criterios no se hubieran incluido en los pliegos particulares, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato, se resolverá mediante la aplicación de criterios, tales como, mayor porcentaje de trabajadores en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla, o bien mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.

Una novedad introducida en el artículo 127 de esta Ley, que permite agilizar la acreditación de cumplimiento de determinados criterios sociales, consiste en la posibilidad de que los licitadores lo hagan, mediante las denominadas “etiquetas” o certificaciones.

La Ley prohíbe²⁵ al órgano de contratación aceptar una oferta si comprueba que es anormalmente baja, porque no cumple las obli-

25. Art. 149 LCSP

gaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.

Ejemplo de una causa de baja podría ser aquella provocada por la disminución del salario de las mujeres de la plantilla, con la finalidad de presentar una oferta con precios y costes bajos²⁶.

Por último y en línea con lo establecido en los artículos 33 y 34.1 de la Ley de Igualdad, la LCSP en su artículo 202 regula las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético y medioambiental, las cuales deben estar necesariamente vinculadas al mismo. Asimismo, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo, que se listan en el referido precepto.

Las condiciones especiales de ejecución son de obligado cumplimiento para el adjudicatario a la hora de cumplimentar la prestación y no es necesario que se cumplan al presentarse la licitación.

Por ello, no pueden exigirse condiciones referidas a las características de los licitadores en el momento de presentarse a la licitación (por ejemplo, la presencia de un número determinado de personas en la plantilla de la empresa), pues operan tras la adjudicación.

Asimismo, si el adjudicatario se compromete a cumplir con dicho criterio, está obligado a hacerlo, pues de lo contrario incurre en una infracción de las cláusulas del contrato, con las consecuencias que ello conlleva en conformidad con la LCSP²⁷.

De ahí la importancia de que la Administración contratante verifique el cumplimiento de todas aquellas obligaciones asumidas por el adjudicatario del contrato.

26. “La Introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García.

27. Art. 71, 192 y 202 LCSP.

3.4 LEYES AUTONÓMICAS. ESPECIAL MENCION A LAS EXPERIENCIAS DE NAVARRA Y DEL PAÍS VASCO

Tras la aprobación de la Directiva 2014/24/CE, las regulaciones autonómicas relativas a la contratación pública se han adaptado a las directrices comunitarias. Entre otras, podemos mencionar la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra; La Ley del País Vasco 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública; el Acuerdo de 20 de junio de 2017, por el que se aprueba el Código para una contratación pública socialmente responsable en el ámbito de la Generalitat de Cataluña y el sector público que depende; la Orden HAP/522/2017, de 7 de abril, por la que se da publicidad al Acuerdo de 28 de marzo de 2017, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón; el Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, de 23 de febrero de 2016, por el que se aprueba la Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, medioambientales, de promoción de pymes y de impulso de la sostenibilidad en la contratación pública de la Junta de Extremadura y de las entidades que integran su sector público; el Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León sobre incorporación de aspectos sociales en la contratación; y el Acuerdo de 27 de marzo de 2015, de la Comunidad Valenciana, por el que

se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público.

A continuación, nos referiremos a la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, así como a la Ley del País Vasco 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública, debido a la especial relevancia que reconocen al principio de igualdad de género.

A) LEY FORAL 2/2018, DE 13 DE ABRIL, DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

La *Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra* (en adelante, la LCPN) se refiere hasta en once ocasiones al término “mujer” y utiliza catorce veces el término “género”.

Asimismo, en su artículo 2.4 indica, no sólo que en la contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales, sino que da un paso más que la LCSP y establece que las entidades públicas sometidas a la ley foral adoptarán las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia de igualdad de género.

Esta obligación se recoge ya en la exposición de motivos de la Ley al señalar que: *“La utilización de la contratación pública como un instrumento en la política de igualdad de género, social, ambiental o de investigación cobra ahora mayor relevancia puesto que se ha entendido que las mismas tienen relación directa con el interés general y suponen una forma adecuada de utilizar los fondos públicos más allá de la concreta finalidad que pretenda satisfacer cada contrato. Por ello, se establecen en esta ley foral lo que pueden denominarse “cláusulas horizontales” en estos ámbitos: el cumplimiento*

de la normativa de igualdad de género entre mujeres y hombres, social, laboral y medioambiental debe ser vigilada y exigida en todas las fases del contrato, desde la selección de licitadores hasta la ejecución del mismo y los incumplimientos de estas exigencias pueden justificar tanto la exclusión de un procedimiento como el rechazo de una oferta o la resolución de un contrato ya adjudicado”.

Es igualmente destacable la medida recogida en el artículo 40, consistente en la necesidad de realizar un estudio de viabilidad con carácter previo al inicio de una contratación, cuyo valor estimado sea superior a 5.000.000 euros, y, en todo caso, antes de la tramitación de un contrato de concesión de obras o de servicios. Este estudio ha de valorar, entre otros aspectos, el impacto de género, convirtiéndolo, por tanto, en una herramienta útil para la inclusión de cláusulas de género en los procesos de contratación.

Otra novedad importante es la fijación que se establece en el artículo 64 del valor mínimo que habrá de darse a los criterios de adjudicación de carácter social. En concreto, establece que estos criterios *“deberán tener una ponderación de al menos el 10% del total de puntos, y a tal efecto se valorarán cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, tales como la inserción socio-laboral de personas con discapacidad, o en situación o riesgo de exclusión social; la igualdad de mujeres y hombres; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la participación de profesionales jóvenes y de entidades o sociedades de profesionales de dimensiones reducidas; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción; criterios éticos y de responsabilidad social aplicada a la prestación contractual; la formación, la protección de la salud o la participación de las trabajadoras y los trabajadores de la prestación; u otros de carácter semejante”.*

Además de lo anterior, en el artículo 99 de la Ley, la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género, se menciona como primera opción de desempate para el caso de que dos o más propuestas obtengan la misma puntuación en la fase de valoración.

B) LEY DEL PAÍS VASCO 3/2016, DE 7 DE ABRIL, PARA LA INCLUSIÓN DE DETERMINADAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La *Ley del País Vasco 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública*, también hace referencia expresa en su artículo 4 a la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas de requerimientos de carácter social sobre el modo de ejecutar el contrato consistentes en la adopción de medidas de promoción de la igualdad de género.

3.5 FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. APLICACIÓN POR LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES DE LAS CLÁUSULAS DE GÉNERO. PREPARACIÓN, LICITACIÓN, ADJUDICACIÓN, EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN

Tal y como se desprende de la LCSP, el procedimiento de licitación se compone de cinco fases, a saber: preparación, licitación o selección del contratista, adjudicación, ejecución y extinción.

A continuación, realizaremos una explicación sobre los aspectos más relevantes que el órgano contratante ha de tener en cuenta en cada una de las mencionadas fases, de acuerdo con la normativa vigente.

Asimismo y teniendo en cuenta las diferentes guías que se han elaborado por distintos organismos públicos con relación a la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos, incluimos algunos ejemplos sobre cláusulas de igualdad que se pueden implementar en las mencionadas fases del procedimiento.

A) FASE DE PREPARACIÓN:

Con carácter previo al inicio de un expediente de contratación pública, es de suma importancia que las entidades del sector público planifiquen la actividad de contratación pública mediante un plan de

contratación, que deberán hacer público²⁸. En concreto, el objeto de esta planificación ha de ser identificar los contratos públicos que se considera necesario licitar en el siguiente ejercicio.

Además de lo anterior, en esta fase de preparación, puede ser de gran utilidad que el órgano de contratación realice consultas preliminares del mercado, con el fin de que los pliegos de contratación se elaboren correctamente y tengan en cuenta las especificidades del sector al que se refiera el contrato.

Una vez cumplimentadas estas tareas, el órgano de contratación debe tramitar el correspondiente expediente en el que ha de motivar la necesidad del contrato, lo cual se publicará en el perfil del contratante.

Esta obligación es especialmente importante cuando en el clausulado se incluyen criterios de igualdad.

Asimismo, en esta fase es igualmente relevante tanto la redacción del pliego, mediante la determinación de los criterios de valoración y de las obligaciones a las que deberá atender el adjudicatario, como la preparación del contrato, mediante el análisis de su objeto para incluir las cláusulas más adecuadas.

En la práctica sucede, como luego veremos, que no se le da la importancia que merece a la fase de preparación y ello provoca que no se incluyan las cláusulas adecuadas.

En el concreto caso de las cláusulas de género, en esta fase, es necesario que el órgano contratante efectúe un análisis detallado del sector al que se refiera el contrato, a fin de identificar si en el ámbito de la prestación que se quiere contratar existen desigualdades de género. Es importante que este estudio se realice mediante un equipo

28. Art. 28.4 LCSP.

adecuado que cuente con personal técnico especializado en igualdad de género, con la idea de que aporte conocimientos específicos para encontrar las fórmulas más adecuadas para corregir estas desigualdades, así como para la redacción de cláusulas de género eficaces que se adecúen a las características del contrato y su inclusión en la fase más idónea del procedimiento. De esta manera, se evita la inclusión de cláusulas erróneas, que puedan ser objeto de impugnación.

En función del objeto del contrato, estas cláusulas de género se pueden incluir en cualquiera de las siguientes fases:

- En la definición del propio objeto del contrato;
- en la fase de selección;
- en la fase de adjudicación;
- como criterio de desempate; o
- en la fase de ejecución

Puede suceder que la finalidad de perspectiva de género forme parte del contenido de la prestación, en cuyo caso se puede incluir en la definición del objeto del contrato una referencia a la igualdad de mujeres y hombres. A continuación, incluimos algunos ejemplos:

- “Es objeto de este contrato la elaboración de un programa de igualdad en un determinado ámbito, sector, materia”²⁹.
- “Constituye el objeto del contrato xxx que incluye/incorpora acciones positivas para el empleo de mujeres con especiales dificultades para el acceso al trabajo”³⁰.

29. “Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos”, Generalitat de Catalunya, Departament de la Vicepresidència i d’Economia i Hisenda, Direcció General de Contractació Pública.

30. “Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos”, Generalitat de Catalunya, Departament de la Vicepresidència i d’Economia i Hisenda, Direcció General de Contractació Pública.

- “Es objeto de este concurso, contratar el servicio de Asesoría Psicológica que desarrollará su actividad en el programa de acogida y orientación con especial incidencia en los temas relacionados con igualdad y conflictos de familia del servicio social de base de este Ayuntamiento, con el fin de posibilitar el cumplimiento de uno de los objetivos del Plan de Igualdad de Oportunidades”³¹.

B) FASE DE LICITACIÓN O SELECCIÓN DEL CONTRATISTA:

En una segunda fase, el órgano contratante debe verificar dos aspectos: por una parte, que no concurre ninguna causa de prohibición para contratar y, por otra parte, la capacidad de obrar y la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de quien resulte adjudicatario del contrato.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones, estarían excluidas de la licitación aquellas entidades que incurran en cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 71 de la LCSP, entre las que se encuentran, el haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades.

Respecto a la solvencia técnica y profesional, las cláusulas de igualdad también se pueden incluir como criterios de selección, cuando, teniendo en cuenta las características del contrato, sea necesario para su correcta ejecución que, bien la empresa adjudicataria o bien el personal adscrito a la ejecución del contrato, tengan cono-

31. “Incorporación de la perspectiva de género en contratos, subvenciones, convenios y conciertos”, Instituto Navarro para la Igualdad y Federación Navarra de Municipios y Concejos.

cimientos técnicos o experiencia acreditada en temas de género³². Todo ello, teniendo en cuenta, que como hemos reiterado a lo largo de este informe, estos criterios deben estar vinculados al objeto del contrato y respetar los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como de transparencia y proporcionalidad.

A continuación, incluimos algunos ejemplos de supuestos en los que sería adecuado que el órgano de contratación exigiese que los potenciales licitadores acreditasen solvencia en materia de género:

- “Contratación para formación en materia de género e igualdad”³³.
- “Contratación de la consultoría para la redacción de un Plan para la Igualdad de mujeres y hombres”³⁴.
- “Contratación para impartir talleres que integren enfoques para el logro de la igualdad de género”³⁵.

El órgano de contratación podría requerir, por ejemplo, titulación, formación y capacitación del equipo técnico que vaya a encargarse de la ejecución del contrato en materia de igualdad de género o bien experiencia y trayectoria de la empresa en acciones formativas y de

32. “Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos”, Generalitat de Catalunya, Departament de la Vicepresidència i d’Economia i Hisenda, Direcció General de Contractació Pública.

33. “Inclusión de aspectos de género en la contratación pública. VII Seminario de contratación pública. Nuevos escenarios para la contratación pública. Formigal, 2016”, Dña. Patricia Valcárcel Fernández.

34. “Inclusión de aspectos de género en la contratación pública. VII Seminario de contratación pública. Nuevos escenarios para la contratación pública. Formigal, 2016”, Dña. Patricia Valcárcel Fernández.

35. “Guía Práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres”, Dña. M.C. de Guerrero Manso.

sensibilización en materia de igualdad de género³⁶.

Esta solvencia se puede acreditar mediante la presentación de una declaración responsable³⁷ del licitador relativa al cumplimiento de los requerimientos legales en materia social o, incluso, mediante etiquetas relacionadas con la igualdad de género ³⁸.

Sin embargo, y como hemos anticipado en el apartado 2.3, no será posible exigir, por ejemplo, que la empresa licitadora posea con carácter previo una plantilla paritaria, ya que pudiera haber hombres igualmente formados en materia de igualdad y vulneraría la libre concurrencia.

C) FASE DE ADJUDICACIÓN:

También se pueden establecer las cláusulas sociales con perspectiva de género como criterios de adjudicación, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, respeten los principios rectores de la contratación pública (igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad) y sean específicos y cuantificables de forma objetiva. Estas cláusulas deben constar necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo del contrato, además de en el anuncio de convocatoria de la licitación, para garantizar la transparencia y conocimiento por parte de todos los licitadores.

Estos criterios pueden ser cuantitativos (precio) o cualitativos (calidad, aspectos sociales, medioambientales, innovación, etc).

36. “Guía Práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres”, Dña. M.C. de Guerrero Manso.

37. Art. 140 LCSP.

38. Art. 127 LCSP.

Su valoración se puede realizar mediante cifras o porcentajes o mediante juicio de valor, respectivamente. En este último caso, el órgano de contratación deberá precisar los aspectos a valorar, los parámetros que se vayan a aplicar y la ponderación de cada uno de ellos.

Estos criterios de adjudicación permiten valorar y clasificar las ofertas presentadas por los licitadores que hayan acreditado reunir la solvencia mínima requerida.

En el documento titulado “*Incorporación de la perspectiva de género en contratos, subvenciones, convenios y conciertos*” elaborado por el Instituto de Navarra para la Igualdad y por la Federación Navarra de Municipios y Concejos, se propone una metodología para la inclusión en los pliegos de cláusulas de género como criterios de adjudicación, la cual, por su claridad, incluimos a continuación:

- En primer lugar, en este documento se propone realizar un análisis previo y exhaustivo de las características y el contenido del contrato: valor estimado, prestaciones, plazo de ejecución, oferta de mercado, nivel de responsabilidad social del sector a contratar, convenio aplicable, subrogación del personal y número y cualificación necesaria del personal que ejecutará el contrato.
- A continuación, se propone seleccionar los criterios más adecuados al objeto del contrato, teniendo en cuenta aspectos tales como la existencia de ámbitos más aptos para contratar mujeres en puestos de responsabilidad, o para la contratación de mujeres en general.
- Como tercer paso, se propone asignar puntuaciones o ponderaciones a los criterios.
- Por último, es de suma importancia que el pliego establezca el sistema de verificación que permita cotejar el cumplimiento efectivo de las cláusulas de género.

Como ejemplos de criterios de adjudicación con perspectiva de género, podemos citar los siguientes:

- “Compromiso de la empresa licitadora de contratar para la ejecución del contrato a un xxxx de plantilla formada por mujeres, siempre que su adscripción sea para la ejecución de la prestación”³⁹.
- “Compromiso de emplear para la ejecución del contrato y durante toda la prestación contractual, a un porcentaje mínimo del xxx de mujeres en puestos de responsabilidad, gerencia cualificados”⁴⁰.
- “Se valorará con hasta xxx puntos el diseño y presentación por las entidades licitadoras de un Plan de igualdad específico que la entidad licitadora se compromete a aplicar en la ejecución del contrato, que detalle las políticas de igualdad de la empresa en relación con la ejecución del contrato (y que suponga la adopción de medidas específicas por encima de las mínimas indicadas como condición especial de ejecución en el pliego de prescripciones técnicas particulares). Las medidas establecidas en el plan de igualdad deberán hacer referencia a salud laboral, retribuciones, acceso al empleo, clasificación profesional, formación, calidad, estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral y otras”⁴¹.

39. “Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos”, Generalitat de Catalunya, Departament de la Vicepresidència i d’Economia i Hisenda, Direcció General de Contratació Pública.

40. “Incorporación de la perspectiva de género en contratos, subvenciones, convenios y conciertos”, Instituto Navarro para la Igualdad y Federación Navarra de Municipios y Concejos.

41. “Guía Práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres”, Dña. M.C. de Guerrero Manso.

Asimismo, de acuerdo con la LCSP⁴², en los pliegos de cláusulas pueden establecerse criterios de desempate referidos a la igualdad entre mujeres y hombres, los cuales deberán estar vinculados al objeto del contrato. A modo de ejemplo, un criterio podría ser que, en el caso de empate, tenga preferencia en la adjudicación del contrato la empresa, que sin estar obligada a ello, tenga un plan de igualdad ⁴³.

En el caso de que en los pliegos no consten criterios de desempate, la LCSP⁴⁴ establece que se aplicarán por orden los siguientes criterios sociales:

- Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.
- Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.
- Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.
- El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

D) FASE DE EJECUCIÓN:

En conformidad con lo establecido en la LCSP, las cláusulas sociales con perspectiva de género también pueden ser incluidas como

42. Art. 147.1.e) LCSP.

43. “Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos”, Generalitat de Catalunya, Departament de la Vicepresidència i d’Economia i Hisenda, Direcció General de Contratació Pública.

44. Art. 147.2 LCSP.

condiciones especiales a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho europeo y se indiquen en los pliegos y en el anuncio de licitación.

De hecho, los órganos de contratación están obligados a incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución que enumera el artículo 202.2 de la LCSP, entre las que se incluyen, además de condiciones de tipo medioambiental o relacionadas con la innovación, aquellas condiciones especiales de ejecución de tipo social que tengan por finalidad eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, favorecer una participación más amplia de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar y combatir el paro que afecta a las mujeres.

Si bien, merece una mención positiva el hecho de que se contemple la posibilidad de establecer condiciones especiales destinadas a promocionar la igualdad de género en la fase de ejecución del contrato, lo cierto es que los poderes adjudicadores pueden elegir entre la aplicación de criterios relacionados con la innovación, o bien de tipo medioambiental o social, y ello conlleva que la utilización de criterios sociales no queda de ninguna manera garantizada.

En todo caso, las cláusulas de igualdad que se incluyan como condiciones de ejecución del contrato obligan a todas las empresas a tener que cumplir las condiciones establecidas en el caso de resultar adjudicatarias del contrato, hasta el punto de que su incumplimiento puede llevar aparejada la imposición de una sanción o penalidad o la resolución del contrato.

Ejemplos de estas condiciones pueden ser las siguientes:

- “Exigir que como mínimo un xxx de las nuevas contrataciones para la prestación del contrato sean mujeres”⁴⁵.
- “En las nuevas contrataciones para la ejecución del contrato, al menos un xxx de los puestos de trabajo cualificados, de responsabilidad o gerencia de la empresa adjudicataria deberán estar ocupados por mujeres durante la ejecución del contrato”⁴⁶.
- “La empresa adjudicataria deberá emplear en la plantilla que ejecute el contrato a x mujeres con dificultades de acceso al mercado laboral y a mantener su contratación durante toda la prestación contractual”⁴⁷.

Se puede observar que el contenido de las condiciones especiales de ejecución de tipo social puede ser muy parecido al establecido como criterio de adjudicación, si bien en el caso del criterio de adjudicación éste otorga una puntuación adicional a las ofertas que cumplan con dichos criterios y en el caso de las condiciones de ejecución, éstas deben ser cumplidas obligatoriamente durante la ejecución del contrato.

En el documento titulado *“Incorporación de la perspectiva de género en contratos, subvenciones, convenios y conciertos”* elabo-

45. “Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos”, Generalitat de Catalunya, Departament de la Vicepresidència i d’Economia i Hisenda, Direcció General de Contratació Pública.

46. Instrucción relativa a la incorporación de cláusulas sociales de género en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Zaragoza, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal.

47. “Incorporación de la perspectiva de género en contratos, subvenciones, convenios y conciertos”, Instituto Navarro para la Igualdad y Federación Navarra de Municipios y Concejos.

rado por el Instituto de Navarra para la Igualdad y por la Federación Navarra de Municipios y Concejos, se propone una metodología de aplicación para la inclusión de criterios sociales de género como condición especial de ejecución, la cual, por su claridad, incluimos a continuación:

- En primer lugar, se propone realizar un análisis previo del contrato: valor estimado, características, plazo de ejecución, oferta del mercado, nivel de responsabilidad social del sector a contratar, convenio aplicable, subrogación del personal y número y cualificación necesaria del personal que ejecutará el contrato.
- En segundo lugar y en lo que se refiere a la perspectiva de género, se incluirán las cláusulas que resulten más adecuadas a la prestación contractual.
- En tercer lugar, es preciso adaptar las cifras, cuantías o porcentajes a las características del contrato. Así, atendiendo al sector al que vaya dirigido el contrato, habrá casos en que al estar la mujer infrarrepresentada, será adecuado y proporcional obligar a que la plantilla que ejecute el contrato cuente con un alto porcentaje de mujeres, y otros casos en que al tratarse de sector feminizados cabrá exigir un porcentaje menor.

E) FASE DE VERIFICACIÓN:

Por último, es muy importante la verificación de cumplimiento de las cláusulas sociales de perspectiva de género por parte del contratista, ya que es realmente el mecanismo que permite garantizar el cumplimiento de la finalidad de una contratación pública socialmente responsable.

Para ello, los poderes adjudicadores deben hacer constar en los pliegos la manera en que el contratista que resulte adjudicatario del contrato debe acreditar el cumplimiento de las mencionadas cláusulas y cuáles son los mecanismos de control por parte del poder adjudicador, así como las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas.

A modo de ejemplo, el órgano adjudicador puede indicar junto a la cláusula de género, que a los efectos de verificación, el contratista deberá presentar antes de la finalización del contrato un informe en el describa las actuaciones realizadas para dar cumplimiento a cada una de las cláusulas sociales establecidas en el pliego. También podrá exigirse al contratista la presentación de los correspondientes contratos de trabajo para acreditar la contratación de personal femenino en la ejecución del contrato.

Respecto a las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas, deberán atender a su gravedad, pudiendo conllevar bien la resolución del contrato o bien la imposición de sanciones, lo cual deberá constar en todo caso en el pliego.

3.6 INTERPRETACIÓN POR LAS INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES

Tal y como hemos anticipado en los apartados 2.2 y 2.3 de este informe, tanto las Directivas comunitarias como la LCSP establecen la necesidad de que los criterios de adjudicación, consistentes en cláusulas sociales, estén vinculados al objeto del contrato.

Pues bien, la determinación de si un criterio social está o no vinculado al objeto del contrato constituye una cuestión controvertida, que ha sido sometida a debate jurisprudencial, el cual hemos de señalar que presenta discrepancias que obedecen precisamente a la disparidad de interpretaciones sobre qué debe entenderse por vinculación al objeto del contrato, así como sobre la repercusión que en cada caso pueda tener el criterio social en la calidad de la prestación.

Con relación a estas dificultades interpretativas se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, al señalar que⁴⁸ *“la regulación de los criterios sociales y medioambientales en la Ley 9/2017, así como también en la Directiva transpuesta, no constituye precisamente un modelo de claridad y precisión, sino más bien al contrario, pues mientras, por ejemplo, el art. 1.3 de la Ley dispone la aplicación en toda la contratación pública de manera transversal y preceptiva de criterios sociales y medioambientales y éstos se aplican efectivamente en el artículo 145.2 de manera amplísima y sin restricción porcentual alguna, se exige por otro lado que estos criterios estén vinculados al objeto del contrato en la forma establecida por el art. 145.6 de la Ley, es decir, refiriéndose siempre a las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, además de que deberán lógicamente respetarse los principios de libertad de acceso, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, proclamados en el artículo 1.1 de la Ley, facilitándose asimismo (artículo 1.3) el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas y de las empresas de economía social. Principios que deben*

48. Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución nº 660/2018.

conjugarse todos ellos simultáneamente a la hora de enjuiciar la legalidad de los criterios propuestos, lo que no resulta precisamente fácil y puede dar lugar a interpretaciones divergentes”.

Entrando ya en los parámetros interpretativos, podemos mencionar diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en las que este órgano ha acordado que la inclusión como criterio de adjudicación de la disposición del distintivo de las empresas en materia de igualdad, recogido en el artículo 50 de la Ley de Igualdad, es contrario al ordenamiento jurídico por considerar que ello constituye una infracción de las exigencias de vinculación al objeto del contrato que establece el artículo 145.5 de la LCSP, por tratarse de una cualidad genérica de la empresa y por no referirse a ninguno de los momentos del ciclo de vida del contrato.

Entre otras, las Resoluciones nº 632/2018, de 29 de junio; nº 660/2018, de 6 de julio; la nº 972/2018, de 26 de octubre; la nº 235/2019, de 8 de marzo; y la nº 388/2019, de 17 de abril de 2019.

Asimismo, podemos citar la Resolución nº 1116/2019, de 7 de octubre de 2019, dictada por este mismo órgano administrativo, en la que considera que la inclusión de un criterio de mejora, consistente en la asignación de puntos por contar con un órgano directivo compuesto mayoritariamente por mujeres, en las bases de un contrato, cuyo objeto es la prestación de un servicio integral de información, prevención y atención psicosocial de la violencia de género y promoción de la igualdad y para la vida independiente que se prestará de manera itinerante, no es acorde a la normativa de aplicación. En particular, indica que el criterio no está vinculado al objeto del contrato y que no mejora la calidad de la prestación del servicio ni aporta ningún valor añadido a la ejecución del contrato.

Además de las anteriores resoluciones, podemos citar el Acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, adoptado por el Tribunal Administra-

tivo de Contratos Públicos de Navarra en el que este órgano declara la nulidad de una cláusula del pliego de condiciones denominada “presencia de mujeres en el equipo técnico que van a desarrollar los trabajos”, por considerar que ni el criterio está vinculado al objeto del contrato, ni se justifica en el expediente que la contratación de mujeres para la prestación del servicio suponga una mejora en la prestación del servicio, ni su incidencia en el objeto del contrato. En particular, apunta que *“el hecho de que se alegue que dicho criterio se debe a la infrarrepresentación de mujeres en el sector en el que se encuadra el contrato es de 0,47, no justifica el establecimiento de un criterio de adjudicación que no está relacionado con el objeto del contrato y que no comporta una ventaja, directa o indirecta, en la prestación del servicio”*.

Se puede observar que existe una postura interpretativa reacia a la admisión de criterios de adjudicación basados en cláusulas de género, que interpreta de forma absolutamente restrictiva la vinculación que el criterio ha de tener con el objeto del contrato.

Sin perjuicio de ello, también existe otra línea interpretativa favorable a la inclusión de criterios sociales. Entre otras, podemos citar, por su claridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (RJ\2012\7912) que dispone lo siguiente:

“Lo primero que debe subrayarse es que la sentencia recurrida realiza esta concreta declaración “Estas medidas pueden favorecer laboralmente a la mujer, en caso de igualdad de méritos entre candidatos”.

Esto significa, lo haya expresado la sentencia “a quo” con mayor o menor fortuna, que a la polémica puntuación concedida por el porcentaje de personal femenino fijo en la empresa no se le atribuye el valor de constituir un criterio más de adjudicación que juegue de manera acumulativa con los demás, sino el de ser un elemento para

otorgar una preferencia en la adjudicación solamente en el caso de que, con la aplicación de los criterios objetivos que deben regir en la adjudicación, se produzca una situación de igualdad o empate entre dos o más ofertas o proposiciones.

Dicho de otra forma, la sentencia de Extremadura declara válida esa puntuación correspondiente al personal femenino fijo en la empresa si se utiliza con posterioridad a la aplicación de los criterios objetivos que deben decidir la adjudicación, una vez advertida la igualdad en esos criterios y como preferencia para decidir el empate producido. Y siendo ese el criterio de la sentencia recurrida, según resulta de esa declaración suya literal y de su lectura global, no cabe compartir todos esos reproches de que no respetó los criterios objetivos relacionados con el objeto del contrato y confundió criterios de adjudicación y preferencia que se le han dirigido con la finalidad de apoyar los motivos de casación primero, segundo y tercero.

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

La primera es que la igualdad de mujeres y hombres es una aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo que proclama el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) ; y, en relación con ese derecho, el texto constitucional (artículo 9.3) dirige a los Poderes Públicos este enérgico mandato: “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social “.

La segunda es que, según resulta de su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586),

de igualdad efectiva de hombres y mujeres, viene a cumplir el mandato constitucional a que acaba de hacerse referencia.

(...)

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

(...)

La cuarta y última consideración es que, según deriva de todo lo anterior, circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, contrario a esa transversalidad que con tanta amplitud se define en la LO 3/2007 [LOI]; pues lo que dicha transversalidad demanda es que, dentro de ese ámbito de la contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida”.

Sin perjuicio de que el Tribunal Supremo considera la validez de la cláusula de género incluida en el contrato, es importante tener presente que lo hace de manera limitada en la medida en que, como se puede comprobar, *“no se le atribuye el valor de constituir un criterio más de adjudicación que juegue de manera acumulativa con los demás, sino el de ser un elemento para otorgar una preferencia en la adjudicación solamente en el caso de que, con la aplicación de los criterios objetivos que deben regir en la adjudicación, se produzca una situación de igualdad o empate entre dos o más ofertas o proposiciones”.*

También podemos hacer mención a la Resolución nº 210/2016, de 18 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que considera que la introducción de mejoras sociales (consistentes en valorar hasta un máximo de 5 puntos aquellas empresas que para la ejecución del contrato se comprometan

a incorporar a su plantilla personal en situación o riesgo de exclusión del mercado laboral o personas con discapacidad), no resultan contrarias a Derecho porque no introducen elementos distorsionadores de la igualdad y concurrencia ni desvirtúan el principio general de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, que rigen la fase de adjudicación. Es decir, esta Resolución considera que los criterios de adjudicación son ajustados a derecho, toda vez que atienden a la aptitud de la licitadora, si bien además guardan relación con el objeto del contrato.

4.

REALIDAD SOCIAL Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CUANDO LA REALIDAD ES LA DESIGUALDAD FRENTE AL CRITERIO DE PRECIO MÁS ASEQUIBLE U OTROS

4.1 SITUACIÓN ACTUAL SEGÚN LOS ESTUDIOS

La evolución legislativa a la que nos hemos referido a lo largo de este informe muestra que, tanto en la Unión Europea como en España, se han dado pasos importantes para avanzar en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en la contratación pública.

Si bien, sería deseable una mayor flexibilidad en la regulación, como sucede en el caso de los procesos de concesión de subvenciones públicas, es innegable que ha habido importantes mejoras.

Así, tanto las Directivas comunitaria como la LCSP y demás leyes autonómicas en materia de contratación pública incorporan obligaciones y opciones procedimentales para lograr una contratación pública responsable a la que se le apliquen cláusulas sociales con perspectiva de género.

Sin embargo, los estudios e informes estadísticos reflejan que todavía persisten importantes desigualdades entre mujeres y hombres.

En este sentido, la Comisión Europea en su “Comunicación so-

bre cómo conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa” de fecha 3 de octubre de 2017 dispone que “las posibilidades de contratación estratégica no se utilizan suficientemente. El 55% de los procedimientos de contratación siguen utilizando el precio más bajo como único criterio de adjudicación. Las directivas sobre contratación pública dan completa libertad a los compradores públicos para optar por compras basadas en criterios cualitativos de coste-eficacia. Sin embargo, la mayoría de las licitaciones económicamente ventajosas sobre la base de un enfoque de relación coste eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos, siguen estando infrutilizados”.

A lo anterior, la Comisión Europea añade que “los procedimientos de contratación son demasiado complejos y adolecen de una excesiva carga administrativa, incluso tras la gran reforma y simplificación de las normas de la UE que se llevó a cabo en 2014”.

Es decir, en opinión de la propia Comisión Europea, las posibilidades que brindan las nuevas directivas para fortalecer la perspectiva social de la contratación pública están infrutilizadas.

Prueba de ello es que, según diferentes informes, la situación de discriminación y desigualdad sigue presente.

En particular, podemos citar el informe “*Global Gender Gap de 2018*”⁴⁹ del Foro Económico Mundial, según el cual “*el nivel de paridad alcanzado en 2018 fue del 68% y la brecha de género global del 32%. La mayor es la desigualdad de acceso al poder político (77,1%) (en referencia al poder al frente de las empresas y otras instituciones), seguida del déficit de participación económico (41,9%) mien-*

49. <https://es.weforum.org/reports/the-global-gender-gap-report-2018>

tras las menores brechas de género atañen al acceso a la educación (4,4%) y a la salud (4,6%) (...) En España el nivel de paridad en el acceso al poder político es del 35,4% y el nivel de participación de las mujeres con respecto a los hombres del 66,7%”

Asimismo, es muy ilustrativo el *“Estudio sobre la aplicación de la Ley de Igualdad en el ámbito de la cultura”* del Observatorio de Creación y Cultura Independiente (febrero, 2020) del que podemos extraer algunos datos llamativos, que incluimos a continuación:

- En primer lugar, según el estudio el porcentaje global de mujeres ocupando puestos con categoría de dirección general durante el periodo 2000 a 2018 ha sido de 27,7% mientras que el porcentaje de mujeres con cargos con categoría de subdirectoras se eleva al 46,2% durante los mismos años
- En segundo lugar, el estudio indica que durante el periodo 2000 a 2018 solo una de cada cuatro personas en los patronatos de fundaciones y entes públicos es una mujer: el 73% son hombres frente a un 27% de mujeres.
- El estudio también establece la baja presencia de mujeres en el Consejo de instituciones públicas. A modo de ejemplo, cita el Consejo Estatal de las Artes Escénicas y de la Música y señala que la representación de las mujeres en el referido Consejo en el periodo 2010 a 2018 es del 31,4% frente al 68,6%.
- El estudio indica igualmente que la distribución entre mujeres y hombres de todos los jurados a lo largo del periodo 2000 a 2018 es 58% hombres y 41,9% mujeres.
- En quinto lugar, el estudio establece que la brecha salarial total entre géneros en España es del 35,7% y en la UE del 39,6%.

Son igualmente interesantes los datos que ofrece el Informe de Impacto de Género que acompaña a los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio 2019. En concreto, señala que en el ámbito universitario, los puestos de responsabilidad siguen siendo mayoritariamente masculinos (en 2018 solo había 17 mujeres rectoras, lo que supone un 20,5% del total). En las Reales Academias es incluso inferior (de las 11 Reales Academias existentes, las mujeres representan tan sólo el 11,7% y, en sus Juntas Directivas, el 13,4%). En el ámbito judicial, indica que si bien las Juezas, Magistradas, Fiscales y Letradas de la Administración de Justicia suponen, en 2017, un 60,1%, se observa que, a medidas que aumenta la escala de jerarquía, disminuye el porcentaje de mujeres (en el Tribunal Supremo sólo hay un 14,1% de mujeres y en el Tribunal Constitucional el 16,7%)⁵⁰

Resulta evidente que los cambios normativos no han sido suficientes para lograr la plena igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la contratación pública y que éstos han de ir acompañadas tanto de una voluntad política de cumplimiento de este objetivo como de una efectiva aplicación de los mecanismos contemplados en dicha normativa.

4.2 MECANISMOS QUE OFRECE LA LEY DE IGUALDAD

La Ley de Igualdad establece diferentes herramientas para avanzar en el cumplimiento de dicho objetivo.

50. http://www.congreso.es/docu/pge2019/IIG_2019.pdf

Por una parte, dispone que el Gobierno ha de aprobar periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades en el que debe definir los objetivos y medidas prioritarias para eliminar cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.

Pues bien, se puede comprobar que en la fecha de elaboración de este informe el último Plan publicado por el Gobierno se refiere al periodo 2014-2016⁵¹.

En este Plan se ofrecen datos de interés, algunos de los cuales incluimos a continuación:

- Según el Plan, dentro del mismo sector y/o de la misma empresa, las mujeres desempeñan ocupaciones de menor valor y peor remuneración.
- El porcentaje de mujeres y hombres que ocupan puestos de “dirección y gerencia” ofrece una aproximación empírica que ilustra este fenómeno: sólo el 3,2% de las mujeres empleadas ocupan estos puestos frente a los hombres que lo hacen en un 6,0%, de manera que los hombres son 69,5% de las personas ocupadas en esta categoría y las mujeres, únicamente, el 30,5% restante.
- Si se acumulan los datos de todas las elecciones generales desde 1977 hasta 2011, el porcentaje de mujeres electas como diputadas del Congreso de los Diputados es del 19,04% y el de varones del 80,96%.
- Si se acumulan los datos de todas las elecciones generales desde 1977 hasta 2011, el porcentaje de mujeres electas para el Senado es del 15,83% y el de varones del 84,17%.

51. <https://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/AreaPlanificacionEvaluacion/PlanificacionEvaluacionPPI.htm>

- En 2013 el porcentaje de mujeres en el Tribunal Constitucional era de 16,7%.
- Durante 2013 las mujeres representaban en el Tribunal de Cuentas el 41,7%, en el Consejo de Estado el 21,9%, en el Consejo General del Poder Judicial el 33,3%, en el Consejo Económico Social el 19,7% y en la Junta Electoral Central el 14,3%.

A la vista de estos datos, en este Plan se establecen, entre otros objetivos, promover la igualdad de trato y oportunidades en el empleo del sector público, no sólo en aras a cumplir con el mandato legal, sino como referente y motor de cambio para conseguir dicha igualdad en el sector privado. Así como, promover la igualdad de trato y oportunidades en los procesos de contratación pública, mediante la elaboración de estudios de experiencias desarrolladas en el ámbito nacional y en otros países de la Unión Europea, relacionadas con la integración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en los ámbitos de contratación pública y las subvenciones, así como la incorporación, en los cursos de formación para el personal técnico de contratación y para las personas con responsabilidad en la toma de decisiones, de contenidos específicos sobre cómo promover la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

Estas medidas son de gran importancia teniendo en cuenta que la contratación pública en España representa entre el 10% y el 20% del PIB⁵² y en la Unión Europea el 14% del PIB⁵³.

52. Informe de la CNMC de 7 de febrero de 2019.

53. https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/docs/2019/performan-ce_per_policy_area/public_procurement_en.pdf

Pues bien, pese a que los anteriores datos constatan la urgencia de adoptar medidas efectivas para avanzar en la igualdad entre mujeres y hombres, transcurridos 4 años desde la finalización del periodo al que se refiere el último informe, no se ha publicado uno nuevo.

En segundo lugar, la Ley de Igualdad prevé la constitución de una Unidad de Igualdad en cada Ministerio, entre cuyas funciones se encuentra prestar el apoyo administrativo especializado al órgano del que dependa con la finalidad de aplicar de forma efectiva el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

No ha sido hasta el 12 de abril de 2019, es decir, 12 años más tarde de la aprobación de la Ley de Igualdad, cuando el Gobierno ha aprobado el *Real Decreto 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de la Administración General del Estado*.

En tercer lugar, la Ley de Igualdad crea la Comisión Interministerial de Igualdad, entre cuyas funciones se encuentra la coordinación necesaria y supervisión de la elaboración del informe periódico del Gobierno sobre la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el conjunto de sus actuaciones.

Pues bien, el último informe que consta publicado corresponde al periodo 2012-2013, bajo el título *“Informe periódico 2012-2013 y principales actuaciones 2014-2015”*⁵⁴.

En cuarto lugar, la Ley dispone en su artículo 34 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 la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre

54. www.inmujer.gob.es

mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

En la práctica este acuerdo está pendiente de adopción.

Por último, la Ley contempla la posibilidad de que los Poderes Públicos adopten las denominadas acciones positivas, es decir, medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

De esta manera la Ley recoge la posibilidad de que se trate de forma distinta a la mujer en aquellos casos en que exista una situación de discriminación, precisamente como mecanismo para la consecución de la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres.

Resulta patente que la Ley de Igualdad contempla instrumentos de mucho interés para conseguir la igualdad real entre mujeres y hombres, si bien no están teniendo una aplicación práctica realmente eficaz por la inexistencia de una verdadera voluntad política que los aplique de manera efectiva.

4.3 MECANISMOS QUE OFRECE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP también ha supuesto un importante avance en la medida en que incorpora mecanismos para avanzar en la igualdad entre mujeres y hombres.

Por una parte, establece que para evaluar las ofertas se tendrá en cuenta, en lugar de la oferta económicamente más ventajosa, la relación calidad-precio, lo cual da cabida a integrar aspectos sociales, tales como cláusulas de género, en los criterios de adjudicación.

Y, por otra parte, dispone que la vinculación del criterio social con el objeto del contrato se producirá cuando dicho criterio se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Sin embargo y como hemos anticipado en el apartado anterior de este informe, lo cierto es que tanto los órganos administrativos como los judiciales realizan una interpretación de las normas absolutamente restrictiva.

4.4 LAS ACCIONES POSITIVAS COMO MECANISMO PARA ALCANZAR LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

De entre los mecanismos a los que nos hemos referido en los anteriores apartados, queremos hacer una especial mención a las denominadas “acciones positivas”, que recoge la Ley de Igualdad para posibilitar el tratamiento de forma distinta a la mujer, en aquellos casos en que exista una situación de discriminación.

Si bien, resulta indiscutible que se trata de un mecanismo eficaz para la consecución de la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres, la realidad es que, tal y como demuestran las resoluciones a las que nos hemos referido, no se están aplicando de forma eficaz, pese al mandato establecido en el artículo 9.2 de la Constitución española, conforme al cual los poderes públicos están obligados a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

En este sentido, es ilustrativa la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 29 de enero de 2008 (RTC\2008\12) en la que se establece que:

“En cuanto al art. 9.2 CE hemos tenido ocasión de afirmar que «la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico –inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho– no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva» (STC 216/1991, de 14 de noviembre [RTC 1991, 216] , F. 5).

Dicho de otro modo, el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material.”

Es igualmente esclarecedora, la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de 14 de enero de 1993 (RTC\1993\3) en la que dispone que:

“Entre las situaciones de discriminación expresamente prohibidas en el art. 14 CE se contiene la que tiene por razón el sexo. Ello significa que no puede considerarse el sexo como criterio de diferenciación, concretamente en el empleo o en las condiciones de trabajo, como ha recordado la STC 19/1989 (RTC 1989\19), lo que natu-

ralmente ha de pregonarse en el ámbito de la protección social. La referencia al sexo en el art. 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del art. 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas, y al mismo tiempo, como ha señalado la STC 28/1992 (RTC 1992\28), mediante la eliminación de normas protectoras del trabajo femenino que puedan suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con los varones.

De acuerdo con las mencionadas resoluciones, el propio Tribunal Constitucional avala que, para alcanzar el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres y corregir desigualdades, en determinadas situaciones se pueden aplicar tratos diferenciados a favor de la mujer (“discriminación positiva”).

Sin embargo, esta interpretación no queda de ninguna manera reflejada en las resoluciones más recientes que se están dictando en materia de igualdad en la contratación pública.

Existen otras posturas igualmente reticentes a la inclusión de criterios sociales en la contratación pública. Nos referimos, en concreto, a la posición manifestada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su informe de 16 de julio de 2015 sobre

el Anteproyecto de la LCSP⁵⁵, en el que dispone que la contratación pública no es el instrumento correcto para el cumplimiento de los objetivos sociales comunes incluidos en las Directivas comunitarias por considerar la existencia de otros instrumentos más apropiados y menos distorsionadores de la competencia, tales como, la política de beneficios e incentivos fiscales.

55. https://www.cnmc.es/sites/default/files/709299_6.pdf

5.

MEDIDAS INTERPRETATIVAS Y LEGISLATIVAS PARA PALIAR LA DESIGUALDAD

5.1 LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

En aras a una adecuada interpretación del mandato establecido en el artículo 9.2 de la Constitución, conforme al cual los poderes públicos están obligados a promover las condiciones para que la igualdad, promulgada por el artículo 14 del mismo texto legal, sea real y efectiva, es necesario recordar el carácter material de dicho principio de igualdad reconocido por numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y cuyo antecedente se encuentra en la Norma Fundamental italiana.

La Constitución italiana aprobada en el año 1947 fue la primera en reconocer la idea de la materialidad del principio de igualdad al establecer en su artículo 3.2 que *“es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitado de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”*.

Con relación a este artículo, la Corte Constitucional italiana ha argumentado en diferentes sentencias (entre las que podemos

mencionar la Sentencia de 19 de diciembre de 1962 y de 26 de enero de 1957) que *“sirve de justificación de aquellos supuestos legislativos que, aparentemente discriminatorios en la comparación de categorías o grupos de ciudadanos, en realidad restablecen la igualdad de condiciones, particularmente cuando se trata de intervenciones positivas de los poderes públicos, que favorecen a los sujetos o sectores de la sociedad más débiles”*⁵⁶.

A este respecto, también es relevante la Sentencia 422/1995, de 12 de septiembre, de la Corte Constitucional, que dice:

“(…) entre las llamadas acciones positivas, dirigidas a “remover los obstáculos de orden económico y social que, imitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país, se incluyen las medidas que, de forma distinta, el legislador ha adoptado para promover el logro de una situación de igualdad de oportunidades entre los sexos”.

De lo expuesto, cabe interpretar que tanto la Constitución italiana como la Corte Constitucional de dicho país, contemplan la posibilidad de que se adopten medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones de desigualdad respecto de los hombres.

56. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Dña. Encarnación Carmona Cuenca, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 84, Abril-Junio 1994.

5.2 LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En línea con la norma constitucional italiana, nuestra Constitución recoge un pronunciamiento similar en su artículo 9.2, el cual ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, que, por su claridad, merecen ser destacadas⁵⁷.

- En primer lugar, podemos mencionar el pronunciamiento contenido en su Sentencia 34/1981, de 10 de noviembre, (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 1981), que dice: *“El principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que pueda incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.2). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como*

57. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Dña. Encarnación Carmona Cuenca, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 84, Abril-Junio 1994.

declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.”

- Es igualmente relevante la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981), que indica que: *“El acto del Legislativo se revela arbitrario (...) cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación –que ésta concierne al art. 14–, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley”.*
- Procede también traer a colación la Sentencia 19/1989, de 31 de enero, (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989), señala que: *“Pero, como hizo notar este Tribunal en la STC 128/1987, de 16 de julio, la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución (...). De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por*

otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre la igualdad y no discriminación”.

- Finalmente, mencionamos la Sentencia 25/1989, de 3 de febrero, (BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989), que dice: *“Como este Tribunal viene declarando reiteradamente (...) el principio de igualdad (del artículo 14) no prohíbe toda diferencia de trato; dicho principio sólo puede entenderse vulnerado cuando la desigualdad denunciada está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de esta justificación ha de apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una razonable proporcionalidad entre medios y fines. Pues bien, las exigencias derivadas del mencionado principio (...) pueden concretarse en dos puntos: a) las medidas adoptadas, que originan la desigualdad, han de estar en función del interés público sin postergar arbitrariamente otros intereses dignos de protección, y b) dichas medidas han de contar con un fundamento técnico-económico”.*

En aplicación de la anterior interpretación del Tribunal Constitucional, el propio Tribunal en su Sentencia 180/1991, de 23 de septiembre, declara no discriminatoria ni contraria al principio de igualdad del artículo 14 la concesión de una subvención pública para gastos de abogado y procurador a los afectados por el síndrome tóxico y no a los acusados en el proceso penal. En opinión del Tribunal, además de la excepcionalidad de la situación y el gran número de afectados, debía tenerse en cuenta la distinta situación económica de las dos partes del proceso. Mientras que los acusados contaban con medios económicos suficientes para contratar a los letrados de su elección,

los afectados por el síndrome provenían de los estratos de la sociedad económicamente más débiles⁵⁸.

Las interpretaciones expuestas tienen una gran relevancia para el caso objeto de este informe, en la medida en que justifican que, en supuestos de desigualdad material entre mujeres y hombres en la contratación pública, se les pueda aplicar un trato diferenciado y dar un tratamiento legal más favorable a la mujer, siempre que esta se encuentre en una situación de inferioridad.

Dicho esto, resulta necesario que tanto la Ley de Igualdad como la LCSP sean interpretadas bajo el paraguas de la teoría del Tribunal Constitucional.

5.3 LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Tanto la Ley de Igualdad como la LCSP prevén la necesidad de que incorporar la perspectiva de género de manera transversal en los procesos de contratación pública.

Así, el artículo 15 de la Ley de Igualdad establece que el principio de igualdad entre mujeres y hombres ha de informar, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos, entre la que se encuentra la contratación pública. Por su parte, el artículo 1.3 de la LCSP dispone que en la contratación pública se incorporarán de

58. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Dña. Encarnación Carmona Cuenca, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº 84, Abril-Junio 1994.

manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato.

Por ello y en la medida en que ninguna de estas normas prevalece sobre la otra, es importante que se apliquen coordinadamente para lograr la mayor eficacia en la aplicación de los mecanismos que ambas establecen, a fin de lograr la igualdad entre mujeres y hombres en los procesos de contratación pública.

Por una parte, y comenzando por la LCSP, podrían incluirse las siguientes mejoras:

- a) En primer lugar, es necesario reforzar la fase de análisis y preparación de los contratos. Como anticipábamos, la LCSP contempla en su artículo 28 la necesidad de planificar la contratación pública.

Si bien, esta norma no especifica en que ha de consistir esta planificación, ha de entenderse que, con carácter previo a la contratación, es necesario analizar las necesidades públicas a satisfacer, definir los objetivos que se pretenden cumplir y los fines que se quieren lograr, así como decidir si la actuación se realizará con medios propios o externos recurriendo a un contrato, la plantilla que será necesaria, su cualificación, el coste y la duración.

Esta planificación, si se llevase a cabo correctamente, con el tiempo suficiente y con asesoría técnica especializada en materia de igualdad, además podría permitir determinar las cláusulas de género más adecuadas para cada contrato.

Sin embargo, lo cierto es que en la práctica resulta poco habitual que la contratación pública se planifique de forma anticipada y se invierta el tiempo necesario para ello.

En este sentido, la Intervención General de la Administración del Estado, en su último informe hecho público corres-

pondiente a 2018 y elaborado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 332.11 de la LCSP, ha señalado que existe una ausencia generalizada de planificación en la contratación pública, así como de personal dedicado en exclusiva al ámbito de la contratación con formación suficiente⁵⁹.

Por ello, es necesario y urgente solventar este incumplimiento y exigir a los órganos de contratación que cumplan con esta obligación de planificación y que, en su desarrollo, incluyan la perspectiva de género, atendiendo a las medidas y objetivos establecidos en el “Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades” –que ha de ser periódicamente aprobado por el Gobierno⁶⁰–, así como a las recomendaciones y propuestas del Observatorio de Igualdad de Oportunidades⁶¹.

Un buen ejemplo a tener en cuenta, es el de la integración de la perspectiva de género en la política presupuestaria. Desde el año 2008 y por imperativo legal, el Anteproyecto de Ley de los Presupuestos Generales del Estado se acompaña de un Informe de Impacto de Género, lo cual está contribuyendo a incorporar, poco a poco, la perspectiva de género dentro de los procedimientos administrativos y presupuestarios de la Administración General del Estado. Este Informe es elaborado con la colaboración de los distintos Departamentos

59. <https://www.igae.pap.hacienda.gob.es/sitios/igae/es-ES/Paginas/inicio.aspx>
Art. 17 de la Ley de Igualdad.

60. En conformidad con el Real Decreto 1686/2000, de 6 de octubre, por el que se crea el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, este Observatorio tiene entre sus funciones formular recomendaciones y propuestas tendentes a mejorar los indicadores y sistemas de información relacionados con las mujeres.

Ministeriales e incluye diferentes programas en los que se definen las actuaciones realizadas, las actuaciones futuras y los objetivos a conseguir, todo ello respecto a las políticas de igualdad y atendiendo a lo dispuesto en el “Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades”.

Los Presupuestos con enfoque de género han tenido una gran acogida a nivel internacional, tanto en los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea, como en Australia, Canadá, entre otros.

Pues bien, como sucede en el caso de los Presupuestos, en la fase de planificación de la contratación pública también debería elaborarse un Informe de Impacto de Género, especialmente en aquellos sectores en los que el Observatorio de Igualdad de Oportunidades, detecte una infrarrepresentación de la mujer

Para ello, los órganos de contratación deberían estar asistidos de un equipo técnico con formación en materia de igualdad de género que les permita realizar un análisis y diagnóstico del estado de situación, determinar los objetivos que deben alcanzarse para la consecución de la igualdad mediante los contratos públicos y plantear las actuaciones necesarias para ello, incluyendo, si es necesario, las acciones positivas previstas en la Ley de Igualdad.

Es decir, es de suma importancia que los órganos de contratación destinen tiempo y recursos en llevar a cabo esta fase de planificación con perspectiva de género, para de esta manera incluir criterios de género adecuados en los procesos de contratación.

En igual sentido, la Intervención General de la Administración del Estado, con la asistencia de la Comisión Intermi-

nisterial de Igualdad y de las Unidades de Igualdad, debería verificar, no sólo si los órganos de contratación cumplen con la obligación de planificación, sino, además, si cumplen con el deber de incorporar en los procesos de contratación, con carácter transversal, la perspectiva de género.

Para ello, debería especificarse en el artículo 332.11 de la LCSP que la Intervención General de la Administración del Estado recogerá en su informe “los resultados más significativos de su actividad de control en la contratación pública, entre los que se incluirá si el órgano de contratación ha incorporado o no criterios sociales y de igualdad entre mujeres y hombres en dicha contratación”.

Antes de continuar y en relación con la cuestión abordada en este punto, no queremos dejar de mencionar la existencia soluciones de interés adoptadas en países de nuestro entorno. Nos referimos, en concreto, a Suecia, que, según el Instituto de Igualdad de Género (EIGI), es el país de la Unión Europea que encabeza la lista en cuanto a puntuación que refleja la igualdad, que alcanza los 83.6 puntos⁶².

La asociación “Swedish Association of Local Authorities and Regions SALAR”, ha publicado una guía de género y contratación pública informando sobre las distintas posibilidades legales existentes para fomentar la inclusión de cláusulas de igualdad de género en la contratación pública, siempre bajo el paraguas de la legislación nacional y Europa. En concreto, recomienda la realización de un estudio, con carácter

62. https://ec.europa.eu/spain/news/20191031_what-tell-us-the-new-report-of-gender-equality%3F_es

previo a la redacción de los pliegos de contratación, en el que se analicen las siguientes cuestiones:

- ¿Es posible integrar una perspectiva de género en este servicio?
- ¿Este servicio conlleva consecuencias que pueden hacer que sea esencial hacer un análisis de género?
- ¿Existen estadísticas relacionadas con la participación de las mujeres en el servicio respectivo?
- ¿Qué impacto tendrán en los servicios si los contratos con concedidos a mujeres?
- ¿Existe una conexión entre los servicios que se van a adquirir y los objetivos de igualdad de género que la autoridad de adquisiciones podría haber establecido?

Fruto de este análisis, fue, a modo de ejemplo, la decisión adoptada por Stockholm County Council (SCC) en el año 2016, en virtud de la cual se incluyó la igualdad de género como criterio general en el objeto del contrato público. En particular, la SCC estableció que una condición previa para contratar en lo que a cuidadores de hospital se refiere, era que su trabajo se rigiese por principios de calidad y tratamiento de igualdad entre hombres y mujeres en la atención médica.

b) En segundo lugar, debería establecerse en el articulado de la LCSP que la interpretación de la concurrencia de vinculación entre los criterios sociales, tales como el de igualdad entre mujeres y hombres, y el objeto del contrato debe realizarse necesariamente teniendo en cuenta el principio de igualdad material establecido en el artículo 9.2 de la Constitución, así

como lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Igualdad, que dispone que los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

De este modo, los órganos de contratación contarían con un apoyo jurídico más contundente para incorporar criterios de igualdad, cuanto menos como criterios de mejora o de ejecución, en aquellos supuestos en que, en el sector a que se referiera el contrato exista una infrarrepresentación de la mujer, y se pueda justificar que la contratación de mujeres añada calidad al contrato.

c) En línea con la Ley Foral de Navarra, en el artículo 1.3 debería mencionarse con mayor contundencia que, en toda contratación pública, se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales, entre los que se encuentran criterios en materia de igualdad de género, tanto en la fase de adjudicación como en la fase de ejecución.

De esta manera y como sucede en la normativa de Navarra, tanto los órganos de contratación, como los Tribunales y los órganos administrativos se encontrarían con una normativa que establece de manera más explícita la obligación de incorporar criterios de género en los procesos de contratación pública.

d) Otro aspecto positivo de la Ley Foral de Navarra, que sería conveniente incluir en la LCSP es que la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género sea la primera opción de desempate para el caso de que dos o más propuestas obtengan la misma puntuación en la fase de valoración.

e) En la normativa Navarra existe otro punto que consideramos de interés, consistente en la fijación de un valor mínimo para los criterios de adjudicación de carácter social. Este punto debería quedar recogido en la Ley estatal.

Con carácter general, sería deseable disponer de una normativa más flexible, como sucede en el caso de los procesos de concesión de subvenciones públicas.

En las subvenciones públicas se puede establecer una prohibición para concurrir no prevista en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Por ejemplo, está permitido recoger la prohibición para concurrir en la convocatoria de la subvención a aquellas entidades, cuya actuación sea discriminatoria entre mujeres y hombres o contraria al principio de igualdad.

Asimismo, en las subvenciones públicas se pueden señalar requisitos para participar que no serían factibles en la contratación pública. Por ejemplo, que el 50% de la plantilla de la entidad sean mujeres.

En las subvenciones no es necesario que los criterios de género se encuentren vinculados al objeto del contrato, motivo por el que se pueden establecer criterios de valoración referidos a la totalidad de la plantilla de la entidad, o bien a su objeto social.

Sin embargo, lo cierto es que para ello, sería necesaria una previa revisión de las directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Por otro parte, y en lo que se refiere a la Ley de Igualdad, es de gran importancia que se apliquen de manera eficaz las diferentes herramientas que incorpora dicha norma, en aras a propiciar la inclusión de cláusulas de igualdad en las diferentes fases de la contratación pública.

Nos referimos, entre otras, al Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, al Informe Periódico, al Acuerdo que debe ser aprobado anualmente por el Consejo de Ministros para la determinación de los contratos públicos que han de incluir condiciones de ejecución tendentes a promover la igualdad, a la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y a las Unidades de Igualdad.

Para ello, consideramos que la regulación de algunas de estas herramientas podría ser mejorada para incrementar su eficacia. A continuación, enumeramos estas posibles mejoras:

1) En primer lugar, la Ley, en su artículo 34.1, dispone que el Consejo de Ministros debe acordar anualmente los contratos públicos que han de incluir condiciones de ejecución tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres.

Pues bien, consideramos que para incrementar la efectividad de esta medida, sería deseable que la Ley, por una parte y en línea con el artículo 145 de la LCSP, determinase que dichas condiciones se establezcan, no sólo como condiciones de ejecución, sino también como condiciones de adjudicación.

Asimismo, pensamos que el mencionado artículo debería incorporar una casuística dentro de la cual, al amparo del principio de igualdad material reconocido por el Tribunal Constitucional al que nos hemos referido con anterioridad, sea obligatorio incorporar dichas condiciones en un proceso de contratación pública. A modo de ejemplo, podría concretarse que, en aquellos casos en que los informes y estudios, pongan de manifiesto la existencia de desequilibrios entre mujeres y hombres en determinados sectores o puestos, como pueden ser los cargos directivos o de responsabilidad, deberán incluirse necesariamente los anteriores criterios, en conformidad con lo establecido en la normativa de contratación pública.

Este mismo artículo, en su apartado 2, dispone que *“los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación”*.

En nuestra opinión, la efectividad de esta medida queda limitada por su vinculación con el Acuerdo del Consejo de Ministros, que ha de ser aprobado cada año. Este artículo debería establecer unas directrices concretas con arreglo a las cuales haya de determinarse la preferencia en la adjudicación a favor de aquellas empresas que cumplan con criterios de igualdad, en lugar de depender del referido acuerdo. A modo de ejemplo, podría indicarse que, en aquellos casos en que se observe una infrarrepresentación de la mujer en el sector a que se refiera el contrato, los organismos de contratación podrán establecer en los pliegos la preferencia en la adjudicación de los contratos de las propuestas presentadas por aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional acrediten el cumplimiento de la condición que favorezca la igualdad entre mujeres y hombres, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación.

2) Además de lo anterior, consideramos que es una cuestión de *lege ferenda* recoger en esta Ley la obligación de los órganos de contratación de motivar, mediante la emisión del correspondiente informe, tanto su decisión de no incorporar cláusulas de igualdad en los procesos de contratación como, en el caso de incluirlas, su decisión de adjudicación. En relación con esta última cuestión, es importante que el órgano de contratación justifique sus decisiones, a fin de poder comprobar si, en caso de empate, se adjudica el contrato a la parte que se ha comprometido a cumplir con las cláusulas de igualdad.

De esta manera se podría controlar si, en aquellos casos en que los informes y estudios estadísticos ponen de manifiesto que en un sector determinado no se está cumpliendo con el principio de igualdad, los órganos de contratación respetan o no el mandato establecido en el artículo 9.2 de la Constitución y aplican debidamente lo dispuesto, tanto en el artículo 11 –que hace un llamamiento a los poderes públicos para adoptar medidas en favor de las mujeres para corregir situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres- como en el artículo 34 de la Ley de Igualdad.

Esta obligación de la Administración Pública de motivar las decisiones que dicte en el ejercicio de potestades discrecionales se encuentra contemplada en el artículo 35 de la Ley 39/15, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, asimismo, ha sido objeto de análisis por el Profesor D. Eduardo García de Enterría, quien señala que:

“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello

*motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto*⁶³.

- 3) En tercer lugar, en nuestra opinión deberían ampliarse las funciones de la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y de las Unidades de Igualdad, contempladas en los artículos 76 y 77, así como en el Real Decreto 1370/2007, de 19 de octubre, por el que se regula la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y el Real Decreto 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de la Administración General del Estado.

En este momento y en conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1370/2007, la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres tiene encomendada las funciones de seguimiento y coordinación de la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y de su integración activa en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y dotación presupuestaria de sus políticas públicas y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades; de análisis, debate y seguimiento del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, de coordinación y supervisión de la elaboración del Informe periódico

63. Curso de Derecho Administrativo I, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Editorial Thomson Reuters, 2017, pág. 612

del Gobierno, sobre la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el conjunto de sus actuaciones; y de seguimiento y coordinación del desarrollo y aplicación de los informes de Impacto de Género y de las actuaciones de las Unidades de Igualdad, así como de la participación de las mujeres en los puestos de representación y dirección de la Administración General del Estado.

Asimismo, y de acuerdo con el artículo 3 del Real Decreto 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de la Administración General del Estado, estas Unidades cumplen las siguientes funciones: asesorar y proponer, en sus respectivos ámbitos, las actuaciones o iniciativas, incluidas las formativas, que favorezcan la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; asesorar y coordinar la elaboración, seguimiento y evaluación de los Planes de Igualdad entre mujeres y hombres de la Administración General del Estado en sus respectivos departamentos ministeriales, así como participar en la Comisión Técnica de Igualdad de Oportunidades y Trato de Mujeres y Hombres de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado y en sus grupos de trabajo; elaborar los diagnósticos, propuestas e informes que sean necesarios y que deriven de los acuerdos adoptados por la Comisión Técnica de Igualdad, que fueran requeridos por la Dirección General de la Función Pública; coordinar la recopilación de información para la elaboración, seguimiento y evaluación de los planes directivos o estratégicos de igualdad en su respectivo departamento ministerial; recabar la información sobre la implementación del protocolo frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en sus respectivos

departamentos ministeriales, así como desarrollar las actuaciones que se les asignen en dicho protocolo; realizar un informe anual sobre las políticas públicas de igualdad llevadas a cabo por su departamento ministerial y así como sobre las actuaciones desarrolladas por la Unidad.

Pues bien, en nuestra opinión la Comisión Interministerial de Igualdad debería, además, tener encomendada la función de hacer un seguimiento de si, dentro de los diferentes departamentos ministeriales, se está atendiendo a la obligación de incluir criterios de igualdad en los procesos de contratación, especialmente en aquellos casos en que los estudios e informes estadísticos reflejen la existencia de desigualdad entre mujeres y hombres en los sectores vinculados a dicha contratación.

De igual manera, entendemos que las funciones de las Unidades de Igualdad también deberían ser ampliadas en el sentido de hacer un seguimiento sobre si en el seno del Ministerio al que pertenezcan se está o no cumpliendo con la obligación de incluir criterios de igualdad en los procesos de contratación, así como de suministrar anualmente el correspondiente informe sobre esta cuestión a la Comisión Interministerial de Igualdad a los efectos de que pueda desarrollar sus funciones de manera eficaz.

De esta manera y como hemos anticipado, sendos órganos podrían asistir a la Intervención General de la Administración del Estado en el desarrollo de sus funciones de verificación, que en este momento consisten en verificar si los órganos de contratación cumplen con la obligación de planificación, pero que consideramos que también deberían incluir la comprobación de si cumplen con el deber de incor-

porar en los procesos de contratación, con carácter transversal, la perspectiva de género.

No existe en este momento ni en la Ley de Igualdad ni en la LCSP un mecanismo que permita cotejar si la inclusión de criterios de igualdad en los contratos públicos se está o no llevando a cabo. Por ello, consideramos urgente solventar este vacío legal y atribuirle una nueva función en este sentido a la anterior Comisión y Unidades de Igualdad para, de esta manera, reforzar a la Intervención General de la Administración del Estado.

Creemos que uno de los motivos por los que no se ha logrado la plena igualdad entre mujeres y hombres en la contratación pública, consiste en que no se está llevando a cabo un verdadero control sobre si los poderes públicos están cumpliendo con el mandato establecido en la Constitución.

- 4) En cuarto lugar, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, cuya importancia es destacable en la medida en que ha de incluir medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres, debería ser aprobado en unos periodos concretos establecidos por el propio artículo 17. Y ello, debido a que la indefinición del término “periódicamente” está provocando momentos en los que no se encuentre vigente ningún Plan.

Asimismo, este Plan debería profundizar en la inclusión de medidas para alcanzar el objetivo de igualdad en la contratación pública.

En el último “Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016” lo único que consta sobre esta cuestión es lo siguiente:

“En relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público se propone la siguiente línea de actuación.

Promover la igualdad de trato y oportunidades en los procesos de contratación pública.

Se establecen las siguientes medidas:

- *Estudio de experiencias desarrolladas en el ámbito nacional y en otros países de la Unión Europea, relacionadas con la integración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en los ámbitos de la contratación pública y las subvenciones.*
- *Incorporación, en los cursos de formación para el personal técnico de contratación, así como para las personas con responsabilidad en la toma de decisiones, de contenidos específicos sobre cómo promover la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.”*

Es importante que este Plan, como vehículo para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres, profundice en esta materia y plantee medidas verdaderamente eficaces para su consecución.

- 5) Lo mismo sucede en el caso del Informe Periódico que, en conformidad con el artículo 18, ha de elaborar el Gobierno y en el que han de constar el conjunto de las actuaciones desarrolladas para la efectividad del principio de igualdad. No se determina el periodo concreto en el que ha de ser realizado, si bien para que realmente sea eficaz debería elaborarse con frecuencia para, de esta manera, poder efectuar

un seguimiento constante sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo, así como valorar su eficacia.

- 6) Por último, el Observatorio de Igualdad entre hombres y mujeres también debería incluir entre sus funciones, establecidas en el Real Decreto 1686/2000, de 6 de octubre, la realización de estudios e informes específicos relativos a la inclusión de cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres en los procesos de contratación pública. Estos estudios e informes nutrirían la fase de planificación de la contratación pública a la que antes nos hemos referido.

Para concluir, hemos de señalar que es de suma importancia la inversión de esfuerzos para avanzar en la igualdad entre mujeres y hombres en la contratación pública, en la medida en que su efectividad depende de, entre otros aspectos, que se reconozca el papel fundamental que tienen las mujeres para garantizar que los servicios, obras u otras prestaciones objeto de contratación se realizan adecuadamente.

En este sentido, merece una especial mención el hecho de que en los países en los que se ha apostado y logrado una mayor tasa de empleabilidad femenina, como Noruega, se ha alcanzado una mayor renta per cápita en relación renta-calidad de vida, contribuyendo a forjar una sociedad más justa e igualitaria⁶⁴.

64. “La introducción de la perspectiva de género en los contratos que celebre el sector público”, Dña. María Consuelo Alonso García, Catedrática de Derecho Administrativo.

5.4 EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

En el ámbito internacional nos encontramos con diversidad de ejemplos de gran interés, que podrían ser implementados en nuestro país.

El primero de ellos aparece enunciado por la “Asociación de Mujeres Cineastas y de Medios Audiovisuales, CIMA”⁶⁵

En Suecia la presencia de directoras de cine en 2012 era del 26% y la Directora General del Instituto Sueco de Cine (Anna Serner) diseñó un Plan de Acción, orientado a alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, que permitió que ese porcentaje se incrementase hasta pasar a ser el 50% en 2015.

El mencionado Plan está conformado por una serie de acciones positivas, que se resumen a continuación:

La primera de las medidas del mencionado Plan consiste en la creación del sitio web <http://www.nordicwomeninfilm.com>, con el fin de hacer más visibles a las mujeres profesionales del cine escandinavo.

La segunda de las medidas se refiere a la creación del programa mentor *Moviement*, en el que cinco directoras consagradas guían a diez con una sola película en su trayectoria para que aprendan técnicas de estrategia y empoderamiento.

La tercera medida consiste en otorgar ayudas públicas al sector del cine de forma equitativa, de manera que el 50% de estas ayudas van dirigidas a mujeres.

Y, por último, se diseñan programas educativos en colegios, campamentos, festivales o concursos regionales referidos a la mujer en el mundo del cine.

Gracias a este Plan de Acción y según consta en la página web de CIMA se “consigue en 2015 que el 50% de las películas de la cinematografía de Suecia estén dirigidas por mujeres, que el 70% de la representación sueca en los festivales más importantes del mundo sea femenina y que las directoras, guionistas y productoras reciban ese año el 60% de los premios Guldbagge, los Goya suecos”.

En España se ha anunciado la reforma de la Orden CUD/769/2018, de 17 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas previstas en el Capítulo III de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, y se determina la estructura del Registro Administrativo de Empresas Cinematográficas y Audiovisuales, con el fin de reservar el 35 por ciento del presupuesto de las ayudas al cine para los proyectos dirigidos por mujeres. Esta medida sería muy positiva y constituiría un primer paso para avanzar en la consecución de la igualdad entre las mujeres y los hombres en el sector del cine.

Asimismo, algunos países no pertenecientes a la Unión Europea tienen establecidas políticas de contratación pública, en virtud de las cuales dan preferencia a las empresas propiedad de mujeres a la hora de seleccionar a los proveedores.

A continuación mencionaremos algunos ejemplos de interés.

Según el informe “Gender Smart Procurement. Policies for Driving Change, Research Paper”, editado por Susan Harris Rimmer, Global Economy and Finance Department, en diciembre de 2017, un primer ejemplo lo podemos encontrar en Australia, país con una larga historia de promoción de las mujeres y uno de los primeros en reconocer el voto femenino, a principios del siglo XX.

65. <https://cimamujerescineastas.es/anna-serner-que-estas-en-suecia/>

Desde el año 2012 la legislación exige a todas las empresas con 100 o más empleados, emitir anualmente un informe en el que se detallan, entre otros aspectos, el personal que forme parte de los órganos de gobierno y de la plantilla, desglosado por género, la remuneración, la flexibilidad laboral, el apoyo para el cuidado de hijos y familiares, orientación laboral entre empleados y empleadores y la existencia de acoso y discriminación sexual. Este informe debe ser presentado ante la Agencia de Igualdad de Género, quien a su vez, después de analizarlo, les proporciona un informe de evaluación comparativa, que les permite comprobar las áreas en las que sus competidores están mejor situados y en las que, por tanto, deben trabajar para mejorarlas.

La falta de presentación de este informe por una empresa, no conlleva la imposición de ningún tipo de sanción, si bien la Agencia de Igualdad de Género en su informe anual que presenta ante el Parlamento etiqueta a dicha empresa como empresa no conforme.

Además de lo anterior, la Agencia de Igualdad de Género organiza cada año unos premios para empresas comprometidas con la igualdad de género.

Un segundo ejemplo citado en el informe mencionado, se encuentra en Estados Unidos. En 1994 se propuso que el Gobierno Federal de Estados Unidos destinase el 5% de sus contratos a pequeñas empresas propiedad de mujeres. Tras años de trabajo, este objetivo se consiguió en el año 2015 y desde entonces el Gobierno tiene como finalidad otorgar cada año, al menos, el 5% de todo el presupuesto de contratación federal a pequeñas empresas propiedad de mujeres.

Estos contratos se destinan a las industrias donde las pequeñas empresas propiedad de mujeres están infrarrepresentadas.

Los requisitos que deben cumplir estas empresas para poder acceder a estos programas son los siguientes: ser una pequeña empresa;

asegurar que el control de, al menos, el 51% de la empresa se encuentra en manos de ciudadanos estadounidenses; y tener mujeres en la dirección de las operaciones cotidianas y en la toma de decisiones a largo plazo.

Se puede observar que otros países, conscientes de la desigualdad existente entre mujeres y hombres, han implementado fórmulas muy interesantes de aplicación en los procesos de contratación pública para evitar tal desigualdad. La fórmula que se aplica en Australia persigue que las empresas adquieran conciencia sobre la importancia de establecer medidas de igualdad. En Estados Unidos se persigue dar un trato diferente a las mujeres en un sector en el que se observa que se encuentran infrarrepresentadas con el fin de lograr la igualdad.

5.5 PROPUESTAS DE AGENTES AFECTADOS

Antes de finalizar este informe, no queremos dejar de mencionar las inquietudes manifestadas con relación a la perspectiva de género en la contratación pública, tanto por las asociaciones de mujeres de la cultura que han cooperado en su realización, como por las diferentes asistentes a los encuentros organizados por la Fundación Gabeiras y la Asociación MIM en los meses de febrero y octubre de 2019, así como en el mes de junio de 2020. Los testimonios de todas ellas han permitido recoger en este informe una casuística plural y representativa de diferentes autonomías de la geografía española.

En primer lugar, queremos destacar la manifestación de Dña. M^a. Pilar Batet Jiménez, Jefa del Servicio de Contratación y Central

de Compras de la Exma. Diputación Provincial de Castellón y miembro de la Asociación de Mujeres en el Sector Público, quien considera que existe poca experiencia en la inclusión de cláusulas de género en los procesos de contratación y que, por consiguiente, resulta necesaria una mayor preparación jurídica para realizarlo de forma correcta.

Asimismo, Dña. Carmen Peire, impulsora de la iniciativa AMEIS, Asociación de Mujeres Escritoras e Ilustradoras, opina que el sector artístico está dominado por las posiciones masculinas.

Por su parte, Dña. Celia Carrillo Castillo, vocal de la Asociación MIM y Chief Marketing Officer en Ticketmaster, señala que los puestos de dirección de las instituciones culturales son mayoritariamente ocupados por hombres, mientras que en los cargos intermedios hay una abrumadora mayoría de mujeres. Esto supone que se trate de un sector con más presencia de mujeres pero con una distribución por género muy desigual.

Se expresa en la misma línea Dña. Carmen Zapata, presidenta de la Asociación MIM y de la Asociación ASACC, destacando que es además el público femenino quien más cultura consume. Y añade que sería conveniente establecer medidas que premien a las empresas que cumplen con la normativa de género.

Ninguna de ellas ha sido parte en un concurso en el que se recogieran parámetros de género, si bien cuentan con experiencia en concursos de Dirección artística y procesos de solicitud de subvenciones públicas nacionales y autonómicas.

Por otro lado, Dña. Pilar Concepción González Almansa, Directora de teatro, productora, dramaturga y miembro de la Junta Directiva de la Liga de las Mujeres Profesionales del Teatro, destaca la importancia de que el sector público sea un ejemplo para el ámbito privado, así como la necesidad de mejorar la formación de los órganos de contratación.

Dña. María Consuelo Alonso García, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, indica que la institución a la que pertenece sí lleva a cabo contrataciones pero, sin embargo, no recoge cláusulas de género. Si bien, la Universidad ha contemplado la inclusión de la variable de género como opción social, dentro de las condiciones de ejecución del contrato, finalmente ha elegido otras variables que no se refieren a la promoción de la igualdad de género. Asimismo, informa sobre una experiencia positiva en el ámbito académico, en concreto, en 2017 participó en la convocatoria de proyectos de investigación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y se premiaba con un punto adicional al proyecto cuyo investigador principal fuera mujer.

Esta catedrática, que es miembro además de la Asociación de Mujeres Investigadoras y Tecnólogas (AMIT), valora de forma muy positiva que la Ley de Contratos del Sector Público imponga determinadas obligaciones a este respecto, como las prohibiciones para contratar con las empresas que hayan incurrido en determinados delitos relacionados con el género, la consideración automática de la oferta anormalmente baja por incumplir la legislación social, la valoración en términos cualitativos de las ofertas, la apreciación de la solvencia técnica del empresario o la obligación de incorporar una condición bien de carácter social, bien ética o medioambiental en la ejecución del contrato.

Algunas participantes apuntan a otras áreas de interés donde se podría intervenir con relación a la igualdad de género: los baremos públicos de selección de puestos (Dña. Lidia Blanco – Gestora cultural en el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía) o los procesos de contratación artística (Dña. Pilar Concepción González Almansa - Liga de las Mujeres Profesionales del Teatro).

Todas ellas expresan la idoneidad de los criterios de género en la contratación pública como medida estratégica para la consecución efectiva de la igualdad de género, si bien en algún caso, como el de Dña Maria Consuelo Alonso, se ha dejado constancia de las precauciones que es necesario adoptar para que la inclusión de estos criterios no vulnere el resto de garantías de igualdad y no discriminación que debe mantener la contratación pública.

En este sentido, Dña. Maria Consuelo Alonso García apunta que la inclusión de las cláusulas de género en la contratación pública no está todavía muy avanzada en el terreno práctico, probablemente motivada por una falta de formación del personal encargado de estas contrataciones, que desconoce cómo las puede integrar en los contratos y de qué forma. Puede existir además un cierto temor a que, si son muy rigurosos en su exigencia, ningún licitador podrá cumplir los parámetros. Concluye: “La práctica, la jurisprudencia y las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales irán despejando estas incógnitas, con lo que aumentará la seguridad jurídica y la confianza de los órganos de contratación en las posibilidades que proporciona este mecanismo”.

Dña. Cristina Andreu, Presidenta de CIMA, añade que la Ley de Igualdad debería establecer sanciones en caso de incumplimiento como medida para garantizar su efectividad, así como que el Observatorio de Igualdad debería contar con un presupuesto mayor para posibilitar la mejora en la calidad de sus estudios.

Dña. María Tardón Olmos, Magistrada Juez del Juzgado de Instrucción Central nº 3 de la Audiencia Nacional y vocal del Consejo Asesor del Observatorio Regional contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid, pone de manifiesto la importancia de mejorar la formación en materia de género, especialmente para acceder a cargos decisorios, así como de motivar las decisiones de los órganos

de contratación. Dña. Carmen de Guerrero, Profesora Titular de Derecho Administrativo, coincide en la necesidad de mejorar dicha formación. Y Dña. Lola González Díaz Blanco, Vicepresidenta de MAV, añade que hay ausencia de transparencia y claridad.

Dña. Marta Pérez Ibáñez, Presidenta del Instituto de Arte Contemporáneo, apunta la ausencia de mujeres en los cargos de responsabilidad en el sector del arte.

Por último, Dña. Celsa Pico, Magistrada de la Sala 3º del Tribunal Supremo, destaca la importancia de que las cláusulas de género se establezcan como obligatorias, pues en este momento la LCSP permite optar entre criterios sociales, medioambientales o de género y ello dificulta la aplicación de estos últimos. También considera que es necesario que el proceso de contratación concluya con un control efectivo para verificar que el adjudicatario realmente ha aplicado el criterio de género. Asimismo, apunta la importancia de promover una “Acción Pública o Popular” en materia de género.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este informe hemos realizado un análisis sobre la normativa en materia de contratación pública, tanto europea como nacional y autonómica, y las posibilidades que estas ofrecen para la inclusión de cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres.

Los datos muestran que ha habido un importante avance en esta materia, toda vez que tanto las Directivas comunitarias como la LCSP y alguna legislación autonómica, como la de Navarra y la del País Vasco, incorporan obligaciones y opciones procedimentales en aras a lograr la contratación pública responsable y establecen la obligación de aplicar cláusulas sociales en los contratos públicos, siempre que se encuentren vinculadas a su objeto.

En concreto, esta normativa dota a la Administración Pública de herramientas para incluir cláusulas de género de manera transversal en las diferentes fases de contratación. Asimismo, incluye la posibilidad de incorporar las etiquetas sociales en estos procesos.

De esta manera, el criterio económico deja de ser el único que ha de tenerse en cuenta a la hora de adjudicar un contrato público y se abre la posibilidad de que se tomen en consideración criterios sociales, como aquellos referidos a la igualdad entre mujeres y hombres.

Este paso es muy positivo en la medida en que las experiencias de otros países de nuestro entorno demuestran que el empleo de mujeres incrementa la renta per cápita, en relación renta-calidad de vida, y, por consiguiente, contribuye a forjar una sociedad más justa e igualitaria.

Sin perjuicio de todo lo anterior, tanto los informes y estudios estadísticos, tales como el informe “*Global Gender Gap de 2018*” del Foro Económico Mundial, el “*Estudio sobre la aplicación de la Ley de Igualdad en el ámbito de la cultura de febrero de 2020*” del Observatorio de Creación y Cultura Independiente, y el Informe de Impacto de Género que acompaña los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio 2019, como las conclusiones obtenidas tras los encuentros organizados por la Fundación Gabeiras y la Asociación MIM muestran que todavía queda un camino por recorrer para alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la contratación pública.

La contratación pública afecta a las mujeres en dos ámbitos; en primer lugar, a las contratistas y empresarias que presentan ofertas en las licitaciones, y, en segundo lugar, a las mujeres que conforman la plantilla de las empresas que presentan estas ofertas.

Pues bien, en todos ellos se detectan desigualdades, en especial, en los cargos directivos y de responsabilidad.

Por ello, es urgente encontrar soluciones que permitan avanzar en la igualdad de género.

Por una parte, es necesario que la aplicación de la normativa en esta materia vaya acompañada de un verdadero compromiso político de lograr este objetivo.

Como hemos señalado en el presente informe, la propia Comisión Europea en su “*La Comunicación sobre cómo conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*” de 3 de octubre de 2017 ha llamado la atención sobre el hecho de que los Estados miembros no están utilizando plenamente las posibilidades de la contratación pública como herramienta estratégica para fomentar objetivos de política social.

No hay que olvidar que, como hemos argumentado, la igualdad entre mujeres y hombres es un mandato constitucional, que, como tal obliga, a los poderes públicos a promover las condiciones para su consecución.

Este mandato, además, ha de ser interpretado en conformidad con las numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional, que disponen que, en aquellos supuestos en que existen desigualdades, se encuentra justificado, al menos, como mecanismo transitorio y provisional, establecer medidas que favorezcan a los sujetos de la sociedad más desfavorecidos con el fin de reestablecer la igualdad.

En línea con lo anterior, los poderes públicos deberían adoptar con mayor frecuencia y eficacia las acciones positivas contempladas en el artículo 11 de la Ley de Igualdad, mediante la inclusión de criterios de igualdad entre mujeres y hombres en los procesos de contratación en favor de las mujeres –cuanto menos, como criterios de mejora o de ejecución–, con el fin de corregir la situación de desigualdad a la que apuntan los anteriores estudios.

Además, también es necesario la incorporación de mejoras en la normativa vigente.

Por una parte y en lo que se refiere a la LCSP, debería exigirse a los órganos de contratación que cumplan con la obligación de planificación de la contratación pública y que, en su desarrollo, incluyan la perspectiva de género. En aras a garantizar tal cumplimiento, debería encomendarse de forma expresa a la Intervención General de la Administración del Estado la función de verificar, no sólo si los órganos de contratación cumplen con la obligación de planificación, sino, además, si cumplen con el deber de incorporar en los procesos de contratación, con carácter transversal, la perspectiva de género.

Asimismo, debe garantizarse formación adecuada y suficiente al personal técnico para que los criterios de igualdad se incluyan de manera correcta en los pliegos.

Además de lo anterior, debería establecerse en su articulado que la interpretación de la concurrencia de vinculación entre los criterios sociales, tales como el de igualdad entre mujeres y hombres, debe realizarse necesariamente teniendo en cuenta el principio de igualdad material establecido en el artículo 9.2 de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Igualdad, que dispone que los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

De este modo, los órganos de contratación contarían con un apoyo jurídico más contundente para incorporar criterios de igualdad –cuanto menos como criterios de mejora o de ejecución– en aquellos supuestos en que, en el sector a que se refiera el contrato exista una infrarrepresentación de la mujer, y se pueda justificar que la contratación de mujeres añada calidad al contrato.

También y en línea con la Ley Foral de Navarra, debería concretarse con mayor rotundidad en el artículo 1.3 que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales, con inclusión de criterios en materia de igualdad de género, tanto en la fase de adjudicación como en la fase de ejecución. Es fundamental diferenciar las cláusulas de género respecto de las cláusulas sociales, con el fin de garantizar su aplicación.

De esta manera y como sucede en la normativa de Navarra, tanto los órganos de contratación, como los Tribunales y los órganos administrativos se encontrarían con una normativa que establece de manera más explícita la obligación de incorporar criterios de género en los procesos de contratación pública.

Otro aspecto positivo de la Ley Foral de Navarra, que sería conveniente incluir en la LCSP, es que la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género sea la primera opción de desempate para el caso de que dos o más propuestas obtengan la misma puntuación en la fase de valoración.

Por otra parte y respecto a la Ley de Igualdad, debería establecerse una casuística dentro de la cual sea obligatorio incorporar condiciones de igualdad entre mujeres y hombres en un proceso de contratación pública o, en su defecto y al menos, garantizarse que el Consejo de Ministros adopte anualmente el acuerdo por el que se determinen los contratos públicos que han de incluir condiciones de ejecución tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres.

También se debería recoger la obligación de los órganos de contratación de motivar, tanto su decisión de no incorporar cláusulas de igualdad en los procesos de contratación como, en el caso de incluirlas, su decisión de adjudicación. Es importante que el órgano de contratación justifique sus decisiones, a fin de poder comprobar, por una parte, si cumple con su obligación de incluir criterios de género cuando se dan los requisitos para ello y, por otra parte, si, en caso de empate, se adjudica el contrato a la parte que se ha comprometido a cumplir con las cláusulas de igualdad.

Otra medida que entendemos que sería igualmente eficaz consiste en encomendar nuevas funciones a la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y a las Unidades de Igualdad. Sendos órganos deberían hacer un seguimiento de si, dentro de los diferentes departamentos ministeriales, se está atendiendo a la obligación de incluir criterios de igualdad en los procesos de contratación, especialmente en aquellos casos en que los estudios e informes estadísticos reflejen la existencia de desigualdad entre mujeres y hombres en los sectores vinculados a dicha contratación. De esta

manera, ambos órganos podrían asistir a la Intervención General de la Administración del Estado en el desarrollo de sus funciones de verificación.

Además, debería establecerse una periodicidad concreta dentro de la cual han de aprobarse tanto el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades como el Informe Periódico que ha de elaborar el Gobierno y en el que han de constar el conjunto de las actuaciones desarrolladas para la efectividad del principio de igualdad, toda vez que la indefinición del término “periódicamente” que consta en este momento en la Ley de Igualdad, está provocando momentos en los que no se encuentra vigente ninguno de ellos.

También, convendría incluir entre las funciones del Observatorio de Igualdad entre hombres y mujeres, la realización de estudios e informes específicos relativos a la inclusión de cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres en los procesos de contratación pública. Estos estudios e informes nutrirían la fase de planificación de la contratación pública a la que antes nos hemos referido.

Por último, es esencial promover una “Acción Pública o Popular” en materia de género.

La adopción de todas estas mejoras permitiría avanzar en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la contratación pública y, en particular, en sectores como el de las industrias creativas y culturales, en los que esta modalidad de contratación es especialmente relevante.


la cultivada

