



Lehiaren  
Euskal Agintaritza

Autoridad Vasca  
de la Competencia

## INFORME SOBRE LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SUS IMPLICACIONES PARA LA COMPETENCIA

**Expediente LEA/AVC nº 301-PROM-2018**

### Sumario

I. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, EL INTERÉS GENERAL Y LA CONTRATACIÓN.....	2
II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	4
1. Definición y tipología de Cláusulas sociales .....	4
2. Fases en el procedimiento de contratación .....	5
a. Criterios de adjudicación .....	5
b. Condiciones especiales de ejecución .....	6
c. Diferencias entre las cláusulas .....	7
3. Perspectiva de género .....	8
a. Las medidas de discriminación positiva .....	8
b. Normativa.....	9
c. Contenido sustancial de las cláusulas de género.....	12
III. ANÁLISIS y CONCLUSIONES.....	14

### Pleno

Alba Urresola Clavero, Presidenta

Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

Vocal Enara Venturini Álvarez, Vocal

Lourdes Muñoa Corral, Secretaria

Conforme dispone el Art.2 de la Ley de la Autoridad Vasca de la Competencia, LEA/AVC tiene como fin promover, garantizar y mejorar las condiciones de libre competencia y transparencia en el mercado, respecto de las actividades económicas que se ejerzan en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ley vasca 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia. BOPV nº 29, de 9 de febrero de 2012.



El Consejo Vasco de la Competencia (CVC), con la composición ya expresada, ha aprobado en su reunión celebrada el 15 de mayo de 2019 el siguiente Informe en el expediente LEA/AVC nº 301- PROM-2019.

## **I. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS, EL INTERÉS GENERAL Y LA CONTRATACIÓN**

1. Los poderes públicos, a la hora de llevar a cabo una determinada política pública tienen a su disposición toda una serie de recursos y herramientas, tanto normativos, como presupuestarios y de gestión.

Las acciones que el Sector Público puede acometer para la satisfacción de sus objetivos consisten básicamente en:

- Normas (generales o auto-regulatorias)
- Prácticas directamente ejecutadas por el personal al servicio de la Administración (gestión directa)
- Medidas fiscales (favorecedoras o encarecedoras de las conductas de los particulares)
- Subvenciones
- Convenios
- Contratos

2. Así pues, dentro de la panoplia de recursos con los que cuenta el Sector Público para llevar adelante el cumplimiento de sus objetivos, uno de ellos (y no desdeñable) es su operativa contractual. Operativa mediante la que, a cambio de un precio, obtiene en el mercado bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de sus objetivos.

3. Esquemáticamente, en atención a esta pluralidad de necesidades, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) clasifica los siguientes tipos de contrato:

- -Contrato de obras
- -Contrato de concesión de obras
- -Contrato de servicios
- -Contrato de concesión de servicios
- -Contrato de suministros



**4.** Estos contratos tienen, necesariamente, que tener un objetivo, una racionalidad, una teleología. No se puede contratar “porque sí”.

En este sentido, el Art.28 de la LCSP (Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación) dispone en su apartado primero 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...”

Es decir. Que los contratos públicos, antes que a ninguna otra cosa, habrán de orientarse al cumplimiento de unos determinados fines primarios, a la obtención de unos bienes y/o servicios necesarios para la satisfacción de los objetivos presupuestarios.

**5.** No cabe plantear una contratación caprichosa o distante a dichos objetivos pues, como proclama el Art.103.1 de la Constitución Española (CE):

“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

**6.** La propia LCSP exige, (en el mismo Art.28.1) que:

“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..., deben ser determinadas con precisión...”

**7.** Por otro lado, huelga insistir en que la actividad contractual (como toda la acción administrativa) debe ser, además de necesaria, eficiente, pues así lo prescribe el Art.31.2 de la CE:

“El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”.

**8.** En definitiva, que las administraciones públicas contratan para la satisfacción eficiente de unas necesidades que han de aparecer explicitadas y cuantificadas en el presupuesto.

Sin embargo, siguiendo el mandato constitucional, no debemos olvidar que la igualdad es uno de los valores superiores que han de impregnar todo el ordenamiento jurídico (Art.1.1 CE) y en consecuencia, la acción pública.

En el caso que nos ocupa, este principio se referencia a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que es el ámbito sobre el que habrá de operar el mandato recogido en el Art.9.2 CE:

“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas;



remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

9. Pues bien, al objeto de utilizar la operativa contractual como una herramienta eficaz en orden a la implementación de esa “acción remotriz” que persigue la eliminación de las desigualdades, la propia LCSP, en el reiteradamente comentado Art.28 (Apdo.2) añade que las entidades del sector público:

“... valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública...”

Es decir. Que al objetivo primario del contrato se le podrán incorporar consideraciones de índole social, medioambiental o innovadora. Elementos que no serán simples adherencias al objeto del contrato, sino que pasarán a formar parte de la valoración cualitativa de las ofertas, siempre que el peso de estas consideraciones no llegue a desnaturalizar, o volver ineficiente, el objetivo primario del contrato en sí.

10. Más aún. No sólo se trata de una posibilidad reconocida por el legislador, sino que la LCSP llega a imponer (Art. 202) el establecimiento de, al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativa al empleo.

## II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

### 1. Definición y tipología de Cláusulas sociales

11. Cláusulas contractuales son todas aquellas disposiciones recogidas en los pliegos de las licitaciones que estipulan el contenido de los contratos y regulan los derechos y obligaciones de las partes.

Por cláusula social, en concreto, se entiende aquella disposición recogida en los pliegos en virtud de la cual el adjudicatario del contrato asume, ya sea como condición de acceso, de valoración para la adjudicación, o como condición de ejecución, el **compromiso de cumplir con determinados objetivos de política social**. Dichos objetivos pueden ser diversos, como por ejemplo, el fomento del empleo de personas en situación, o en riesgo, de exclusión social; el fomento de la estabilidad y la calidad del empleo; la conciliación de la vida laboral y familiar; o la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, entre otros posibles.



**12.** Las últimas Directivas de contratación pública, conocidas como Directivas de cuarta generación, confirman el papel estratégico de la contratación y refuerzan la implementación de políticas sociales a través de la contratación pública<sup>2</sup>.

Las Directivas fueron transpuestas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018.

**13.** El modo de abordar las cuestiones sociales en la contratación pública admite diferentes posibilidades compatibles entre sí:

- inclusión de criterios sociales en el objeto del contrato o en las especificaciones técnicas de los pliegos
- prohibición de adjudicación de contratos a licitadores declarados culpables por incumplir una norma de comportamiento social
- criterios determinantes de la aptitud de los licitadores
- criterios de adjudicación relacionados con aspectos sociales
- condiciones de ejecución de obligado cumplimiento referidas a aspectos sociales

## **2. Fases en el procedimiento de contratación**

**14.** Como se ha expuesto, determinados objetivos de política social pueden también perseguirse mediante una compra pública socialmente responsable, a través de la inclusión en los pliegos de cláusulas de este tenor y que operarán en diferentes momentos de la contratación.

### **a. Criterios de adjudicación**

**15.** Los criterios de adjudicación se utilizan para **valorar las ofertas** presentadas por las empresas que han acreditado poseer las condiciones de solvencia suficientes para la realización de las prestaciones objeto del contrato.

---

<sup>2</sup> Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Se habla de compra pública estratégica, responsabilidad social en la contratación pública o compra pública responsable. Se considera que la contratación desempeña un papel clave para contribuir activamente en la implementación de políticas sociales de la UE en materias social, medioambiental, promoción de las PYME e innovación.

El objetivo es doble, pues su finalidad es tanto velar porque el dinero público se gaste de una manera eficaz, mediante adquisiciones que garanticen la mejor relación calidad-precio, como conseguir objetivos políticos de interés general, en particular en el ámbito de la innovación, el medio ambiente y la inclusión social.



Lo habitual suele ser el empleo de una pluralidad de criterios basados en el principio de **mejor relación calidad-precio**<sup>3</sup>. Los pliegos deberán precisar la ponderación relativa que se otorga a cada uno de ellos.

En todo caso, los criterios de adjudicación deben<sup>4</sup>:

1. Estar vinculados al objeto del contrato.
2. Formularse de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada.
3. Garantizar la evaluación en condiciones de competencia efectiva.
4. Publicarse previamente.

**16.** Por su naturaleza, se distingue entre criterios económicos (precio, o un planteamiento basado en la rentabilidad como, por ejemplo, el coste medido a lo largo de todo el ciclo de vida del producto o servicio) y criterios cualitativos (la calidad, la accesibilidad, el diseño universal, las características sociales, medioambientales e innovadoras; etc.).

Por la forma de valorarlos, se distingue entre criterios valorables mediante cifras o porcentajes (consisten en la realización de operaciones matemáticas) y criterios cuya valoración depende de un juicio de valor (existe un margen de discrecionalidad técnica del órgano que tenga que evaluar la oferta).

**17.** Para poder incluir criterios sociales como criterios de adjudicación es necesario que estos aporten un valor añadido efectivo a la prestación que se va a satisfacer, deben tener una finalidad concreta y no basta con su mero enunciado formal<sup>5</sup>.

#### **b. Condiciones especiales de ejecución**

**18.** Las condiciones especiales de ejecución operan una vez que el contrato ha sido adjudicado. Se establecen condiciones de obligado cumplimiento para el adjudicatario a la hora de realizar la prestación. Por ello, no pueden exigirse condiciones que se refieran a las características de los licitadores en el momento de presentarse a la licitación (como sería, por ejemplo, la presencia

---

<sup>3</sup> Previa justificación en el expediente, los contratos se podrán adjudicar con arreglo a criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida, conforme al Art.148.

<sup>4</sup> Art.145 LCSP.

<sup>5</sup> Resolución 600/2016, de 22 de julio, del Tribunal Económico Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).



de un número determinado de mujeres en la empresa). La verificación de su cumplimiento opera tras la adjudicación, durante la ejecución del contrato.

Las condiciones especiales de ejecución deben<sup>6</sup>:

1. Estar vinculadas al objeto del contrato
2. Respetar el principio de no discriminación
3. Incluirse en el anuncio de licitación y en el pliego o el contrato
4. Exigirse en la fase de ejecución del contrato.

Estas condiciones especiales de ejecución podrán referirse a consideraciones económicas; relacionadas con la innovación; de tipo medioambiental, o de carácter social.

### **c. Diferencias entre las cláusulas**

**19.** Las condiciones especiales de ejecución y los criterios de adjudicación pueden versar sobre las mismas materias, como la innovación, características medioambientales o sociales, etc. Sin embargo, su inclusión en una u otra fase del procedimiento de contratación opera de manera diferente y llevará aparejadas distintas consecuencias.

**20.** Hemos señalado que las condiciones especiales de ejecución se aplican, durante la ejecución del contrato por lo que, en principio, es suficiente con que el licitador, al presentar su oferta, adquiriera el compromiso de que cumplirá con tales condiciones si resulta adjudicatario del contrato. No es necesario que se cumplan al presentarse a la licitación, pero las empresas que no adquieran ese compromiso no podrán participar en la licitación y su oferta deberá ser rechazada.

Sin embargo, la inclusión de determinados elementos sociales como criterio de adjudicación, supondrá una ventaja en la valoración de la oferta del licitador que cumpla con ellos, en tanto que obtendrá la puntuación correspondiente, en detrimento de quien no acredite cumplirlos.

A diferencia del caso anterior, el hecho de no obtener ninguna puntuación en un criterio de adjudicación social, no impide participar en la licitación.

**21.** Por otra parte, si en los pliegos se estableciera como condición especial de ejecución, por ejemplo, contratar a un número determinado de mujeres durante la ejecución del contrato y dicha condición hubiera sido aceptada por el adjudicatario, su posterior incumplimiento representará una infracción de las

---

<sup>6</sup> Art.202 LCSP.



cláusulas del contrato, lo que acarrearía la imposición de las sanciones correspondientes, la resolución de contrato o, incluso, la prohibición futura de contratar<sup>7</sup>.

### 3. Perspectiva de género

#### a. Las medidas de discriminación positiva

**22.** El Art.14 de la CE establece la **igualdad** de todas las personas ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Así mismo, el Art.9.2 de la CE consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas<sup>8</sup>.

**23.** Para alcanzar el objetivo de la igualdad de hombres y mujeres, corregir las desigualdades de partida y eliminar situaciones discriminatorias, en determinadas situaciones se pueden aplicar **tratos diferenciados** en su favor, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

**24.** Este mecanismo, denominado comúnmente “discriminación positiva”, busca tratar de manera desigual y correctora situaciones sociales o económicas asimismo desiguales y perjudiciales. Equipara roles, favorece la equidad real, mejora las condiciones de grupos desfavorecidos y permite la inclusión social. Por tanto, la discriminación positiva debe ser entendida como una ayuda efectiva para que las personas puedan participar en la sociedad de forma digna, tener acceso a los mismos recursos y no ser discriminadas por razón de su género, raza, opinión, condición social, religión o género.

---

<sup>7</sup> Artículos 71, 192 y 202 de la LCSP.

<sup>8</sup> La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, incluida la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). A su vez, la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por Naciones Unidas, incorpora el compromiso con la igualdad de género de forma integral y transversal, con base en los compromisos y normas enunciados en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y la CEDAW.

<sup>9</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional, 12/2008, de 29 de enero de 2008 y 3/1993, de 14 de enero, entre otras.



Todas estas políticas, incluida la erradicación de la discriminación por razón de sexo, han de ponerse en marcha, en principio, a través de su normativa específica, así como de las correspondientes políticas públicas y presupuestarias. También, como ha quedado dicho, pueden tener su reflejo en el diseño de una actividad contractual socialmente responsable por parte de las distintas administraciones.

## **b. Normativa**

**25.** La **Ley Orgánica 3/2007**, de 22 de marzo, para la **igualdad efectiva de mujeres y hombres** tiene por objeto **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 y en cualesquiera de los ámbitos de la vida<sup>10</sup>.

A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los poderes públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir, toda forma de discriminación por razón de sexo.

El Art.11 de la norma se refiere a las **acciones positivas** de los poderes públicos quienes, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, deberán adoptar medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.

Tales medidas, habrán de ser **razonables y proporcionadas** en relación con el objetivo perseguido en cada caso<sup>11</sup>.

**26.** La Ley realiza una mención expresa a los **contratos públicos** para señalar 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<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Art.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE nº 71, de 23 de marzo de 2007.

<sup>11</sup> Art.11 de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>12</sup> Respecto a la Administración General del Estado señala 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



**27. La Ley vasca 4/2005**, de 18 de febrero, **para la Igualdad de Mujeres y Hombres**<sup>13</sup> tiene por objeto establecer los principios generales que han de regir la actuación de los poderes públicos en materia de igualdad de mujeres y hombres, así como regular un conjunto de medidas para promover y garantizar la igualdad en todos los ámbitos. Resulta de aplicación a todas las administraciones públicas vascas.

La norma recoge los principios generales que deben regir la actividad de los poderes públicos, entre los cuales se encuentran la igualdad de trato, la integración de la perspectiva de género y la acción positiva. No se considerarán constitutivas de discriminación por razón de sexo las medidas que, aunque planteen un tratamiento diferente para las mujeres y los hombres, tengan una justificación objetiva y razonable, entre las que se incluyen aquellas que se fundamenten en la acción positiva para las mujeres, en la necesidad de una protección especial de los sexos por motivos biológicos, o en la promoción de la incorporación de los hombres al trabajo doméstico y de cuidado de las personas.

Los poderes públicos han de incorporar la perspectiva de género en todas sus políticas y acciones, de modo que establezcan en todas ellas el objetivo general de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres.

Se entiende por **integración de la perspectiva de género** la consideración sistemática de las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, incorporando objetivos y actuaciones específicas dirigidas a eliminar las desigualdades y promover la igualdad en todas las políticas y acciones, a todos los niveles y en todas sus fases de planificación, ejecución y evaluación.

---

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 el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse 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.

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 igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación.

<sup>13</sup> BOPV nº 42 de 2 de marzo de 2005.



En cuanto a la **acción positiva** consiste en adoptar medidas específicas y temporales destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho por razón de sexo existentes en los diferentes ámbitos de la vida, con el fin de promover la consecución de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres.

Dicha norma recoge, en su Art.20, el deber de las administraciones públicas<sup>14</sup> de incluir criterios de igualdad en sus contratos y subvenciones como medida para eliminar desigualdades y promover la igualdad.

**28.** Diferentes instancias se han pronunciado respecto a la inclusión de este tipo de cláusulas sociales en la contratación pública. El informe 14/2015 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma Aragón, por ejemplo, trata específicamente aspectos relativos a la promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres a través de la contratación pública<sup>15</sup>.

**29.** El Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco, en sesión celebrada el 29 de abril de 2008, aprobó el Acuerdo sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público. Este Acuerdo incluye un Anexo con la Instrucción para la incorporación de dichas cláusulas

Recientemente, el 5 de marzo de 2019, el Consejo de Gobierno aprobó la incorporación de cláusulas para la igualdad retributiva y medidas contra la brecha salarial en la contratación pública

EMAKUNDE, por su parte, publicó en el año 2013, una *Guía sobre Cláusulas para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Contratos, Subvenciones y Convenios Públicos*, cuyo objeto es integrar de forma efectiva la perspectiva de género en el quehacer de los poderes públicos y en 2014, la *Guía para empresas sobre igualdad en la contratación*, que complementa la anterior<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> La Ley es de aplicación a todas las administraciones vascas, salvo alguna especificación establecida en la propia norma.

<sup>15</sup> Dicho informe trata sobre la posibilidad de incluir en los pliegos cláusulas que favorezcan la contratación con empresas que mantengan una paridad salarial entre sus trabajadores, sin discriminación por razón de sexo.

<sup>16</sup> Así mismo, en su Plan de Igualdad para mujeres y hombres, aprobado el periodo 2018-2021, establece entre sus compromisos e iniciativas para promover la igualdad de mujeres y hombres en el programa de gobierno, el de velar por la responsabilidad social en la contratación pública, mediante la incorporación en dichos procesos de cláusulas de carácter social, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2016.



### **c. Contenido sustancial de las cláusulas de género**

**30.** El objetivo de una acción remotriz que tenga por objeto la plenitud y efectividad del Principio de Igualdad entre hombres y mujeres implica el sustrato fáctico de una constatable desigualdad.

En otras palabras, para que encuentre justificación una solución que pasa por producir un tipo de preferencia (“discriminación positiva”) en favor de la mujer, es necesario acreditar de algún modo la existencia de una situación desventajosa previa.

Esta tarea no habrá de resultar, desgraciadamente, compleja, dadas las circunstancias sociales imperantes, pero no por ello es algo que deba omitirse totalmente. La consideración de cláusulas que impliquen algún tipo de discriminación positiva no puede tratarse de una cuestión meramente ideológica.

**31.** Por otra parte, una cláusula contractual con perspectiva de género no tiene que consistir siempre en la aplicación de una medida discriminatoria. En algunos casos, bastará con la exigencia efectiva del cumplimiento de normas igualitarias preexistentes. Así, en el Art.71.1 de la LCSP se incluye, entre las prohibiciones de contratar, el hecho de haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades (Art.71.1.b) y se establece como causa de prohibición de contratar con la Administración, para empresas de más de 250 trabajadores, el de no cumplir con la obligación de contar con un Plan de Igualdad (Art.71.1.d).

En este sentido se pueden traer a colación los criterios asentados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, en el asunto C-450/93, “Eckhard Kalanke contra Freie Hanesdat Bremen”, señala:

“(…) la Directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres, tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social entre hombres y mujeres.”

**32.** Desde el punto de vista de la problemática que da razón de ser a la medida, se podrían incluir, previa definición en los pliegos, actuaciones encaminadas a corregir o paliar situaciones tales como:



Problema	
Brecha ocupacional	Sector laboral masculinizado
	Territorio con gran desempleo femenino
Brecha salarial	Desigualdad salarial expresa
	Descualificación femenina
	Techo de cristal
Desventaja social	Discapacidad física
	Pobreza/exclusión
	Víctimas de violencia de género
Dificultades acceso trabajo	Familias monoparentales
	Familias numerosas
	cuidadores
	.../...

**33.** Como ejemplos de criterios de adjudicación a incorporar en los pliegos las diferentes guías publicadas referidas a la perspectiva de género, se suelen incluir los siguientes:

- Compromiso de realizar planes de formación y sensibilización en igualdad en la empresa, para aplicar en la ejecución del contrato
- Compromiso de contratar un número determinado de mujeres para la ejecución del contrato siempre que su adscripción sea para la ejecución
- Compromiso de contratar mujeres en riesgo de exclusión o con dificultades de inserción laboral para la realización del contrato
- Compromiso de contratar para la ejecución del contrato a mujeres en puestos directivos o en grupos donde su representación sea baja
- Compromiso de aplicar medidas de conciliación de la vida personal y laboral para la plantilla que ejecute el contrato

**34.** A continuación, se muestra una relación del tipo de cláusulas referidas a la perspectiva de género que, como condiciones de ejecución, suelen incluirse habitualmente en los contratos:

- Exigir la nueva contratación de un número determinado de mujeres, en virtud de una determinada conformación previa de la plantilla
- Exigir la implantación de medidas de conciliación de la vida personal y laboral
- Exigir que no se utilice lenguaje sexista
- Exigir que se contrate un número determinado de mujeres en riesgo de exclusión social para la realización de las prestaciones del contrato
- Exigir un informe final que muestre el impacto de género de la actividad en licitación
- Exigir la presencia de mujeres en puestos de responsabilidad



- Exigir la presencia de mujeres en sectores con sub-representación
- Exigir la presencia de mujeres en plantillas desequilibradas

### III. ANÁLISIS y CONCLUSIONES

**35.** La posibilidad de introducir cláusulas sociales de contratación en los pliegos debe ser analizada a la luz de la normativa y jurisprudencia actualmente en vigor, dado que la regulación de dicho tipo de cláusulas ha experimentado un gran cambio, principalmente en lo que a su inclusión como criterios de adjudicación se refiere.

**36.** Si bien la doctrina y la Jurisprudencia admiten con mayor facilidad la inclusión de criterios medioambientales, no ocurre lo mismo con el resto de cláusulas sociales<sup>17</sup>.

Respecto a las características sociales del contrato, deberán referirse, entre otras, a las siguientes **finalidades**:

- 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.**

**37.** Actualmente no existen muchos pronunciamientos respecto a la posibilidad de incorporar criterios de adjudicación sociales, ni de los órganos especiales de contratación, ni de los tribunales. Y además, en algunos casos resultan incluso contradictorios<sup>18</sup>.

**38.** El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de julio de 2012, tuvo ocasión de pronunciarse en un supuesto relacionado con los criterios de adjudicación referidos al porcentaje de personal femenino fijo en una empresa<sup>19</sup>. En la

---

<sup>17</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*. Octubre 2010.

<sup>18</sup> El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, en su resolución 210/2016, de 18 de marzo, ya señalaba que no podía afirmarse que existiese un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad de estas cláusulas.

<sup>19</sup> Tribunal Supremo, sala tercera de lo contencioso administrativo, sección 7ª, de 17 de julio de 2012, sobre recurso 5377/2009.



misma, se desestima el recurso presentado por la Confederación Nacional de la Construcción contra un criterio de igualdad que otorgaba un máximo de 5 puntos sobre 100 a la entidad licitadora con mayor porcentaje de personal femenino fijo en plantilla. Si bien el TS no se pronunció directamente sobre la cuestión controvertida y la incorporación de los criterios concretos, la fundamentación de la sentencia se basa en la necesidad de incorporar cláusulas de igualdad en los procesos de licitación para alinear la legislación contractual con la Ley Orgánica de Igualdad, la cual tiene carácter transversal, lo que implica la posibilidad de adjudicar, no a la oferta más económica, sino a la más ventajosa para los intereses generales.

La Sentencia deja claro que circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta contrario a esa transversalidad, pues el propio concepto de transversalidad demanda que la igualdad pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos que la legislación de contratos regula.

**39.** Sin embargo, pese al mandato recogido en la Ley Orgánica de Igualdad de Género y otras normas referidas a la igualdad, no pueden soslayarse los requisitos establecidos por la normativa de contratación: no deben conferir una libertad de decisión ilimitada; deben mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, o los pliegos; deben estar vinculados al objeto del contrato; deben respetar los principios fundamentales de la UE. Además, de conformidad con el considerando 92 de la Directiva, únicamente son legítimos aquellos criterios que se dirijan a identificar la oferta económicamente más ventajosa.

**40.** La Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, en su Informe 18/2014, de 7 de diciembre<sup>20</sup>, recuerda que “la necesaria vinculación con el objeto del contrato excluye la posibilidad de valorar, por ejemplo, en un contrato de servicios, aspectos de las condiciones de salud en el trabajo de, en general, todas las personas trabajadoras de una empresa. O la realización, también en general, de actividades de fomento de hábitos saludables, o de promoción del desarrollo personal por parte de las empresas licitadoras, al margen del servicio que conforme el objeto”.

En esta misma línea, la Resolución 600/2016, de 22 de julio de 2016, del TACRC, en la cual se considera contraria a derecho la aportación de fondos para campañas de formación en un ámbito temporal funcional y temporal más amplio que el propio del contrato y, por tanto, ajenas al objeto del mismo.

---

20

<http://contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/01JuntasConsultivas/JCCA%20Catalu%C3%B1a/JCCA%20Catalu%C3%B1a%2018-2014.pdf>



Sin embargo, en la Resolución 467/2016 el TACRC<sup>21</sup> sí considera que existe vinculación en la prestación de servicios de asistencia jurídica cuando la formación consiste en formar a los funcionarios que precisamente, van a realizar la asistencia:

Por tanto el criterio primordial para saber si una determinada mejora o criterio de adjudicación guarda relación directa o no, con el objeto del contrato resulta que del mismo derive una mejor prestación del servicio ofertado. En definitiva atendiendo a la prestación propia que constituye el objeto de cada contrato (servicio, entrega de bienes, obra...) la mejora o el criterio de adjudicación debe aportar un valor añadido a la ejecución de las mismas. En el caso de la resolución reseñada se está ante un contrato de servicios de asistencia jurídica al Ayuntamiento, por lo que la formación profesional incluso jurídica a los empleados y funcionarios que van a ser asistidos, de cómo deben actuar para que la empresa contratista legalmente pueda proporcionar un mejor servicio jurídico tanto de asistencia jurídica como de defensa, no ofrece duda que guarda la vinculación directa exigida. Lo mismo ocurre en todos aquellos servicios que requieren una cierta cualificación y aprendizaje del propio personal del contratista por lo que la formación de los recursos humanos suponen un plus cualitativo para la ejecución del contrato.

En la Resolución 210/2016 el TACRC, de 19 de marzo<sup>22</sup>, referido al contrato de servicios de **“Limpieza de edificios públicos, centros docentes e instalaciones deportivas de Xátiva”**, por su parte, admitió como válida la inclusión de un criterio que valora la contratación para la ejecución de un contrato de personas en riesgo de exclusión.

**41.** Así las cosas, resulta a todas luces evidente que el examen sobre la vinculación de un criterio social con el objeto del contrato debe realizarse caso por caso. A cuyos efectos resulta más que conveniente incorporar la justificación de tal vinculación en el expediente de contratación.

**42.** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 16 de septiembre de 2013<sup>23</sup>, señala que los criterios de adjudicación deben estar vinculados al objeto del contrato y tener como finalidad la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para la Administración contratante, sin que quepa incluir criterios de carácter social, como la estabilidad en el empleo, salvo que estuvieran efectivamente vinculados al objeto del contrato y supongan una mejor relación entre la calidad y el precio.

---

<sup>21</sup>

<http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/02TribunalesContractuales/TACRC/RTACRC%20467-2016.pdf>

<sup>22</sup>

<http://www.contratosdelsectorpublico.es/DocumentosWEB/02TribunalesContractuales/TACRC/RTACRC%20210-2016.pdf>

<sup>23</sup> [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)



**43.** El Acuerdo 45/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (TACPN)<sup>24</sup>, declara la nulidad de un criterio de adjudicación que valoraba la presencia de mujeres en el equipo técnico que van a desarrollar los trabajos.

El objeto del contrato era la asistencia técnica para la gestión de huertos ecológicos. Concretamente se exigía de los licitadores que presentasen una declaración responsable indicando el número de mujeres y hombres que conformaría el equipo técnico que iba a desarrollar los trabajos. El Tribunal señala que no se justifica en el expediente que la contratación de mujeres para la prestación del servicio suponga una mejora. Considera que el hecho de que se alegue que la inclusión del criterio se deba a la infrarrepresentación de mujeres existente en el sector en el que se encuadra el contrato, no justifica el establecimiento de un criterio de adjudicación no relacionado con su objeto y que no comporta ventajas en el servicio, cuando además supone 25 puntos sobre un total de 100.

Más recientemente, el TACPN en su Acuerdo 119/2018<sup>25</sup>, estima una impugnación referida al empleo de criterios de adjudicación y declara su nulidad en tanto que se refieren a características propias de la empresa y no valoran la oferta formulada: se valoraba el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad igual o superior al 33%, así como el menor porcentaje de trabajadores eventuales en la empresa licitadora. Considera que se refieren a características de la empresa y no de la oferta, por lo que no se aprecia su vinculación con el objeto del contrato.

**44.** Sin embargo, la resolución del TACRC de 18 de marzo de 2016<sup>26</sup>, declara la legalidad del otorgamiento de hasta 5 puntos sobre un total de 100, a las empresas que, para la ejecución del contrato, se comprometan a incorporar a su plantilla personas con discapacidad o en riesgo de exclusión del mercado laboral. En este supuesto el TACRC se entiende que sí guarda relación con el objeto del contrato, y desde una perspectiva de proporcionalidad, no se desvirtúa el principio general de adjudicación a la oferta económica más

---

<sup>24</sup>

<https://portalcontratacion.navarra.es/documents/880958/1690342/Acuerdo4520168agostoEstimaci%C3%B3nExistencialegitimaci.pdf/24deff41-0c40-d62f-4bdf-050546de564f?t=1549559150913>

<sup>25</sup>

<https://portalcontratacion.navarra.es/documents/880958/1690342/Acuerdo1192018.pdf/746fab1f-2915-3b13-4d8d-58db45d3b02c?t=1549559396198>

<sup>26</sup> [http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200130-2016%20VAL-25%20\(Res%20210\)%2018-03-2016.pdf](http://www.hacienda.gob.es/TACRC/Resoluciones/A%C3%B1o%202016/Recurso%200130-2016%20VAL-25%20(Res%20210)%2018-03-2016.pdf)



ventajosa: observando que guardan relación con el objeto del contrato y la debida proporcionalidad en su puntuación (de 0 a 5 puntos), hemos de deducir que 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 esta fase de la contratación administrativa, la de adjudicación.

**45.** La conclusión que puede extraerse de cuanto antecede es que, en la actualidad, y a la vista de los cambios normativos operados, no hay duda de la admisibilidad general de la introducción de criterios de igualdad de género.

**46.** La igualdad efectiva de mujeres y hombres, no es sino una aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo reconocido en la CE. Dicho principio debe informar, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos.<sup>27</sup>

**47.** Las cláusulas sociales estarán permitidas siempre y cuando estén vinculadas con el objeto del contrato y su finalidad sea, por ejemplo, el desarrollo de planes de igualdad de género; medidas de fomento de la igualdad entre mujeres y hombres; la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, etc. y aporten de algún modo, mayor calidad a la prestación a satisfacer. No deben ser incluidas indiscriminadamente, sino en función de su aplicabilidad e idoneidad para cada contrato.

No obstante, no serán admisibles, por no ajustarse a derecho, aquellos criterios de adjudicación que no guarden relación con el objeto del contrato, los referidos a la solvencia de las empresas, es decir, a la aptitud para contratar y tampoco aquellos cuya valoración resulte desproporcionada frente al resto de criterios de adjudicación, distorsionando la licitación.

**48.** También hemos indicado que los criterios de adjudicación elegidos no deben conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada y que deben asegurar la posibilidad de una de una competencia real y equitativa e ir acompañados de medidas que permitan verificar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores<sup>28</sup>.

**49.** En principio, el establecimiento de criterios de adjudicación que contengan perspectiva de género no supone una restricción efectiva de la competencia, en tanto que no genera una barrera de entrada a la licitación. Sin embargo, si la

---

<sup>27</sup> Art. 1.1 ; 9.2y3 y14 CE

<sup>28</sup> Criterios de adjudicación del contrato. Art.67 de la Directiva.



ponderación que se otorgase a la puntuación total de este tipo de criterios de adjudicación fuese muy elevada sí podrían constituir una barrera, por lo que, insistimos, deberá realizarse un análisis previo adecuado para que los criterios seleccionados sean proporcionales a la prestación que se pretende contratar.

**50.** Cuando las administraciones públicas adquieren bienes y servicios están incidiendo en el mercado, por lo que también se hallan sometidas a las reglas de la libre competencia. Los órganos de contratación deberán realizar una ponderación de las herramientas a emplear de forma que no se ponga en peligro la libre competencia y deberán, así mismo, garantizar el equilibrio entre los diferentes principios que rigen la contratación pública.

**51.** Se debe evitar el establecimiento artificioso de barreras de entrada en la contratación pública. Al contrario deberá fomentarse la competencia en la contratación mediante el diseño de contratos que no incorporen restricciones injustificadas.

**52.** La inclusión de cláusulas sociales para fomentar valores como la igualdad de género, serán admisibles, siempre y cuando la medida concreta adoptada esté justificada para alcanzar dichos objetivos sociales de una forma cohonestable con los objetivos principales que motivan la contratación pública en cuyos pliegos se inserten.

Por otra parte, las cláusulas que se establezcan deben permitir el acceso en condiciones de igualdad a todos los licitadores, y no se podrán crear obstáculos injustificados a la competencia.