

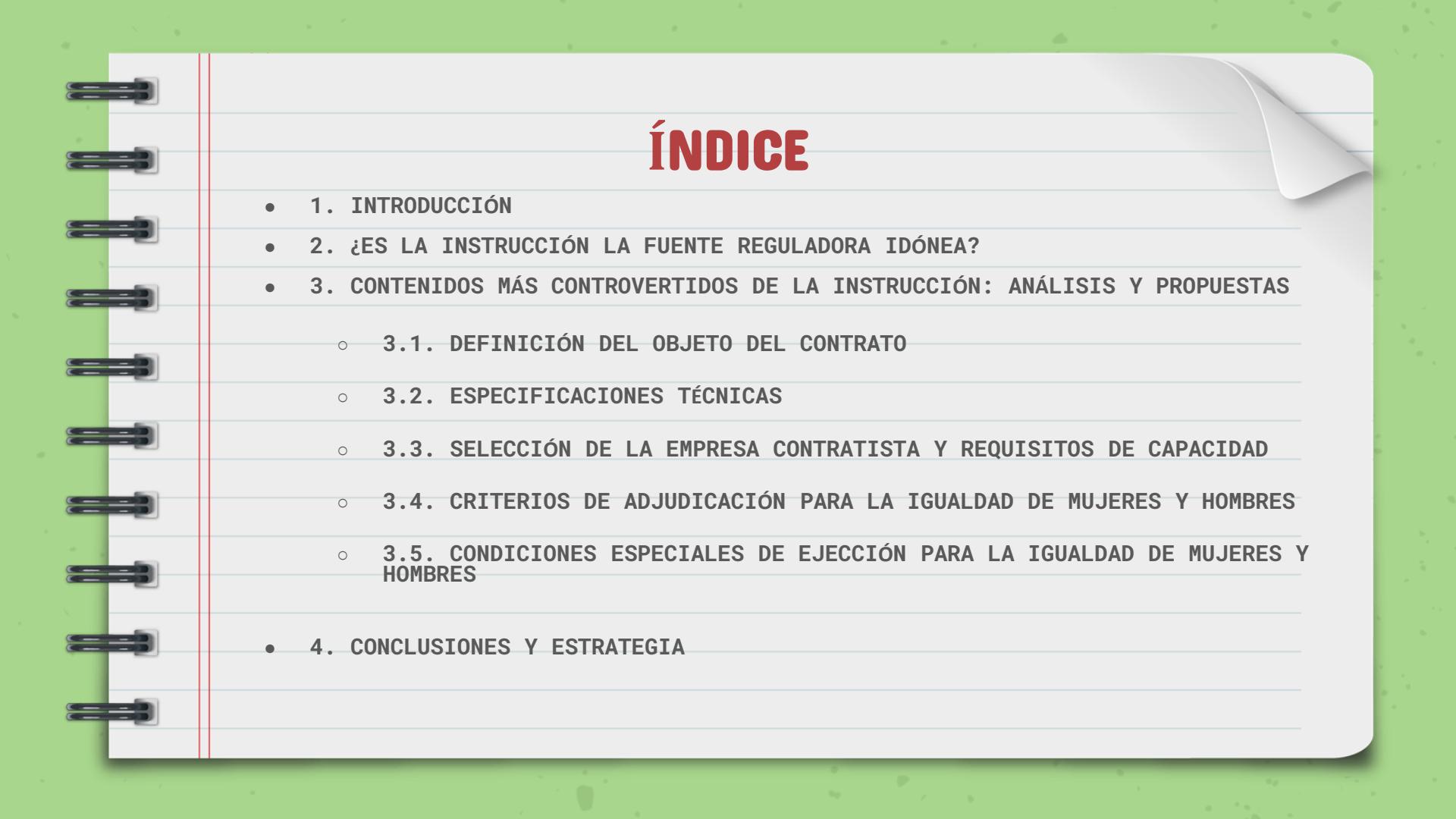
Análisis de la Instrucción 2019 del GV, sobre igualdad retributiva, a la luz de la legislación, jurisprudencia y resoluciones de los Tribunales Administrativos

Eider Larrazabal Astigarraga

Profesora adjunta (acreditada agregada) de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la UPV/EHU

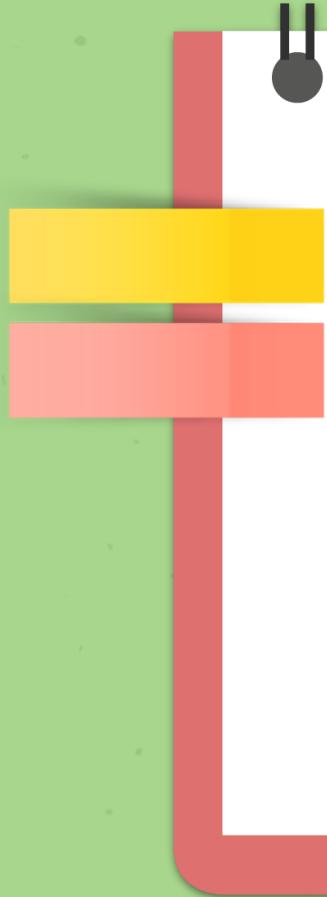
SEMINARIO
EMAKUNDE
30-06-2021





ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN
- 2. ¿ES LA INSTRUCCIÓN LA FUENTE REGULADORA IDÓNEA?
- 3. CONTENIDOS MÁS CONTROVERTIDOS DE LA INSTRUCCIÓN: ANÁLISIS Y PROPUESTAS
 - 3.1. DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO
 - 3.2. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS
 - 3.3. SELECCIÓN DE LA EMPRESA CONTRATISTA Y REQUISITOS DE CAPACIDAD
 - 3.4. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES
 - 3.5. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECIÓN PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES
- 4. CONCLUSIONES Y ESTRATEGIA



1

INTRODUCCIÓN

Frente a las objeciones a la hora de aplicar esta Instrucción



conviene analizar:

- Si la instrucción es la fuente reguladora idónea
- En qué medida respeta su contenido la legislación, jurisprudencia y resoluciones
- Cuáles son los contenidos más controvertidos y posibles soluciones
- Estrategia presente y futura

2

**¿ES LA INSTRUCCIÓN LA FUENTE
REGULADORA IDÓNEA?**

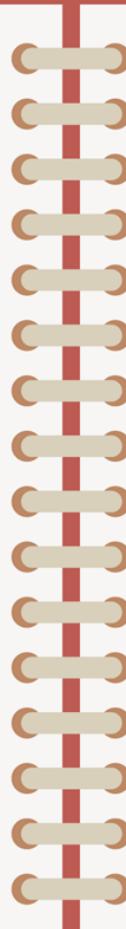
- Las instrucciones NO son normas, son actos administrativos
 - son instrumentos de los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes
- No confundir con el Reglamento
- Las instrucciones solo pueden producir efectos en el orden interno
 - No pueden regular derechos y obligaciones que afecten directamente a futuros adjudicatarios

- El contenido de la Instrucción 2019 del GV, tiene eficacia externa
 - Pues prevé criterios y condiciones especiales de obligado cumplimiento para las adjudicatarias
 - Por tanto, la instrucción no es el mecanismo más adecuado si se pretende la inclusión obligatoria de estos criterios en todos los procedimientos de contratación

Propuestas

1. Regular en fuente normativa

Ley autonómica específica o su integración en otras leyes



2. Base: Competencia para desarrollo legislativo de la CAPV

Art. 11.1.b del Estatuto de Autonomía



3. ¿Reforma de la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública ?

Solo hace referencia a la ejecución + en materia de igualdad mención genérica a "adopción de medidas de promoción de la igualdad..."

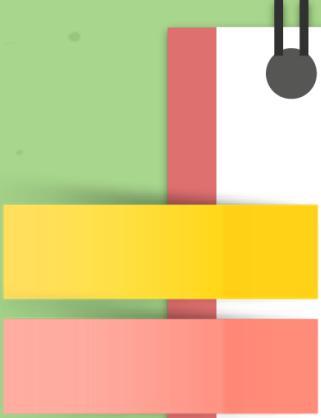
Mientras, aplicación de la Instrucción en lo posible





3

CONTENIDOS MÁS CONTROVERTIDOS DE LA INSTRUCCIÓN: ANÁLISIS Y PROPUESTAS



3.1. DEFINICIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO

- LCSP 2017, art. 99.1:

El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten

- INSTRUCCIÓN 2019 DEL GV:

III. Definición del objeto contractual. La incorporación de la perspectiva de género en la definición del objeto contractual.

1. *Cuando la perspectiva de género constituya una característica técnica del objeto del contrato, se incluirá expresamente en la definición de su objeto, por ejemplo, que «Es objeto del contrato la contratación del diseño de un plan de movilidad urbana con perspectiva de género».*
2. *Asimismo, cuando la naturaleza del objeto del contrato lo permita, se incluirá en su definición la admisión de variantes relativas a la perspectiva de género*

- **SENTENCIAS Y RESOLUCIONES:**

- No se cuenta en la actualidad con jurisprudencia o resoluciones de los Tribunales Administrativos que traten de forma directa la posibilidad aquí regulada, esto es, la de incorporar cláusulas de igualdad de género en la definición del objeto contractual
- Sí existen Resoluciones sobre otras temáticas (p.e., sobre la reducción de la pobreza energética)
 - Resolución nº198/2017, del TACRC, de 2 de marzo de 2018
 - Sobre inclusión en el objeto la finalidad de reducción de la pobreza energética, en un contrato de suministro de energía eléctrica
 - Lo anula: esta finalidad no puede operar como objeto del contrato (no cumple con la definición. del contrato de suministro de la LCSP), se debe cumplir a través de otras vías

- ANÁLISIS:
- La Instrucción es compatible con la LCSP 2017, pues:
 - Por una parte, de modo general, queda abierta la vía -opcional- para definir el objeto del contrato sin aferrarse a una única solución y,
 - Por otra parte, establece el mandato de incorporar este tipo de "innovaciones sociales" para los casos en los que éstas mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios a contratar.

Propuestas

1. Para poder incorporar criterios de igualdad de género en el objeto del contrato, la clave está en poder justificar que los mismos mejoran la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten (interpretación en sentido estricto)

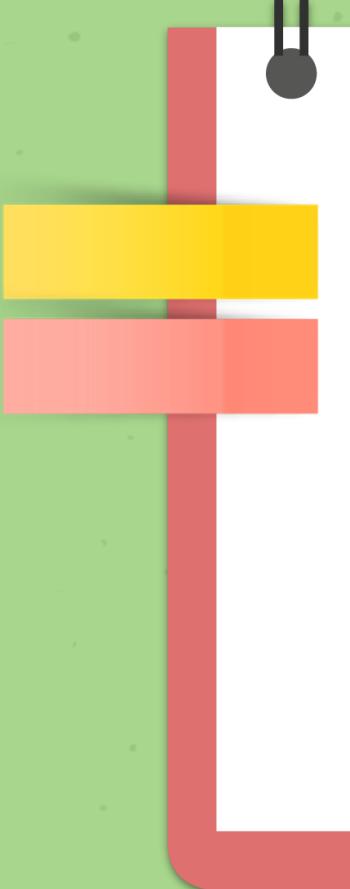


2. Si entre las características técnicas del contrato está prevista la igualdad, es posible argumentar tal mejora



3. ¿Es posible introducir la igualdad en contratos cuyo objeto es otro? No (según TACRC). En fin, podrá introducirse la igualdad, cuando el objeto central del contrato (obra, servicio o suministro), verse sobre ello. Discutible?





3.2. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

- LCSP 2017:

De entre los artículos que la LCSP 2017 dedica a la solvencia técnica de los diferentes tipos de contratos (obras, suministros y servicios) cabe destacar lo señalado en el artículo 90.3:

si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 de este artículo

- **INSTRUCCIÓN 2019 DEL GV:**

IV. Especificaciones técnicas.

Los órganos de contratación incluirán en el pliego de prescripciones técnicas de todos los contratos las características técnicas del producto, obra o servicio que consideren que deben exigirse con carácter obligatorio a la empresa contratista, tanto en la elaboración de su oferta como en la ejecución del contrato, teniendo en cuenta los requisitos aplicables al producto, obra o servicio en cualquier fase del ciclo de vida del mismo. Entre dichas características técnicas se incluirán, en los términos que se señalan, los aspectos técnicos del producto, obra o servicio demandados, mencionados en el apartado siguiente de este epígrafe IV.

Cuando se pretendan prestaciones con características específicas de tipo social se podrá exigir en las especificaciones técnicas etiquetas de tipo social, como aquellas relacionadas con la igualdad de género. No obstante, en el caso de que iniciado un procedimiento de contratación éste resultara desierto por ausencia de ofertas que cumplan las especificaciones técnicas que, sin venir exigidas por norma legal o reglamentaria, han sido contempladas en el pliego por aplicación de esta Instrucción, podrá volverse a convocar el procedimiento omitiendo las especificaciones técnicas derivadas de esta Instrucción que se han manifestado en ese concreto procedimiento impeditivas de la adjudicación del contrato.

La elaboración de las especificaciones técnicas se realizará con rigurosa observancia de los límites que para dichas especificaciones establece la legislación de contratos y, especialmente, de los principios de no discriminación y adecuación al objeto contractual o a su modo de ejecución.

En aquellos contratos **en los que las características de la prestación sean adecuadas para ello**, se contemplará en las especificaciones técnicas, lo siguiente:

En todos aquellos soportes que se produzcan durante la ejecución del contrato, las empresas contratistas y subcontratistas deberán hacer un **uso no sexista del lenguaje y de las imágenes**.

La realización por la empresa adjudicataria de un **análisis diferenciado de la situación de mujeres y hombres en el ámbito** al que se refiere el contrato y en el caso de detectarse desigualdades la elaboración de propuestas de medidas dirigidas a corregir las desigualdades.

La elaboración por la adjudicataria de **indicadores y mecanismos de evaluación** para que una vez ejecutado el contrato se pueda analizar su impacto real en mujeres y hombres y el avance efectivo hacia la igualdad.

La presentación al final de la ejecución del contrato de un **informe con indicadores y datos desglosados por sexo** del número de personas usuarias o beneficiarias de las prestaciones contratadas, de la plantilla que ha ejecutado el contrato, así como del contenido de las medidas de igualdad que se hubieran adoptado y de su impacto o incidencia.

En aquellos contratos cuya ejecución conlleve la realización de cursos o actividades de formación, las especificaciones técnicas del contrato contemplarán la **incorporación de la perspectiva de género tanto en el diseño como en la ejecución y, en su caso, en la difusión del curso o actividad formativa**. A tal efecto se considera integración de la perspectiva de género en la formación lo siguiente:

En el diagnóstico de las necesidades de formación y a la hora de determinar los canales de difusión de la acción formativa se tengan en cuenta las diferentes necesidades e intereses de mujeres y hombres.

Se adopten medidas para que, tanto entre el profesorado como entre el alumnado, exista una representación equilibrada de personas de ambos性 o al menos proporcional a su representación en el ámbito al que se refiere la acción formativa.

Se adopten medidas de acción positiva para facilitar la participación de mujeres en aquellas acciones formativas referidas a ámbitos en los que se encuentren infrarrepresentadas, así como en aquéllas más directamente dirigidas a la promoción profesional.

Se incluyan, en su caso, en los contenidos formativos los aspectos diferenciales en relación con la situación de mujeres y hombres en el ámbito al que se refiere la acción formativa.

Se realice un uso no sexista del lenguaje y de las imágenes en los materiales que se elaboren con ocasión de la acción formativa.

Se articulen medidas para facilitar que quienes participen en la acción formativa puedan conciliar la asistencia a la misma con sus responsabilidades personales y familiares, tales como la realización de la formación en horario laboral o el establecimiento de servicios de cuidado a personas dependientes mientras la misma se desarrolla. (...)

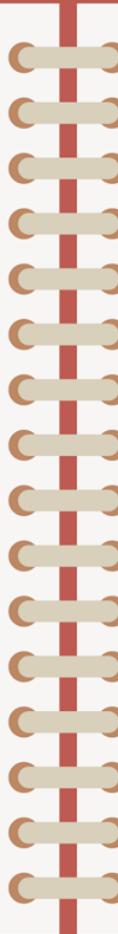
- **RESOLUCIONES:**
- 1) Resolución nº 456/2019, del TACRC, de 30 de abril de 2019
 - Sobre Distintivo Igualdad en la Empresa (RED DIE) entre criterios de adjudicación
 - Resuelve: que tiene lugar, en su caso, como medio para acreditar la solvencia técnica
- 2) Resolución nº 1333/2019 del TACRC, 18 de noviembre de 2019
 - Sobre Plan de Igualdad como requisito de solvencia técnica
 - Resuelve: posible, pero sujeto estrictamente a lo dispuesto en la LOI art. 45

- **ANÁLISIS:**
- 1) Etiquetas relacionadas con la igualdad de género:
 - ya sea exigiendo la etiqueta como tal, o especificaciones detalladas de esa etiqueta, es obligatorio que en todo caso estén relacionadas con el objeto del contrato (relación con el objeto → art.145.6 LCSP)
- 2) Restantes exigencias (uso no sexista del lenguaje, análisis diferenciado de la situación, indicadores y mecanismos de evaluación...):
 - Deben estar vinculadas al objeto del contrato

- 3) en la ejecución, diseño y difusión del curso o actividad formativa:
 - Vinculación con el objeto del contrato
 - Cabe interpretación más amplia a raíz de transversalidad arts. 23-25 LOI? (obligatorio introducir principio de igualdad en todo el ámbito de la educación)
- TODAS las prescripciones técnicas deben estar vinculadas al objeto del contrato (art. 126 LCSP)
- La Instrucción 2019 del GV es compatible con la LCSP 2017 puesto que indica claramente la vinculación al objeto contractual

Propuestas

1. Prescripciones técnicas:
SÍ, si están vinculadas al
objeto del contrato (sentido
estricto)



**2. Por tanto, etiquetas y
distintivos, y demás
requisitos de la Instrucción:**
solo cuando existe
vinculación con el objeto del
contrato en sentido estricto:
objeto relacionado con la
igualdad

**Excepción:
cursos y formación (LOI)?**

**3. Argumento: El contenido de la
Instrucción es compatible con
LCSP 2017 y resoluciones, si
existe vinculación con el objeto
del contrato (objeto relacionado
con la igualdad)**





3.3. SELECCIÓN DE LA EMPRESA CONTRATISTA Y REQUISITOS DE CAPACIDAD

- LCSP 2017:
- **No podrán contratar** con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias.
 - LCSP art.71.1.a): haber sido **condenado** mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores.
 - LCPS art. 71.1.b): Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social (de acuerdo a la LISOS 5/2000), entre otras, por **no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad se establezca legalmente.**
 - LCSP art. 71.1.d): En el caso de empresas **de más de 250 trabajadores**, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el art. 45 de la LO 3/2007 para la igualdad de mujeres y hombres

- **INSTRUCCIÓN 2019 GV:**

V. Selección de la empresa contratista y requisitos de capacidad.

V.1. Exclusión de quienes incurran en prohibiciones de contratar por motivos de orden social.

*Se excluirán del procedimiento de contratación las personas y empresas que incurran en prohibición de contratar establecida por ley, entre ellas, **no cumplir con la obligación, en su caso, de contar con un plan de igualdad, las motivadas por delitos contra los derechos de las personas trabajadoras, por sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades, o por infracción muy grave en materia laboral o social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, o de igualdad de mujeres y hombres.***

V.2. Apreciación de la existencia de prohibiciones de contratar relacionadas con el incumplimiento de obligaciones laborales y de carácter social.

Los órganos de contratación apreciarán directamente la existencia de prohibiciones de contratar relacionadas con el incumplimiento de obligaciones laborales y de carácter social en los casos en que así lo disponga la legislación contractual.

V.3. Experiencia, conocimientos y medios técnicos.

Si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, de igualdad de mujeres y hombres u otras políticas públicas, en las cláusulas específicas del contrato se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios técnicos en las referidas materias que requiera su cumplimiento, conforme a lo establecido en la normativa en materia de contratación pública.

V.4. Adscripción de medios personales y materiales a la ejecución.

Los órganos de contratación podrán exigir en las cláusulas específicas del contrato **el compromiso de la licitadora de adscribir a la ejecución del contrato los concretos medios personales y materiales** que se consideren suficientes para la ejecución de los aspectos sociales del contrato. El pliego atribuirá a este compromiso el carácter de obligación contractual esencial a efectos de resolución del contrato

- **RESOLUCIONES:**

- 1)Resolución nº1232/2020, del TACRC, de 13 de noviembre de 2020
 - Sobre prohibición para contratar cuando no se cuenta con Plan de Igualdad empresa de 150
 - Que solo es aplicable a empresas de 250, a pesar de la Reforma del 2019 sobre la LOI
- 2) Resolución nº 1234/2020, del TACRC, de 13 de noviembre de 2020
 - Sobre experiencia como requisito de solvencia, pero no en materia de igualdad (exige experiencia mínima de 3 años en representación y defensa en juicio de AP, en un contrato de servicio de defensa de ayuntamiento)
 - Admisible si responde a una garantía de aptitud del contratista para la correcta ejecución del contrato

- 3) Resolución nº 747/2020, del TACRC, de 26 de junio de 2020
 - Sobre obligación de contar con personal específico de sexo femenino (no se recoge haciendo alusión a la fase de ejecución exclusivamente)
 - Anula cláusula, por discriminatoria respecto del personal de sexo masculino y otras empresas carentes de dicho personal

- **ANÁLISIS:**

- 1) Prohibiciones para contratar: solo cabe en relación a empresa de más de 250 (no se aplica a estos efectos lo dispuesto por el nuevo art. 45 de la LOI)

- La Instrucción respeta la LCSP 2017 y resoluciones, pues no indica tamaño de la empresa
 - Respeto de la LOI??!! Efecto controvertido

- 2) Experiencia: cabe exigir experiencia previa en materia de igualdad en contratos cuyo objeto esté relacionado con la igualdad

- La Instrucción respeta la LCSP 2017 y las resoluciones

- 3) Adscripción de concretos medios materiales y personales: sí, cuando cumplan con los requisitos exigidos a las condiciones especiales de ejecución

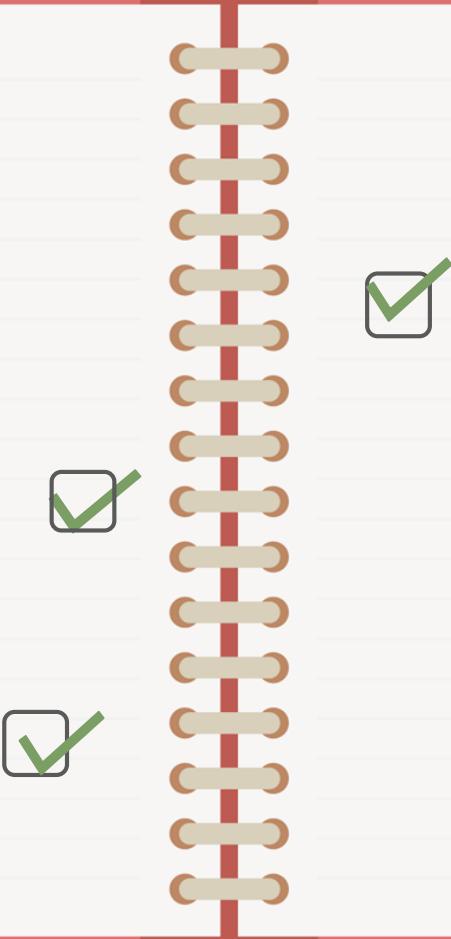
- Esta exigencia no es tan estricta como la utilizada para los criterios de adjudicación
 - Por ende, sí cabe, siempre y cuando se vincule al momento de la ejecución del contrato

Propuestas

1. Cuidado con referirse a empresas de 100 trabajador@s en prohibiciones:

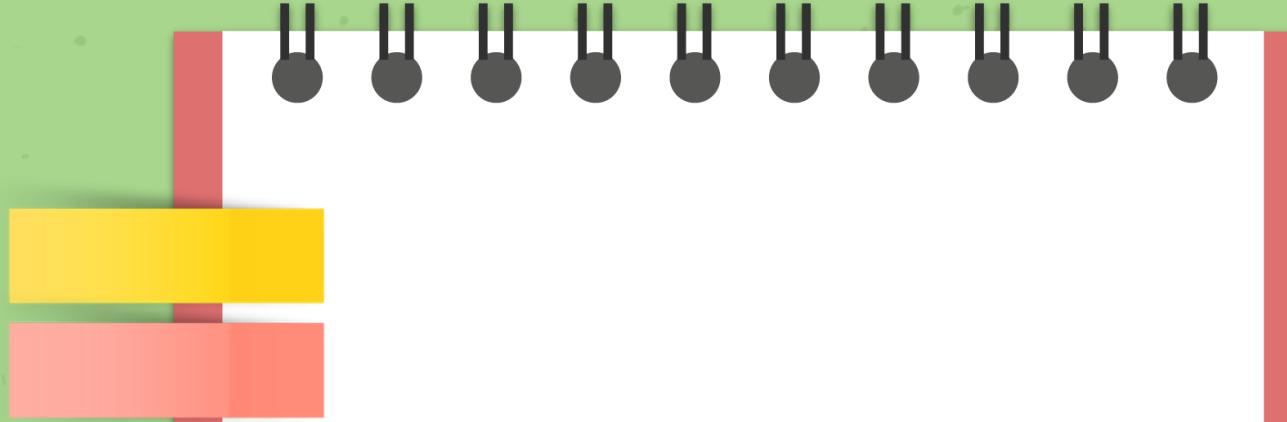
Va en contra de las Resoluciones (muy discutibles), cabe argumentar transversalidad de la LOI

2. Se puede exigir experiencia cuando el objeto esté relacionado con la igualdad



3. Adscripción de medios materiales y personales, solo vinculados a la ejecución del contrato (sentido amplio de la vinculación con el objeto del contrato)





3.3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

- **LCSP 2017, Art. 145:**

La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. 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 con arreglo al artículo 148.

El artículo 145.2, por su parte, matiza que La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Tales criterios cualitativos podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, las características sociales

Según el artículo 145.6 LCSP **se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando** se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

- **INSTRUCCIÓN 2019 GV:**

VI. Criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres.
Los órganos de contratación **incorporarán** en los pliegos de contratación criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres, cuya ponderación será de al menos del **5% del total del baremo**.

La selección de los criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres, así como su ponderación deberá dar cumplimiento a su **necesaria vinculación al objeto del contrato y sus características**; al sector o ámbito de actividad; al importe y el plazo de ejecución del contrato; así como al personal necesario para su ejecución y la cualificación requerida. Se considerará que un criterio de adjudicación está **vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida**.

Sin perjuicio de otros criterios más idóneos que considere el órgano de contratación, a título de ejemplo se propone el establecimiento de alguno o algunos de los siguientes criterios de adjudicación:

3.1. La contratación de un número o un porcentaje determinado de mujeres para la ejecución del contrato, cláusula que podrá establecerse con carácter general; o especificando que la contratación de mujeres sea para cargos cualificados o de responsabilidad; o referida a mujeres víctimas de violencia de género o en situación o riesgo de exclusión social.

3.2. La adopción de políticas para la igualdad de mujeres y hombres en la ejecución del contrato, tales como: medidas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo; medidas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar; la formación a la plantilla en materia de igualdad de mujeres y hombres; las mejoras salariales por encima de lo establecido en el convenio aplicable a la plantilla que ejecute el contrato, el establecimiento de un plan de igualdad.

3.3. El disponer y aplicar a la ejecución del contrato un convenio colectivo de empresa con cláusulas específicas para la igualdad de mujeres y de hombres; o el disponer y aplicar un distintivo, certificación o etiqueta en materia de igualdad de mujeres y hombres o, en su defecto, acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener tales distintivos, certificados o etiquetas.

4. Con el objetivo de facilitar por parte de los órganos de contratación la aplicación de los criterios de adjudicación para la igualdad de mujeres y hombres, en el Anexo I del presente Acuerdo se proponen modelos de cláusulas susceptibles de ser utilizadas en los pliegos de contratación.

- **RESOLUCIONES:**
- Resolución nº 972/2018, del TACRC, de 26 de octubre de 2018
 - Sobre distintivo de igualdad
 - No puede valorarse en esta fase, ¿cabe su valoración ligando su aplicación a la ejecución del contrato? (no cabe valorar como característica previa)
- Resolución nº235/2019, del TACRC, de 8 de marzo de 2019
 - Medidas concretas de conciliación
 - No aprecia en qué medida estas medidas pueden mejorar la calidad de la ejecución del contrato (no se aprecia vinculación con el objeto del contrato)Voto Particular: Sí lo aprecia
- Resolución nº388/2019, del TACRC, de 17 de abril de 2019
 - Se puntúa estar en posesión de distintivo de igualdad
 - No cumple vinculación con el objeto del contrato

- Resolución nº1065, del TACRC, de 5 de octubre de 2020
 - Se valoran medidas y servicios destinados a facilitar la igualdad (sobre todo de conciliación)
 - Entiende que se valora una característica de empresa, no referida al objeto del contrato, y lo mismo respecto de ostentar un plan de igualdad (sea o no obligatorio)

- **ANÁLISIS:**

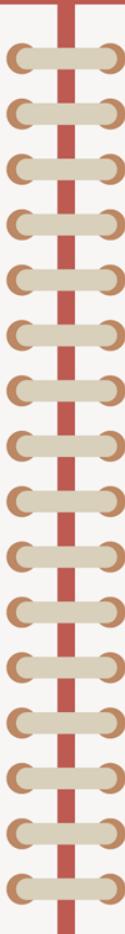
- Ponderación del 5%, resulta proporcional según las resoluciones
- La Instrucción también menciona vinculación con el objeto del contrato y cuándo se entiende tal vinculación en los mismos términos que la LCSP 2017 (ART.145.6)
- Sobre los ejemplos que ofrece la Instrucción, cabe decir que, según las resoluciones, cumplen cuando estén relacionados con el objeto del contrato (la Instrucción lo menciona)
- Se realiza doble análisis por el TACRC:1) Vinculación con objeto y 2) Discriminación
- En esta fase se aplica interpretación restrictiva de la vinculación interpretándose de forma que la vinculación del 145.6 LCSP existe cuando: MEJOREN el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución
- Aún así, a veces se consideran discriminatorios (respecto de otras empresas y colectivos)
- La Instrucción cumple, en su literalidad, con la legislación y resoluciones
- El último ejemplo (sobre CC de empresa) requiere atención especial: muy discutible su legalidad, discriminatorio?, pues es muy difícil poder presentar un compromiso así en la oferta

Propuestas

1. Solo en casos en los que el objeto del contrato esté ligado a la perspectiva de género serán admisibles tales criterios de adjudicación por parte de estos Tribunales

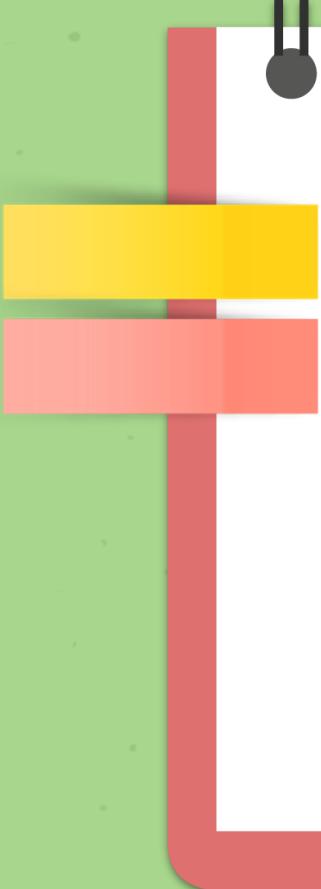
Pues solo en esos casos admiten que se da mejora en el rendimiento o calidad del contrato

2. No puede puntuarse estar en posesión de distintivo o etiqueta de igualdad, ¿solo exigible ligándolo a la ejecución del contrato?



3. Misma conclusión y posibilidades para medidas de conciliación





3.4. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

- **LCSP 2017 art. 202:**

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén **vinculadas al objeto** del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, **será obligatorio el establecimiento** en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente.

(...)

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. En particular, se podrán establecer, entre otras, consideraciones de tipo medioambiental que persigan: la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, contribuyéndose así a dar cumplimiento al objetivo que establece el artículo 88 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

- **INSTRUCCIÓN 2019 DEL GV:**

VIII.- Condiciones especiales de ejecución para la igualdad de mujeres y hombres.

1.- Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos **contemplarán, al menos, una condición especial** de ejecución para la igualdad de mujeres y hombres en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén **vinculadas al objeto** del contrato, **no sean directa o indirectamente discriminatorias**, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

2.- La selección y concreción de las condiciones especiales de ejecución para la igualdad de mujeres y hombres, así como su ponderación deberá dar cumplimiento a su necesaria vinculación al objeto del contrato y sus características; al sector o ámbito de actividad; al importe y el plazo de ejecución del contrato; así como al personal necesario para su ejecución y la cualificación requerida. Considerando su carácter obligatorio, recomendamos su aplicación **bajo criterios de prudencia, proporcionalidad** y verificabilidad de manera que no se incorporen en los pliegos condiciones especiales de ejecución desproporcionadas en relación con las características del contrato y con la oferta existente en el mercado.

3.- Sin perjuicio de otros criterios más idóneos que considere el órgano de contratación, a título de ejemplo se propone el establecimiento de alguna o algunas de las siguientes condiciones especiales de ejecución del contrato:

3.1.- La contratación de un número o un porcentaje determinado de mujeres para la ejecución del contrato, cláusula que podrá establecerse con carácter general; o especificando que la contratación de mujeres sea para cargos cualificados o de responsabilidad; o bien referida a mujeres víctimas de violencia de género o en situación o riesgo de exclusión social.

3.2.- La adopción de políticas para la igualdad de mujeres y hombres en la ejecución del contrato, tales como: medidas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo; medidas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar; la formación a la plantilla en materia de igualdad de mujeres y hombres; las mejoras laborales a la plantilla que ejecute el contrato; el establecimiento de un plan de igualdad; o el empleo de un lenguaje e imágenes inclusivas y no sexistas en todos los materiales y la documentación.

3.3.- La obligación de presentar datos desagregados por sexo de las personas beneficiarias y/o usuarias de la prestación contractual.

4.- Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todas las subcontratistas que participen en su ejecución.

- **RESOLUCIONES y SENTENCIAS:**

- No se han encontrado resoluciones sobre condiciones específicas en materia de igualdad
- Sí, sobre otras materias:
 - Resolución nº 453/2019, del TACRC, de 25 de abril de 2019
 - Sobre condición que establece el deber de contratar a desempleados domiciliados en el municipio de ejecución del contrato
 - Resuelve que está vinculado al objeto del contrato, pero que es discriminatorio
 - Resolución nº 1071/2018, del TACRC, de 23 de noviembre de 2018
 - Condición que establece la aplicación de los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación, salvo que las condiciones del convenio de empresa fuesen más favorables (entonces se aplicará éste)
 - Resuelve que es discriminatorio, por no estar establecido en disposición de carácter general, pues afecta a empresas radicadas en otros ámbitos territoriales...

- Resolución nº 1058/2017, del TACRC, de 10 de noviembre de 2017
 - Condición que establece la aplicación del CC estatal
 - La anula (no respeta LCSP)
- Resolución nº 524/2019, del TACRC, de 25 de septiembre de 2019
 - Condición que establece el mantenimiento de las personas adscritas actualmente a la prestación de servicios
 - Anula: porque la subrogación no puede imponerse ni parcial ni totalmente cuando no deriva de la ley o de un CC, y por tanto tampoco puede valorarse como criterio de adjudicación la necesaria absorción de la plantilla
- Acuerdo nº 19, del TACPCM, de 10 de enero de 2018
 - Sobre mejoras salariales, sin perspectiva de género: aplicación como mínimo de las tablas salariales del convenio estatal
 - Admite su legalidad: pues no impone un determinado CC ni lo declara de aplicación

- Sentencias TS, de 26 de noviembre de 2015 y de 23 de mayo de 2016
 - Sobre posibilidad de exigir el cumplimiento del CC del lugar de ejecución, pero lo analizan desde el punto de vista competencial
 - El TS rechaza la competencia de las JJGG para regular la cuestión, afirma la competencia del legislador autonómico
 - Mantienen la vigencia de la cláusulas sobre aplicación del CC del lugar

- **ANÁLISIS:**
- Solo son admisibles si están vinculadas al objeto del contrato y no son discriminatorias
- En este caso, interpretación amplia de "vinculación" del art. 145.6 LCSP: exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra
- Por tanto, pueden establecerse en contratos cuyo objeto no esté relacionado con la igualdad de género, si no resultan discriminatorias
 - Dudas respecto de la condición relativa a la contratación de mujeres: discriminatoria (en aplicación de la Resolución 453/2019)?
 - No, argumento: pueden contratarse a mujeres de cualquier municipio, país....todas las empresas concurren en igualdad
 - Restantes: legales

- ¿Se podría establecer condición que establezca mejoras en condiciones laborales, p.e., salariales? Resolución nº 235/2019, de 8 de marzo de 2019: no como criterio adjudicación, ¿pero abierta vía como condición de ejecución?
 - Sí, si se exige p.e. aplicación de tablas salariales de convenio estatal (pero sin exigir que se aplique dicho CC)

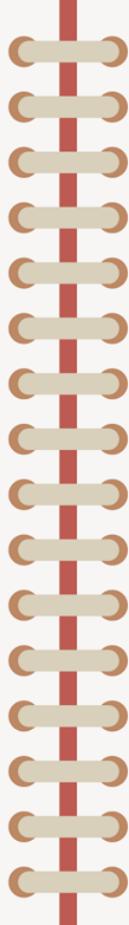
Acuerdo nº 19, del TACPCM, de 10 de enero de 2018

- La Instrucción cumple con la LCSP 2017 y las resoluciones

Propuestas

1. Pueden establecerse en contratos cuyo objeto no esté relacionado con la igualdad

Siempre que no sean discriminatorias

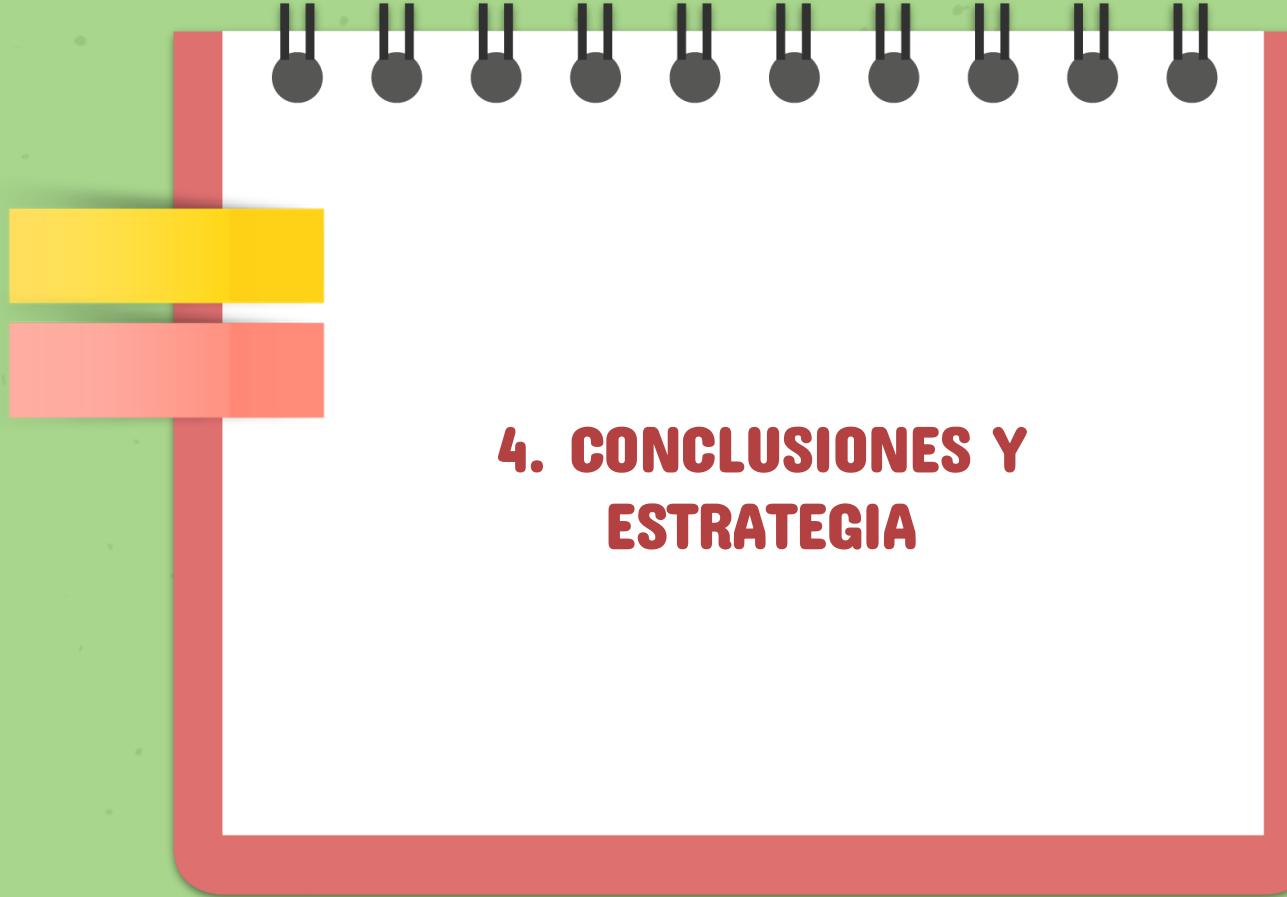


2. Obligación de contratar a mujeres para la ejecución: admisible solo en referencia a esta fase



3. En cuanto a mejoras de condiciones, entre otras, salariales, se puede exigir aplicar CC del lugar y salario de otro (pero en este caso no el CC al completo)





4. CONCLUSIONES Y ESTRATEGIA

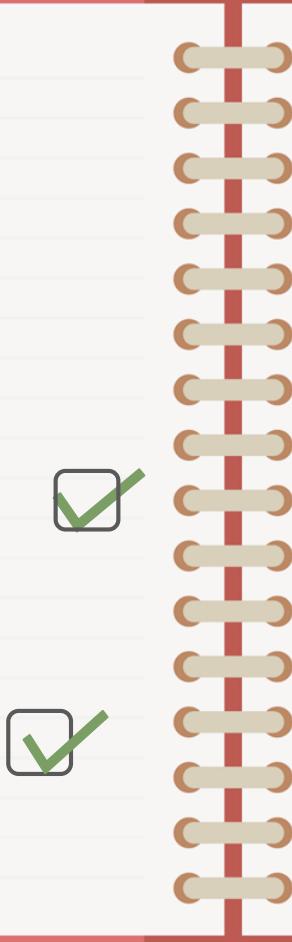
- A la hora de introducir estas cláusulas, la clave está, en muchos casos, en cómo se interpreta la vinculación con el objeto del contrato
 - Interpretación amplia
 - Interpretación estricta
- El TACRC, aplica sobre toda la estricta, en todas las fases menos en la de ejecución
 - En la fase de ejecución, interpretación amplia, pero vinculada a los efectos discriminatorios que pueda generar
- La Instrucción cumple, en su literalidad, la LCSP 2017 y casi siempre las resoluciones de los Tribunales Administrativos
 - El problema está en que, a la hora de incluir tales criterios, la vinculación con el objeto del contrato se entiende de diferente manera
 - En todas las fases, menos en ejecución, resulta muy difícil introducir estas cláusulas si el objeto no está ligado a la igualdad
 - En la fase de ejecución sin problemas, en contratos de cualquier objeto, cuando no resulten discriminatorias

Estrategia

PRESENTE: 1. aplicar la Instrucción, pues es legal, pero con las observaciones realizadas

Además, muchas de las interpretaciones del TACRC y demás tribunales son muy discutibles y recurribles

2. A la hora de recurrir un pliego, se puede optar entre vía administrativa o judicial: ¿quizás interpretaciones más progresistas en vía judicial?



FUTURA:

1. Aprobar fuente normativa (ley...) para regular la materia o
2. Incluir en una fuente normativa ya existente (p.e. ley vasca sobre ccss)
3. Seguir exigiendo aplicación de los criterios, pues su aplicabilidad depende de interpretaciones que van cambiando...

