

# ESTUDIO LA ACCIÓN POSITIVA Y SUS INSTRUMENTOS: LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Introducción. La significación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación: la acción positiva en el Derecho comunitario y en la Constitución Española. Concepto y significación de las cláusulas sociales de género. 2. Base legal para la inclusión de cláusulas sociales de género en las contrataciones que realicen las Administraciones públicas: La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres 3/2007 y la legislación de Contratos del Sector Público. 2.1. La habilitación legal contenida en la LOIEMH para incluir cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones públicas. 2.2. Ámbito objetivo: contratos que celebren las Administraciones públicas en los que es posible introducir cláusulas de género. 2.3. Ámbito subjetivo: las Administraciones públicas. 2.4. Posibilidades de inclusión de la cláusula de género en las distintas fases de la contratación administrativa. 2.5. El incumplimiento de la cláusula social de género y las prohibiciones de contratar.

*Teresa Pérez del Río*

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO. UCA

*Maria Zambonino Pulito*

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UCA.

## 1. INTRODUCCIÓN. LA SIGNIFICACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN: LA ACCIÓN POSITIVA EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES DE GÉNERO

El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres es recogido en todas las declaraciones internacionales de derechos y en todas las constituciones de los Estados democráticos. Nuestra Constitución configura al principio de igualdad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico en su art. 1, lo recoge como derecho fundamental en su acepción formal en el art. 14 y en su acepción esencial o real en el art. 9.2. El de igualdad constituye además un derecho complementario de todos los demás calificables como fundamentales, cuyo ejercicio debe ser garantizado a toda la ciudadanía, hombres y mujeres, en condiciones de igualdad<sup>1</sup>.

Como se ha puesto reiteradamente de manifiesto por la doctrina especializada, el derecho a la igualdad constituye un concepto dinámico, cuya interpretación ha evo-

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación* Tecnos Madrid 1986; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Igualdad y no discriminación en el empleo" Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 13 1998, pp. 61 y ss. PÉREZ DEL RÍO, T. "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario" en Cuadernos de Derecho Judicial, número monográfico sobre "Derechos laborales y colectivos en el Derecho comunitario", CGPJ, Madrid 1997 pp. 47 y ss. PÉREZ DEL RÍO T., "Mujer e igualdad: Estudio en materia social y laboral" Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 1999. LOUSADA AROCHENA, J.F., "La necesidad de transposición de la Directiva 2002/73/CE Aranzadi Social nº 5, 2003 pp. 109 y ss. Del mismo autor "Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo" Actualidad Laboral nº 7 2008.

lucionado y aún lo sigue haciendo. En un primer momento, el principio de igualdad fue entendido como igualdad formal en la ley y ante la ley, lo que se manifestó en el principio de que hombres y mujeres son iguales y han de ser tratados igualmente, de tal forma que cualquier tipo de desigualdad entre hombres y mujeres resultaría contraria a dicho principio.

Esta concepción confunde desigualdad con discriminación lo cual no es en absoluto correcto porque derecho a la igualdad y prohibición de discriminación constituyen conceptos autónomos y con caracteres y significación diferentes. Es de reconocer sin embargo que el reconocimiento del principio de igualdad en esta forma, ha significado la superación, por lo menos en las democracias occidentales, de situaciones anteriores de negación absoluta de las demandas de igualdad planteadas por las mujeres.

Ciertamente, en un primer momento, las demandas de igualdad de las mujeres se analizan desde esta óptica y por tanto con sus limitaciones la más importante de ellas es que al no incidir sobre la desigualdad social real, ésta se perpetuaba bajo una apariencia de igualdad, generando una bilateralidad en la protección legal que determinaba la paradójica extensión a los hombres de algunos *beneficios* históricos de las mujeres, aparentando que ellos fueran los discriminados.

Posteriormente, el principio de igualdad pasó a interpretarse como igualdad esencial o real, apareciendo y perfilándose conceptos jurídicos tan esenciales como el de *discriminación indirecta* y el de *acción positiva*.

La *discriminación indirecta* significa un paso en el acercamiento de la interpretación del derecho a la igualdad real o esencial ya que toma en cuenta la realidad social, no solo la realidad formal o normativa. A partir de este principio y como primer paso, no serán considerados como discriminatorios solamente los tratamientos formalmente desiguales y desfavorables para las mujeres, sino también todos aquellos actos, normas o medidas, aparentemente neutros, cuya aplicación práctica produce un impacto adverso sobre el colectivo femenino, siempre que resulten carentes de justificación suficiente, probada y ajena al sexo. Una vez demostrado el impacto adverso, aún cuando la medida resultase justificada y ajena al sexo, debería ser además necesaria para conseguir el objetivo propuesto pues de existir medios alternativos con menor efecto adverso para conseguirlo, estos son los que deberían ser adoptados. En otras palabras, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo y por tanto prohibido, todo tipo actuación, medida o norma, cuya aplicación en la realidad produce un impacto adverso que afecta a un colectivo mayoritariamente integrado por mujeres carente de razonabilidad, es decir, cuando no responda a un objetivo o justificación ajenos totalmente al sexo, o aún cuando tenga un objetivo razonable, la medida no resulta absolutamente necesaria para alcanzar el objetivo previsto.

De su parte la *acción positiva*, consiste en la adopción de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres; en palabras del Tribunal Constitucional español, se trataría de un *derecho*

*desigual igualatorio*. Para una mejor comprensión de este segundo tipo de actuación, es necesario recordar que el derecho a la igualdad presenta dos vertientes: de un lado la denominada igualdad formal, que se concreta en el principio todos los ciudadanos son iguales ante la ley de otro el de igualdad esencial o real que complementa al primero y que podría definirse en la forma contraria al anterior, es decir, los desiguales han de ser desigualmente tratados por la ley para conseguir su igualdad<sup>2</sup>.

Es mayoritariamente compartida la concepción de la acción positiva como el conjunto de medidas que tienen por finalidad garantizar la igualdad de oportunidades, eliminando los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre hombres y mujeres y corrigiendo situaciones de victimización mantenidas a lo largo de los años en todo tipo de culturas y sea cual sea el nivel de desarrollo de los distintos Estados. Este tipo de medidas han venido suscitando un importante debate incluso respecto de su denominación. Alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia las ha denominado medidas de *discriminación positiva* (o *reverse discrimination* en terminología anglosajona), denominación rechazada de plano por otro sector doctrinal que afirma que es imposible la convivencia entre los términos *discriminación* y *positiva* ya que la primera se concibe como una situación o actuación caracterizada por su resultado desfavorable, lo que resulta contradictorio con la posibilidad que al tiempo pueda tener un significado de favorabilidad. Para los defensores de la segunda denominación, la discriminación positiva constituye un instrumento de acción positiva especialmente incisivo, que consiste en una medida diferenciadora encaminada a privilegiar a los integrantes de un colectivo tradicionalmente victimizado. En definitiva, las medidas de discriminación positiva, no solo se proponen conseguir la igualdad de oportunidades, objetivo que se proponen igualmente las medidas de acción positiva, se proponen la consecución de un resultado igualitario y además garantizan dicha consecución es decir, garantizan la igualdad de resultados.

La compatibilidad del principio de igualdad con las medidas de acción positiva e incluso la necesidad de adoptarlas si se quiere hacer realidad el principio de igualdad, convertir el principio de igualdad formal en una realidad social, ha sido ampliamente reconocida y justificada en el ámbito del Derecho Internacional. La Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada el 18 de diciembre de 1979, señala que no deben entenderse discriminatorias *“aquellas medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”*.

Por lo que se refiere al Derecho comunitario el art. 141.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Ámsterdam 1997) señala: *“Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral,*

<sup>2</sup> SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer* CES Madrid 1999 sobre todo Capítulo IV y bibliografía allí citada. PÉREZ DEL RÍO, T., “Comentario a la Sentencia del TJCE, Sala Segunda, 30 septiembre 2004, asunto 319/03 Briheche, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el Derecho Comunitario”, *Revista de Derecho Social* n° 32 de 2005, pp. 159 a 170.

el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (recogido literalmente en el art. 157 del Tratado de Lisboa 2008).

Cabe además hacer referencia al art. 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 donde se señala que “Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin conviene intensificar donde quiera que ello sea necesario las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular en el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene asimismo desarrollar las medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”.

El art. 23 párrafo 2º de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000 señala “El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

Finalmente la D/2006/54/CE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referido al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo (Refundición), recogiendo literalmente lo establecido al respecto en la D/2002/73/CE de modificación de la D/76/207/CE, en el N° 22 de su Exposición de motivos, señala que “De conformidad con el art. 141, apartado 4, del Tratado, y con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impide a los Estados miembros mantener o adoptar medidas que prevean ventajas específicas para facilitar a las personas del sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o para evitar o compensar las desventajas que sufran en sus carreras profesionales. Dada la situación actual, y teniendo en cuenta la Declaración no 28 del Tratado de Ámsterdam, los Estados miembros deben, en primer lugar, aspirar a mejorar la situación de la mujer en la vida laboral”. Añade en su art. 3 que “Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del art. 141 del Tratado, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”. Además en el art. 31.2 señala: “...los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del art. 141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación. Basándose en esa información, la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración nº 28 anexa al Acta final del Tratado de Ámsterdam”.

Queda clara pues la voluntad del legislador comunitario no solo de declarar compatible la acción positiva con la prohibición de discriminación por razón de género, sino incluso la de incentivar la adopción de este tipo de normas. Ciertamente, de

esta disposición no deriva una obligación estricta para los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva, pero sí una cierta compulsión moral ya que parecería poco aceptable que en el preceptivo informe cuatrienal, algún Estado miembro hiciese constar que no ha adoptado medida alguna.

Sobre la justificación y límites de la acción/discriminación positiva y su compatibilidad con el principio de igualdad de trato sin discriminación por razón de sexo, han recaído una serie de importantes sentencias de TJCE<sup>3</sup>, en las que este ha enjuiciado hasta tres categorías de medidas de acción positiva<sup>4</sup>.

– La primera categoría incluiría aquellas medidas que no son directamente discriminatorias por su naturaleza, en el sentido de que no limitan en forma alguna el derecho a la igualdad de trato individual, sino que solamente tratan de mejorar la formación, la cualificación, en definitiva la empleabilidad de las mujeres por ejemplo, la reserva a las mujeres de una cuota de plazas para participar en cursos de formación, supuesto enjuiciado en el A. Badeck. En este tipo de medidas, la idea subyacente es que la igualdad de oportunidades exige el establecimiento de medios que permitan la exteriorización y comprobación de las cualidades individuales de las mujeres, pero no afecta en absoluto al derecho individual a la igualdad de trato en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo.

– La segunda categoría de medidas analizadas por el Tribunal, estaría integrada por aquellas que pretenden permitir una más fácil conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, que evidentemente beneficiarán mayoritariamente a las mujeres puesto que sobre estas recaen asimismo mayoritariamente las responsabilidades de cuidado. Por ejemplo en el Asunto Lommers, la medida nacional enjuiciada consistía en la reserva en exclusiva de plazas de guardería para las empleadas en un ministerio Holandés, salvo en caso de urgencia que correspondía apreciar al Director del servicio.

El TJCEE señaló en estas sentencias que todas las categorías de medidas de acción positiva están sujetas a tres requisitos: en primer lugar, para ser compatible con el citado precepto, la medida nacional enjuiciada debe ir dirigida a corregir una situación preexistente de desequilibrio entre hombres y mujeres, por lo cual ha de demostrarse en primer lugar una situación de *infrarrepresentación* de las mujeres en el sector o categoría profesional a los que la medida se va a aplicar. Cualquiera que sea su finalidad, a falta de prueba de la existencia de esta situación, ninguna acción dirigida directa o indirectamente a remediarla puede considerarse compatible con el art. 2.4 de la Directiva 76/207. En segundo lugar, el TJCEE comprueba su *adecuación*, es decir, la probabilidad de que la medida adoptada sea susceptible de

<sup>3</sup> TJCE: A. Kalanke S. 17 de octubre de 1995 C.450/93, Marschall S. 11 de noviembre de 1997 C.409/95, Badeck 28 de marzo de 2000 C.158/97, Abrahamson S. de 6 de julio de 2000 C. 407/98, Lommers S. 19 de marzo de 2002 C.476/99, Briheche S. 30 septiembre 2004 C. 319/03.

<sup>4</sup> Ver el Informe del Abogado General Potares Maduro en el C.319/03 Briheche apartado 30. Este resumen aparece en términos similares en el Informe de Abogado General Sr. Tesoro en el C. Kalanke C. 450/93 apartado 9.

subsanan la situación concreta. En tercer y último lugar, para resultar compatible con el art. 2.4 de la D/78/207/CEE, la medida enjuiciada debe responder a una exigencia de *proporcionalidad*, en el sentido de que la medida positiva debe conciliarse en todo lo posible con el principio de igualdad de trato entre los individuos.

El TJCEE destacó en estos casos el hecho de que la medida de que se trataba “no reservaba a las mujeres determinados puestos de trabajo”, sino tan solo “el disfrute de ciertas condiciones de trabajo”. Añadía que las medidas adoptadas respondían al principio de proporcionalidad, es decir, eran adecuadas para promover la igualdad de oportunidades a favor de las mujeres, y en base a estas apreciaciones declaró la medida compatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo. Tanto en la sentencia Badeck como en la Lommers el TJCEE concedió especial importancia al hecho de que las medidas enjuiciadas no suponían la total y absoluta exclusión de los hombres en el disfrute de dichas condiciones de trabajo y en ambos casos el Tribunal afirmó que este hecho hubiera constituido un importante obstáculo para poder ser declaradas compatibles con el art. 2.4 de la Directiva 76/207.

36 La tercera categoría de medidas de acción positiva, incluye aquellas que también pretenden lograr la igualdad entre hombres y mujeres, que implican un tratamiento diferenciado de estas en relación a los hombres, y que asumen como finalidad reducir la infrarrepresentación de las mujeres en la vida profesional. Serían aquellas medidas que inciden directamente en el empleo, que otorgan una preferencia a las mujeres en los procesos de selección o fijan objetivos o cuotas que deben alcanzarse. Evidentemente los problemas más importantes de compatibilidad con el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres se han planteado en relación con las medidas de acción positiva de la tercera categoría, que implican una potencial discriminación en perjuicio de los hombres y afectan a derechos individuales de estos.

En los asuntos Kalanke, Marschall y Badeck, el Tribunal tenía que decidir sobre la compatibilidad con la prohibición de discriminación por razón de sexo de medidas de acción positiva establecidas en las legislaciones internas que conferían preferencia en la contratación o la promoción de las mujeres candidatas, cuyas cualificaciones y méritos eran iguales a las de los candidatos masculinos y en concreto en la Sentencia recaída en el A. Badeck el TJCEE afirma que “Una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas, debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”.

En el asunto Abrahamsson la norma nacional enjuiciada confería preferencia automática a las mujeres candidatas siempre que estuvieran *suficientemente capacitadas*, con la única limitación de que la diferencia entre los méritos de los candidatos

de ambos sexos no fuera tan considerable que con ello se vulnerase la exigencia de objetividad en la contratación. En este caso, el Tribunal estimó que este tipo de medida resultaba incompatible con el art. 2.4 de la D/76/207/CEE, porque la preferencia se basaba únicamente en el hecho de que la candidata perteneciese al sexo menos representado, pero añadió que un proceso de selección podría incluir criterios que concedieran preferencia a las mujeres, con la condición de que la aplicación de dichos criterios se efectuase de forma transparente y pudiera ser controlada con el fin de excluir cualquier apreciación arbitraria acerca de la capacitación de los candidatos.

En definitiva y sobre la normativa vigente en el momento en que el TJCE se pronunció, la doctrina sentada en la materia se puede resumir en la siguiente forma:

- la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva debe considerarse una excepción al principio de igualdad de trato;
- dicha excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar la adopción de 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;
- en el acceso al empleo o en una promoción, no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas;
- por el contrario, tal preferencia está justificada si no es automática y si la medida nacional en cuestión garantiza a los candidatos varones igualmente cualificados que su situación será objeto de una valoración objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurran en los candidatos, independientemente de su sexo.

En definitiva, parece claro que la compatibilidad de las medidas de acción positiva con la prohibición de discriminación por razón de sexo tal como viene establecida en la Directiva 76/207/CEE, exige, en opinión del Tribunal, la exclusión de toda clase de preferencia automática a favor de las mujeres, requiere que las medidas sean proporcionales en el sentido de garantizar un equilibrio entre los beneficios de la acción positiva en la eliminación de la situación de discriminación real de las mujeres, situación que debe ser constatada, y los costes impuestos a los hombres en términos de limitación de su derecho individual a la igualdad de trato, y además, deben resultar adecuadas para conseguir la finalidad perseguida. Estas exigencias se entienden necesarias para impedir que la igualdad formal entre los individuos resulte totalmente postergada por el objetivo de la igualdad sustantiva entre los grupos. En otras palabras, el Tribunal intenta conciliar la discriminación positiva con el principio de igualdad formal, reconociendo la compatibilidad de la primera con el art. 2.4 de la D/76/207 CEE solo en la medida en que no conduzca a una discriminación formal que favorezca al colectivo femenino en detrimento de los sujetos individuales pertenecientes al otro grupo o colectivo, es decir, el masculino.

Esta lógica puede sin embargo entrar en conflicto con uno de los objetivos más ambiciosos de las medidas de acción positiva: la eliminación o *compensación* de la situación de infrarrepresentación de las mujeres en la sociedad, por medio del reconocimiento de preferencias para el acceso a determinados sectores sociales a los que la mujer no ha tenido acceso tradicionalmente. El Tribunal parece señalar en su doctrina que el art. 2.4 resulta compatible exclusivamente con las medidas de acción positiva que tienen por objetivo *corregir desigualdades de hecho actuales*; en otras palabras, el TJCEE autoriza las formas de acción positiva solo en la medida en que pueden ayudar a corregir procedimientos discriminatorios de decisión en relación con el acceso al empleo, declarando la incompatibilidad de aquellas que persiguen la *compensación* de situaciones históricas de discriminación.

Esta doctrina trae su fundamento en la óptica en que la D/76/207/CEE contemplaba la acción positiva, es decir, como *excepción* a la prohibición de discriminación por razón de sexo básicamente formal, lo que exigía una interpretación restrictiva de las posibilidades que la excepción ofrecía. Sin embargo, como se ha señalado, esta óptica cambia notablemente a partir del Tratado de Ámsterdam art. 141.4 y sobre todo, de la adopción de la D/2002/73/CEE de reforma de la D/76/207/CEE, y posteriormente de la D/2006/54, en las que, entre otras modificaciones, se eliminan las posibilidades de excepcionar el principio de igualdad de trato que anteriormente recogía el art. 2 de la primera de las directivas citadas.

38 Desde la nueva óptica, medidas de acción positiva del tipo de las declaradas anteriormente incompatibles con la D/76/207/CEE, pueden resultar compatibles al amparo del art. 141.4 TCE y sobre todo de la nueva óptica introducida por la D/2002/73/CE y mantenida, como no podía ser de otra forma, en la D/2006/54/CEE. En concreto, las medidas de acción positiva con una finalidad compensadora, pueden resultar perfectamente compatibles con el art. 141.4 TCE, en la medida en que el propio precepto hace referencia expresa a esta finalidad como una de las posibles a adoptar por este tipo de medidas.

La referencia a la finalidad *compensatoria* que realiza el art. 141.4 del Tratado, puede interpretarse bien en el sentido de que la necesidad de compensar las desigualdades sociales pasadas o presentes es suficiente para justificar un tratamiento favorable a los sujetos integrantes de los grupos desfavorecidos, en este caso las mujeres, a costa de discriminar formalmente a los miembros de los grupos sobre-representados, en nuestro caso los hombres. Se produciría de esta forma una subordinación del derecho individual a no ser discriminado, a la consecución de la igualdad real entre los grupos, que se justifica en el objetivo de compensar a las mujeres, o en general a los miembros de los grupos infrarrepresentados, por la situación de discriminación que han venido históricamente sufriendo. Esta interpretación puede resultar difícilmente compatible con la doctrina tradicionalmente mantenida por el TJCEE en la materia, que ha otorgado siempre especial relevancia al respeto del derecho individual a la igualdad de trato formal.

Cabe sin embargo, una segunda postura interpretativa entendiendo que la adopción de medidas de tipo compensatorio es necesaria en razón del hecho de que la aplicación no discriminatoria de las reglas sociales, se encuentra en la actualidad estructuralmente desequilibrada a favor de los hombres. Se puede defender que la igualdad de resultados no es la única finalidad perseguida por las medidas de acción positiva enmarcadas en la tercera categoría ya que las medidas normalmente asociadas con la igualdad real que tienen por objetivo compensar la infrarrepresentación de determinados grupos, en nuestro caso las mujeres, por ejemplo cuotas, preferencias automáticas etc., son las únicas que a medio o largo plazo pueden conseguir la igualdad de oportunidades. Desde esta óptica, las medidas que favorecen a las mujeres, no son concebidas como medios para alcanzar la igualdad colectiva entre grupos o la igualdad de resultados, sino como el instrumento más adecuado para conseguir la efectiva igualdad de oportunidades entre los individuos. El objetivo de las medidas compensatorias sería, de este modo, restablecer la igualdad de oportunidades mediante la eliminación de los efectos de la discriminación, es decir, mediante la eliminación de la situación estructural existente en la actualidad de discriminación contra las mujeres. De este modo, se podría concluir que la compensación pretendería restablecer el equilibrio en las oportunidades que la sociedad concede a los miembros de todos los grupos que la integran, incluidos los de hombres y mujeres.

Entendida de esta forma, es decir, considerando que su objetivo es la eliminación de la situación estructural de discriminación entre hombres y mujeres y la consecución de la igualdad de oportunidades y no de resultados, la acción compensatoria se haría compatible con el principio de igualdad formal entre las personas, pero ni aún así carecería de límites y requisitos.

Las formas de acción positiva aceptables desde la óptica del art. 141.4 TCE, se encontrarían íntimamente ligadas a su *transitoriedad*, es decir, lo serían solo y mientras se pudiera probar que la situación de discriminación que se pretende eliminar sigue existiendo, tornándose incompatibles cuando, por medio de evaluaciones periódicas se constate su desaparición. El segundo requisito podría seguir siendo la *proporcionalidad* entre el objetivo perseguido y la onerosidad de la carga impuesta al grupo sobrerrepresentado y la tercera la *adecuación*, es decir, la posibilidad real de eliminar la situación de discriminación social estructural entre hombres y mujeres constatada. Así entendida, la acción positiva con finalidad compensatoria puede resultar más aceptable por el TJCEE al resultar más compatible con su doctrina tradicional.

Por lo que se refiere a la acción positiva en el ordenamiento jurídico interno, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el tema. En todas las sentencias adoptadas en la materia, la mayoría de las cuales hacen referencia al género como causa determinante de la posición social de la mujer, que el TC califica como "...no solo desventajosa sino abiertamente contraria a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución"<sup>5</sup>, el

<sup>5</sup> Entre otras STC 128/1987 Fdto. Jurídico N°8.

TC señala expresamente que esta situación resulta incompatible con los postulados constitucionales, entendiendo que de la Constitución deriva una “*explícita interdicción*” de su mantenimiento (art. 14 segundo inciso). Añade que de la propia Constitución se deduce que no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad (art. 14), sino por el contrario, “*el tratamiento diverso de situaciones distintas puede 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)*”. Señala expresamente que “*La actuación de los Poderes Públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales... colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellas un trato mas favorable pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas*”. Insiste el TC que las medidas promocionales de aquellas categorías de trabajadores que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo y su permanencia en él, no podrán considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, por el contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación preexistentes<sup>6</sup>.

A pesar de citar como punto de referencia de su doctrina interpretativa en materia de discriminación y acción positiva las normas internacionales en la materia (como de otro lado exige el art. 10.2 CE), el TC ha ido desde el principio mas allá del alcance de las mismas y de forma clara de la D/76/207/CEE, que, como ya señalamos, contemplaba la acción positiva como una excepción a la prohibición de discriminación formal, cuya adopción era planteada como meramente potestativa para los poderes públicos, mientras que el TC parece entender su adopción como una actuación necesaria, incluso exigida por la Constitución, en concreto por el art. 14 inciso 2º en el que se señala “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de...sexo...*” y en el art. 9.2 que obliga a los poderes públicos a “*...promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...*” y a “*remover los obstáculos que impidan o dificulten...*” el ejercicio en plenitud de estos derechos. El TC entiende que el principio de igualdad material o esencial recogido en el art. 9.2, concreta y precisa el significado del derecho a la igualdad (consagrado en el art. 14) ordenando a los poderes públicos la adopción de medidas encaminadas a la eliminación de todas las situaciones de discriminación constatadas, especialmente, la existente entre hombres y mujeres y derivada del género.

Como señala la STC 216/1991 y repite la 28/92, no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida, antes al contrario, en cierto modo exigida por los principios informadores del Estado Social de Derecho que la Constitución consagra, la acción de favorecimiento que los poderes públicos emprendan en benefi-

<sup>6</sup> En este mismo sentido STC 19/1989 de 31 de enero, BOE 28 de febrero de 1989; STC 28/1992 de 9 de marzo, BOE 10 de abril de 1992 y 13 de mayo de 1992; STC 3/1993 de 14 de enero, BOE 12 de febrero de 1993; STC 109/1993 de 25 de marzo, BOE 27 de abril de 1993; STC 16/1995 de 24 de enero, BOE 28 de febrero de 1995 entre otras muchas.

cio de determinados colectivos históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que mediante un trato especial mas favorable, vean compensada y eliminada su situación de desigualdad sustancial. En definitiva, la acción positiva no solo es que sea compatible con el derecho a la igualdad tal como viene reconocido en el Derecho comunitario (art. 141.4 TCCE), sino que según la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, es incluso “*...exigida por el art. 9.2, en un Estado social y democrático de derecho como el que nuestra Constitución consagra...*” (STC Nº 128 de 16 de julio de 1987 y muchas otras posteriores en el mismo sentido) y ello tanto en el ámbito público como en el privado.

No obstante, la actuación promocional de los poderes públicos no carece de límites o requisitos. Constituye este un tema tratado de forma dispersa por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias, de tal forma que en ninguna de ellas se analizan de forma conjunta y suficientemente aclaratoria de su significado, las condiciones y los límites en los cuales una determinada medida de acción positiva debe ser considerada justificada constitucionalmente.

Señala el TC en primer lugar que el legislador “*cuenta con una amplia libertad de configuración*” (STC 109/1993) de las medidas de acción positiva que considere oportunas. De la doctrina sentada en sus fallos se deduce que las únicas condiciones o límites dentro de los que el legislador se debe mover son:

- la constatación de la existencia de una situación de discriminación social que se pretende eliminar (STC 128/1987),
- la temporalidad de la medida, que sólo puede persistir hasta la eliminación de la situación constatada (STC 128/1987), y
- la razonabilidad, proporcionalidad y efectividad de la misma, de tal manera que:
  - a) una determinada medida de acción positiva, será razonable si tiene por objetivo eliminar la situación de discriminación probada;
  - b) una vez determinada la razonabilidad, es necesario analizar si la medida es proporcional, esto es, si es adecuada y necesaria para el logro de los objetivos propuestos;
  - c) finalmente, debe analizarse si puede asegurar o al menos colaborar en el establecimiento de la situación de igualdad del colectivo favorecido, evitando efectos indeseados (SSTC 229/1992 y 269/1994)<sup>7</sup>.

Por lo que se refiere a la posible afectación a otros derechos fundamentales, es una cuestión que deberá solucionarse casuísticamente, atendiendo a la naturaleza y el contenido esencial de cada derecho y las circunstancias particulares de cada caso. El único supuesto analizado por el Tribunal Constitucional problemático en este sentido, ha sido el analizado en la STC 269/1994, en el que se trataba sobre la confrontación entre el derecho contemplado en el art. 23.2 CE al acceso a la

<sup>7</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad de resultados”, *Relaciones Laborales* nº 12 1996, pp. 1 a 10.

función pública en condiciones de igualdad de mérito y capacidad y el establecido en los art. 14 y 9.2 a la igualdad formal y real y la prohibición de discriminación, cuestión que había sido alegada por las partes en su recurso. El Tribunal entendió que en el caso enjuiciado, no existía violación del art. 23 CE porque la medida de acción positiva no establecía una diferencia arbitraria sino que era proporcional y adecuada para la consecución del objetivo propuesto.

En definitiva, la doctrina sentada por el TC hasta el momento, justificaría la adopción legal de un modelo de acción positiva obligatorio para el sector público y voluntario para el sector privado, que de otro lado es de señalar, es el modelo adoptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos que han regulado la acción positiva vr.gr. la Ley italiana 125/91<sup>8</sup> que cuenta con idéntica base constitucional y que es exactamente el que adopta la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

La LOIEMH manifiesta su objetivo en su propia denominación: su finalidad es conseguir la igualdad efectiva, es decir, real, sustancial, entre mujeres y hombres en todos los ámbitos que trata de forma transversal y para conseguir dicha finalidad, entiende absolutamente imprescindible la adopción de medidas y programas de acción positiva, adopción que resulta obligatoria para el sector público y voluntaria, pero fuertemente incentivada, en el privado.

En su art. 11. *Acciones positivas*, establece lo siguiente:

42 "1. Con el fin de hacer efectivo el principio constitucional de igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley".

Concretamente en el ámbito del empleo, al que se dedica el Título VI completo, la Ley señala en su art. 42.1 que "Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo". Añade en su número 2 que "Los Programas de inserción laboral activa, incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres".

Resulta innegable que uno de los ámbitos en que la Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres demuestra una mayor preocupación e interés,

<sup>8</sup> Ver al respecto SIERRA HERNÁIZ, op. cit., pp. 86 y ss.

es el de la erradicación de la discriminación y la promoción de la igualdad en el ámbito privado mediante la negociación colectiva. En todos los países de la UE, la negociación colectiva constituye el instrumento por excelencia para la regulación de las condiciones de trabajo, por ello constituye un instrumento esencial para la tutela antidiscriminatoria y la garantía de la igualdad entre mujeres y hombres en las empresas.

El art. 43 de la LOIEMH señala "De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres". El art. 45 añade "1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral".

Uno de los instrumentos de acción positiva que se han demostrado mas efectivos para la incentivación de la aplicación de los objetivos de política social establecidos por los poderes públicos en ámbitos tales como el medio ambiente o la integración de los discapacitados en el empleo, son las denominadas *cláusulas sociales*. Consisten en el otorgamiento de preferencia en la contratación con la Administraciones públicas en favor de aquellas empresas que cumplan los requisitos establecidos por la propia Administración contratante, relacionados con el cumplimiento de los objetivos políticamente establecidos en dichas materias. En el caso que nos ocupa, se trataría de condicionar o de otorgar preferencia en la contratación con la Administración Pública a aquellas empresas que demuestren o se comprometan a realizar políticas de recursos humanos que indiquen un compromiso real, efectivo y comprobable con el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y para la erradicación de la discriminación por razón de género.

La compatibilidad de este tipo de cláusulas con el derecho a la igualdad había sido puesta en tela de juicio y la LOIEMH ha venido a aclarar este debate. Como veremos a continuación, la medida de acción positiva que constituye la inclusión de cláusulas sociales de género en las contrataciones que realicen las Administraciones públicas, que en nuestra opinión tenía una base constitucional indiscutible según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y una práctica inatacada en otros ámbitos como los señalados mas arriba, cuenta con una base legal expresa a partir de la adopción de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres.

## 2. BASE LEGAL PARA LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES DE GÉNERO EN LAS CONTRATACIONES QUE REALICEN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES 3/2007 Y LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

### 2.1. LA HABILITACIÓN LEGAL CONTENIDA EN LA LOIEMH PARA INCLUIR CLÁUSULAS SOCIALES DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Con carácter previo al análisis de las distintas fases de la contratación administrativa al objeto de dejar sentadas cuáles sean las posibilidades de introducir cláusulas sociales de género, debe revisarse, en primer lugar, la regulación que al efecto contiene la LOIEMH, ya que dicha Ley se configura como marco habilitante para el ejercicio de las potestades administrativas que nos interesan. En este sentido, dos son los preceptos que se contienen en dicha Ley y que expresamente se refieren a la contratación de las Administraciones públicas: el **art. 33**, que se dirige a todas las Administraciones públicas y el **art. 34** pensado, en especial, para la Administración del Estado<sup>9</sup>. Estos preceptos constituyen una concreción, en la actividad administrativa de contratación, de otros principios y criterios establecidos en diversos artículos de la LOIEMH que con carácter general han de informar la actuación de las Administraciones públicas y a los que se ha hecho anteriormente referencia, en especial de los arts. 14 y 15. Junto a ello, y con respecto a las Administraciones locales, resulta especialmente significativo el art. 21 (titulado *Colaboración entre las Administraciones públicas*), que en su número 2 establece “*Las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias y colaborarán, a tal efecto, con el resto de las Administraciones públicas*”.

De la lectura de los preceptos transcritos puede concluirse que, en materia de con-

<sup>9</sup> De acuerdo con el art. 33 LOIEMH “*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*”. Por su parte, el art. 34, referido a los contratos de la Administración General del Estado, señala: “*1. 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 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, 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. 2. 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 y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio*”.

tratación, dos son los tipos de medidas que expresamente se han introducido por la LOIEMH:

a) En primer término, en el **art. 33**, se señala la posibilidad de que todas las Administraciones públicas introduzcan, *en relación con la ejecución* de los contratos que celebren, condiciones especiales dirigidas a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. El precepto es claro a la hora de determinar la fase de la contratación a la que vayan a afectar las medidas que regula, refiriéndose a la fase de ejecución. Las condiciones de los contratos se fijan en la fase de preparación de los mismos a través de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o, en su caso, como luego se explicará con detenimiento, en los pliegos de cláusulas generales. Por lo tanto, el precepto incluye una habilitación para introducir cláusulas sociales de género en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, dirigida a todas las Administraciones públicas. Téngase presente que el incumplimiento de las condiciones contractuales puede constituir causa de resolución del contrato, lo que a nuestro modo de ver otorga a la Administración un valioso instrumento de fomento de la efectividad del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres.

Por otra parte, el precepto hace mención al establecimiento de *condiciones especiales*, lo que entendemos que permitiría incluir en los pliegos la obligación de que la empresa cumpliera, en determinados plazos, la obligación de adoptar medidas diversas de acción positiva. Son medidas que la empresa no tiene necesariamente por qué cumplir en la fase de concurrencia sino que se adoptarían durante la fase de ejecución y serían debidamente publicitadas en los pliegos. Sobre todo ello volveremos con posterioridad cuando analicemos las diversas fases de la contratación y la posibilidad y la forma en que, en su caso, se podrían incluir las cláusulas sociales de género.

b) En el **art. 34 LOIEMH**, que introduce una regulación cuyo ámbito subjetivo es exclusivamente el de la Administración General del Estado, se deja al Consejo de Ministros la determinación, de carácter anual, de los contratos en que **obligatoriamente** habrán de introducirse medidas de igualdad y se establece la posibilidad de que los órganos de contratación establezcan en los pliegos la preferencia en la adjudicación a las empresas que cumplan con las directrices que establezca el gobierno. Como puede apreciarse, se regulan dos instrumentos diversos para hacer efectiva la igualdad en materia de contratación en el ámbito de la Administración del Estado: a) el mandato de dictar Acuerdos, de naturaleza reglamentaria, en los que se determine la obligatoriedad de introducir cláusulas administrativas de género y b) la posibilidad de que la cláusula de género se introduzca como criterio de selección en los contratos administrativos.

Varias cuestiones surgen en relación a ambos instrumentos. Por una parte cabría plantearse si la limitación del ámbito subjetivo del precepto excluye a otras Administraciones públicas de la posibilidad de utilizar mecanismos similares. De otra, el tipo de medidas que cabría introducir como criterio de selección preferente en la adjudicación.

En relación a la primera cuestión, entendemos que del tenor de los arts. 14, 15 y 21.2 transcritos, puede concluirse la existencia de habilitación suficiente para el resto de Administraciones públicas tanto para dictar normas de naturaleza reglamentaria que, a la vista del estado del mercado laboral, determinarían contratos en los que obligatoriamente hubieran de introducirse medidas concretas dirigidas a hacer efectiva la igualdad de género en dicho ámbito. Igualmente la habilitación existiría para que otras Administraciones públicas introdujeran cláusulas de género como criterio de selección en la adjudicación de los contratos, con los límites y requisitos que se verán con posterioridad.

En lo que hace a las medidas concretas a introducir como criterio de selección, entendemos que la interpretación, por mor de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia que rigen la contratación pública, debe ser más restrictiva que la que se hizo en relación a las medidas a introducir como condiciones a incluir en los pliegos de cláusulas particulares. En este sentido, debe pensarse que la empresa debe cumplir las medidas en la fase de concurrencia, por más que su introducción por parte de la Administración se haya de hacer, como en el caso anterior, en la fase de preparación, lo que implica que hayan de ser medidas tipificadas por el ordenamiento jurídico, hasta el momento las contempladas en la LOIEMH, sin perjuicio de que en otras normas de desarrollo –de rango legal o reglamentario– pudieran añadirse medidas distintas. Sin embargo, la forma en que la LO define las medidas de acción positiva adoptables es muy genérica y entendemos que cabría casi cualquiera que respondiese a los principios establecidos por nuestro Tribunal Constitucional y a los límites y requisitos que se expondrán a lo largo del trabajo<sup>10</sup>.

De lo que se acaba de exponer, queda claro que la LOIEMH contiene la habilitación suficiente para que las Administraciones públicas introduzcan medidas dirigidas a la consecución de la igualdad de género en la fase de preparación a través de los pliegos de cláusulas administrativas, aunque se concretarían en fases distintas: las condiciones especiales habrían de cumplirse durante la ejecución del contrato y las medidas que se tomen como criterios de selección en la fase de adjudicación. Del alcance y los límites de estas posibilidades, así como del estudio de la existencia de otras posibilidades, más allá de las previstas en los arts. 33 y 34 de la LOIEMH, nos ocupamos a continuación.

<sup>10</sup> El TC en esta materia ha afirmado que los poderes públicos "cuentan con una amplia libertad de configuración" (STC 109/1993) de las medidas de acción positiva que consideren oportunas. De la doctrina sentada en sus fallos se deduce que las únicas condiciones o límites dentro de los que la Administración se debe mover son: a) la constatación de la existencia de una situación de discriminación social que se pretende eliminar (STC 128/1987), b) la temporalidad de la medida, que sólo puede persistir hasta la eliminación de la situación constatada (STC 128/1987) y c) la razonabilidad, proporcionalidad y efectividad de la misma, de tal manera que una determinada medida de acción positiva, será razonable si tiene por objetivo eliminar la situación de discriminación probada; una vez determinada la razonabilidad, es necesario analizar si la medida es proporcional, esto es, si es adecuada y necesaria para el logro de los objetivos propuestos; finalmente, debe analizarse si puede asegurarse o al menos colaborar en el establecimiento de la situación de igualdad del colectivo favorecido, evitando efectos indeseados respecto de derechos individuales derivados del principio de igualdad formal (SSTC 229/1992 y 269/1994).

## 2.2. ÁMBITO OBJETIVO: CONTRATOS QUE CELEBREN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS QUE ES POSIBLE INTRODUCIR CLÁUSULAS DE GÉNERO

El objeto de análisis en el presente apartado, se ciñe a los contratos que celebren las Administraciones públicas incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)<sup>11</sup>. Desde este punto de vista, la legislación de contratos de las Administraciones públicas es aplicable a los contratos administrativos y privados que celebren las Administraciones públicas<sup>12</sup>, si bien en relación a los segundos, su aplicabilidad se limita a su preparación y adjudicación –sus efectos y extinción se rigen por las normas de Derecho privado, ex art. 20 LCSP<sup>13</sup>–. Por su parte, los contratos administrativos, se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo<sup>14</sup>, por lo que en este extremo ha de estarse a la sistematización que al respecto realiza el art. 19.1 LCSP, precepto que define qué contratos son administrativos y cuáles tienen la consideración de contratos privados.

En síntesis, el ámbito objetivo del trabajo viene constituido por los contratos que celebren las Administraciones públicas no excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP, a saber, los contratos privados, en cuanto a su preparación y adjudicación, y los contratos administrativos en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción. Por lo que hace a los contratos administrativos, entiendo que la anterior afirmación es extensible tanto a los contratos administrativos típicos como a los contratos especiales, si bien en este último caso habrá de estarse a sus propias normas que, como establece el art. 19 LCSP, son de aplicación preferente y examinar,

<sup>11</sup> A este respecto, deben entenderse fuera del ámbito de estudio los contratos relacionados en el art. 19.1.b LCSP, si bien cabría plantearse la posibilidad de incluir la cláusula social de género en aquellos contratos y negocios excluidos que celebren las Administraciones públicas lo que sin duda excedería los límites del objeto del trabajo encargado. La diversidad, en cuanto a tipología y régimen, es la nota que los caracteriza, por lo que sería necesario un estudio detenido de cada uno de estos contratos para conocer el alcance de la igualdad pública de garantía de la igualdad efectiva en cada uno de ellos.

<sup>12</sup> Sobre el régimen de la contratación pública vigente y sin ánimo de ser exhaustivos, pueden verse los trabajos de ARIÑO ORTIZ, G., *Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Ed. Comares, Granada, 2005 y "El enigma del contrato administrativo", *RAP* núm. 172, 2007; GIMENO FELIÚ, J.M., *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, 2004; MORENO MOLINA, J. A., *Nuevo Régimen de la Contratación Administrativa. Comentarios al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas tras el RDLeg. 2/2000 de 16 de junio*, 2ª edic. La Ley, 2000; LLISSET BORREL, F. y LLISSET CANELLES, A., *Manual de los contratos públicos. Comentarios al Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (R.D.L. 2/2000) y su Reglamento (R.D. 1098/2001)*, Ed. Bayer Hermanos S.A., Barcelona 2002; MARTÍN MORENO, J.L., GALÁN SÁNCHEZ, J.A., ROMERA MORÓN, J., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Tirant lo Blanch – Instituto Andaluz de Administración Pública, 2005; GARCÍA MACHO, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>13</sup> Es la conocida doctrina de los actos separables que asumiría la jurisprudencia, siendo clásicos, entre la doctrina administrativista, los trabajos de GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., "Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo", *RAP* núm. 36, 1961, pp. 227 y ss. y CLAVERO ARÉVALO, M., "El estado actual de la doctrina de los actos separables", *Revista de Estudios de la Vida Local* núm. 164, 1969, pp. 545 y ss.

<sup>14</sup> *Vid.*, art. 19.2 LCSP que establece la aplicación supletoria de las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

en cada supuesto, en qué medida es posible introducir cláusulas sociales dentro del marco que los principios informadores de la contratación pública permiten<sup>15</sup>. No obstante, por propia definición, algunos de estos de contratos, en cuanto *vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública*, pueden venir llamados especialmente al cumplimiento de la función pública que nos ocupa –la garantía de la efectividad de la igualdad de mujeres y hombres–. En fin, las posibilidades variarán en función de cada supuesto concreto.

En cualquier caso, la posibilidad de incluir la cláusula social de género puede predicarse, en los términos y con los límites que se van a exponer, respecto de los contratos administrativos típicos, en toda su extensión, esto es, de los contratos de obras<sup>16</sup>; de los contratos de gestión de servicios públicos<sup>17</sup>; de los contratos de suministros<sup>18</sup>; de los contratos de concesión de obras públicas<sup>19</sup>; de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado<sup>20</sup>; de los contratos de servicios<sup>21</sup>. Ahora bien, en mi opinión, las Administraciones públicas podrán incluir cláusulas sociales de género en los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP y en los contratos administrativos especiales. Ello porque del tenor de los arts. 33 y 34 de la LO 3/2007, no cabe inferir una exclusión de los mismos en la habilitación que se realiza en los preceptos mencionados.

Por otra parte, en relación a todos los contratos que se celebren por las Administraciones públicas, los tipos de cláusulas a introducir en la forma y en las fases que se estudiarán seguidamente, van a depender de la naturaleza de los contratos y del sector de actividad donde se generan las prestaciones. De ahí que parezca necesario que cada Administración Pública realice los estudios necesarios para conocer con rigor, en los distintos sectores de actividad en los que se generan las prestaciones que contratan, el grado efectivo de cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades y en concreto, en el sentido indicado en el art. 5 LO 3/2007, esto es, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación

<sup>15</sup> El art. 8 TRLCA señala las especialidades propias de su régimen, desarrollado en el Libro I del TRLCAP.

<sup>16</sup> Definidos en el art. 6 LCSP.

<sup>17</sup> En cualquiera de las modalidades de contratación previstas en el art. 252 LCSP (concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas).

<sup>18</sup> Definidos en el art. 9 LCSP. Sobre el contrato de suministro, *inter alia*, SOSA WAGNER, F., *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003.

<sup>19</sup> Incluidos como contratos administrativos típicos mediante la modificación del TRLCAP operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, por la que se añade un nuevo Título V al Libro II del TRLCAP. *Vid.*, a este respecto, EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E., *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Aranzadi, 2004. Actualmente se definen en el art. 7 LCSP.

<sup>20</sup> La nueva figura se define en el art. 11 LCSP (sobre ello, *vid.*, CHINCHILLA MARÍN, C., "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *REDA* 132, 2006 y GONZÁLEZ GARCÍA, J., "El contrato de colaboración público-privada", *RAP* 170, 2006).

<sup>21</sup> *Vid.*, art. 21 LCSP.

profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. En este sentido, deberán tenerse presentes las situaciones que no constituyen discriminación en el acceso al empleo definida por el segundo apartado del mismo precepto y que pueden darse en ciertos sectores de la contratación: diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Con esta información, podrían conocerse los sectores económicos en los que sea necesario incentivar la implantación de medidas dirigidas a garantizar la igualdad de género, utilizando, entre otros, los mecanismos propuestos en el presente trabajo.

### 2.3. ÁMBITO SUBJETIVO: LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En el art. 33 de la LO 3/2007, se establece una obligación que concierne a todas las Administraciones públicas. He mantenido con anterioridad que, si bien el art. 34 de la misma Ley se limita a la Administración General del Estado, existe fundamento suficiente para entender que la posibilidad que regula tal precepto (la inclusión de la cláusula social de género como criterio de selección) en relación a otras Administraciones públicas, en los términos que luego se verán. Es necesario, por todo ello, aclarar lo que debe entenderse por Administraciones públicas para conocer el exacto alcance que, desde el punto de vista de los sujetos, vaya a tener lo que a continuación se exponga.

Sin embargo, entrar a analizar en profundidad el concepto de Administraciones públicas, como entramado de estructuras que comprende un elenco de entidades, territoriales, institucionales y corporativas, excedería, con mucho, del objeto de este estudio. Por ello se va a utilizar una definición meramente instrumental proporcionada por el art. 1 3.2 LCSP, precepto que delimita qué debe entenderse por Administraciones públicas a los efectos de la propia LCSP<sup>22</sup>: a) La Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) Las entidades que integran la Administración Local; d) los organismos autónomos;

<sup>22</sup> Como he expresado, la definición que se recoge es meramente instrumental. Son muchos los esfuerzos que la doctrina administrativista ha dedicado para definir el concepto de Administración Pública, esfuerzos que han generado importantes trabajos y los consiguientes avances en el conocimiento del sujeto de nuestra disciplina. No es el momento de revisarlos ahora, aunque sí es el de remitir al lector a dichos trabajos para un tratamiento en profundidad de lo que aquí se expone, que no es más que una relación sin ninguna otra pretensión que clarificar qué debe entenderse por Administración pública en el estricto ámbito de este trabajo. En este sentido, puede verse el trabajo de FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la L.C.A.P." en PENDÁS GARCÍA, B. (Coord.), *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas*, Ed. Praxis, Barcelona, 1995, pp. 223 y ss., quien realiza una síntesis de toda esta problemática y cita una abundante bibliografía sobre la materia.

e) las Universidades públicas; f) las entidades de Derecho públicos, en los términos expresados en el art. 3.2 LCSP.

Entrarán pues, en el ámbito de este estudio, los contratos que celebren la Administración del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y la Administración local, pero también los de aquellas entidades instrumentales que se adscriben a las mismas –que como es bien sabido, proliferan en el ámbito de cada una de aquellas– siempre que su forma sea jurídico-pública y que se den los requisitos que se establecen en el art. 3 LCSP<sup>23</sup>. Se excluyen, pues, las entidades instrumentales con forma jurídico-privada. Ahora bien, entiendo que ello no impide que en los contratos que celebren estas últimas, en cuanto que Administraciones públicas, puedan introducirse cláusulas sociales de género, en virtud de la habilitación contenida en la LO 3/2007<sup>24</sup>.

#### 2.4. POSIBILIDADES DE INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA DE GÉNERO EN LAS DISTINTAS FASES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Delimitado los ámbitos objetivo y subjetivo del presente trabajo, estamos en posición de exponer en qué momentos de la contratación administrativa podrían introducirse instrumentos tendentes a la consecución de la igualdad de género, al amparo de las previsiones de la LO 3/2007. Se exponen a continuación las diversas posibilidades que a mi modo de ver y tras un exhaustivo análisis de las fases de la contratación pública, permite el ordenamiento jurídico. Deben diferenciarse en la exposición los conceptos siguientes: fase de la contratación en que es posible la introducción de la medida; instrumento a través del cual se introduciría la medida; medidas concretas que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado laboral que podrían introducirse mediante los anteriores instrumentos.

Debe partirse de que la propia LO 3/2007, como se ha expuesto con anterioridad, señala dos instrumentos distintos a través de cuales se promovería la igualdad de

<sup>23</sup> Pueden verse a este respecto los trabajos de PEMÁN GAVÍN, J., "La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2001; MELLADO RUIZ, L., "El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión sujetos al Derecho Privado", *REDA*, 127, 2005; VILLALBA PÉREZ, F., *La contratación de las Sociedades en manos de las Administraciones públicas: Principios de Publicidad y concurrencia*, Tirant lo Blanch, 2003.

<sup>24</sup> La terminología utilizada por la legislación para tipificar las entidades instrumentales es diversa. Ha de estarse, pues, en lo que hace a la Administración del Estado, debe estarse a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado las denomina Organismos Públicos y a la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos y en el ámbito de las Comunidades Autónomas, a sus respectivas leyes de desarrollo institucional. Por su parte, por entidades locales deben entenderse tanto las territoriales relacionadas en el art. 3.1 LBRL (el Municipio, la Provincia y la Isla en los archipiélagos balear y canario) así como las entidades de ámbito territorial inferior al municipal –tradicionalmente conocidas como entidades menores–, las Áreas Metropolitanas y las Mancomunidades de Municipios. El objeto de este trabajo también va referido a las entidades instrumentales vinculadas a las entidades locales mencionadas.

género: el establecimiento de condiciones especiales en los contratos (art. 33 y 34.1) y la preferencia en la adjudicación (art. 34.2, cuyo ámbito de aplicación se limita a la Administración General del Estado). Ambos instrumentos, por otra parte, se introducirían en la misma fase y en el mismo trámite administrativo: en la fase de preparación del contrato y, en concreto, en los pliegos de cláusulas particulares<sup>25</sup>.

##### 2.4.1. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

Entre las actuaciones administrativas preparatorias de los contratos que se incorporan al expediente de contratación previstas en el art. 93 LCSP se encuentran el Pliego de cláusulas administrativas particulares y el Pliego de prescripciones técnicas. A ellas han de unirse, en su caso, los Pliegos de cláusulas administrativas generales.

Los Pliegos de cláusulas administrativas generales, regulados en el art. 98 LCSP y en cuyo procedimiento de aprobación es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, pueden aprobarse por la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y por las entidades que integran la Administración Local y contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas, que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación de contratos de las Administraciones públicas. En concreto, se han de referir a los siguientes aspectos de los efectos del contrato: ejecución del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes, régimen económico; modificaciones del contrato, supuestos y límites; resolución del contrato; extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación.

Por su parte, los Pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuya aprobación corresponde al órgano de contratación, tienen como contenido genérico, de acuerdo con el art. 99 LCSP, los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato. Cabe también establecer modelos tipo de pliegos particulares, de general aplicación a los contratos de naturaleza análoga. En cualquier caso, los contratos han de ajustarse a los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos. Entre las obligaciones del contratista pueden incluirse, en aplicación de lo dispuesto en el art. 33 LOIEMH, la adopción de medidas dirigidas a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, estableciéndose plazos para su cumplimiento<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> O generales, en su caso.

<sup>26</sup> Debe señalarse a este respecto, que la Directiva 2004/18/CE, ya citada, admite cláusulas sociales como condiciones de ejecución de un contrato, considerándolas compatibles con la propia Directiva, siempre y cuando no sean discriminatorias y se señalan en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En este sentido, en su artículo 26 ("Condiciones de ejecución del contrato") hace referencia expresa a las cláusulas sociales: *Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.*

En esta línea, el art. 102.1 LCSP, en el que se regulan las condiciones especiales de ejecución del contrato: *Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que no sean discriminatorias y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*<sup>27</sup>.

Por lo que respecta a qué tipo de medidas cabrían introducirse como condiciones especiales, entiendo que sería susceptible de inclusión la adopción de cualquiera de las mencionadas en los arts. 43, 45, 48, 73 o 75 de la LO 3/2007<sup>28</sup>, incluso con carácter cumulativo. Pero también podría pensarse en otras medidas dirigidas a la misma finalidad y que, en todo caso, se diseñaran respetando los principios impuestos por dicha Ley y que respetaran el principio de publicidad, señalándose en el anuncio correspondiente.

#### 2.4.2. PROCEDIMIENTOS Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Una vez completado el expediente de contratación, se dicta por el órgano de contratación resolución motivada aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación<sup>29</sup>. La adjudicación del contrato puede tener lugar mediante procedimiento abierto, restringido o negociado. En el primero todo empresario interesado podrá presentar una proposición; en el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos; en el procedimiento negociado, finalmente, el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios.

La adjudicación del contrato, por su parte, puede tener lugar bien mediante la consideración, como criterio único, del precio más bajo, bien mediante la consideración de una pluralidad de criterios. Es en este último caso en el que cabría

<sup>27</sup> Es de interés la documentación que la Ley exige que contenga el anteproyecto de construcción y explotación del contrato de concesión de obra pública, entre la que se contempla la exigencia de una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone (art. 113 LCSP).

<sup>28</sup> Respectivamente, promoción de la igualdad en la negociación colectiva, elaboración y aplicación de los planes de igualdad, medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad y participación de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.

<sup>29</sup> Vid. art. 94 LCSP.

plantear la posibilidad de introducir en los pliegos como criterio de selección preferente el que la empresa haya adoptado medidas tendentes a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo en los términos que para la Administración del Estado prevé el art. 34 LO 3/2007 y que, en base a la habilitación contenida en otros preceptos de la propia Ley citados más atrás, es extensible a otras Administraciones públicas. Ello porque en estos, la Administración, sin perjuicio de la facultad de declararlo desierto, no tiene que adjudicar el contrato atendiendo necesariamente al valor económico de la proposición, sino que podrá adjudicarlo a la proposición más ventajosa mediante la aplicación de una serie de criterios objetivos, previamente determinados en el pliego de cláusulas administrativas particulares<sup>30</sup>. En relación de la introducción de la cláusula ambiental como criterio de adjudicación, la STSJCE 220/251, de 17 de septiembre de 2002, que sienta la siguiente doctrina extensible a la inclusión de la cláusula de género:

- En primer término, los criterios de adjudicación de un contrato público a la oferta económicamente más ventajosa no se enumeran en la legislación de contratación pública con carácter exhaustivo<sup>31</sup>.
- Los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa no deben ser necesariamente de naturaleza meramente económica y no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta.
- Para determinar la oferta económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora debe poder apreciar las ofertas presentadas y adoptar una decisión sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos que varían en función del contrato de que se trate.
- En todo caso, han de cumplirse una serie de requisitos: que los criterios estén relacionados con el objeto del contrato, que no atribuyan a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, que se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y que respeten todos los

<sup>30</sup> En este sentido, el Considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios: *A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato– propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato.*

<sup>31</sup> Véase también, en este sentido, la STSJC 2001/284.

principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación<sup>32</sup>.

Los límites a los que, en todo caso, estaría sujeta esta posibilidad y que habrían de sumarse a los ya mencionados, son los que a continuación se señalan: las proposiciones que introduzcan medidas sociales deben igualar en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación<sup>33</sup>; deberá respetarse la relación establecida en el apartado primero de la disposición adicional sexta LCSP<sup>34</sup>. Junto a ello, debe pensarse que, de introducirse como criterio de adjudicación el que las medidas estuvieren ya adoptadas en el momento de acreditar la solvencia técnica de la empresa, debe tratarse de medidas tipificadas por el ordenamiento jurídico de modo que se garantice el principio de igualdad en la contratación. En tal sentido, a día de la fecha, las posibilidades se restringen a las medidas contenidas en la LO 3/2007, a las que habría que añadir las que, en su caso dictara el Gobierno estatal, autonómico o local<sup>35</sup>, en base a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones. Puede pensarse también en que en el Pliego se establezca como criterio de adjudicación el compromiso de adopción de medidas para garantizar la igualdad de género por parte del empresario, en los plazos que en se determinen, en cuyo caso, el límite que se acaba de señalar no existiría, pudiéndose introducir medidas distintas a las ya previstas por el ordenamiento jurídico, aunque, naturalmente, dentro de los límites que este impone y que se han señalado con anterioridad.

54 La LCSP contempla las cláusulas sociales como posible criterio de adjudicación, respetando los límites impuestos por la jurisprudencia recaída en el ámbito europeo. En concreto, el art. 134 establece lo siguiente<sup>36</sup>:

#### Artículo 134. Criterios de valoración de las ofertas.

1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización,

<sup>32</sup> En este sentido, pueden verse también las SSTJCE Luxemburgo, 18 de octubre de 2001 (TJCE 2001/284); Luxemburgo, 26 de septiembre de 2000 (TJCE 2000/221); Luxemburgo, 22 de junio de 1993 (TJCE 1993/98); Luxemburgo, 14 de octubre de 1987 (TJCE 1988/26); Luxemburgo, 3 de marzo de 2005 (TJCE 2005/53); Luxemburgo, 4 de diciembre de 2003 (TJCE 2003/403); Luxemburgo, 19 de junio de 2003 (TJCE 2003/182); Luxemburgo, 10 de abril de 2003 (TJCE 2003/107).

<sup>33</sup> Como establece, para la Administración del Estado, el art. 34 LO 3/2007.

<sup>34</sup> La LCSP, a los supuestos de preferencia en la adjudicación que contempla la legislación anterior, a ciertos sectores considerados en situación de exclusión social. Sin embargo no se ha contemplado, en este punto, el género como causa de exclusión en determinados sectores económicos (vid. segundo apartado de la Disposición adicional sexta LCSP).

<sup>35</sup> La naturaleza jurídica de esta disposición sería la propia de un reglamento, por lo que no vulneraría el principio de que partimos de tipicidad de la medida.

<sup>36</sup> Este precepto, de acuerdo con la Disposición final séptima del Proyecto, tiene carácter básico.

las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.

3. La valoración de más de un criterio procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- a. Aquéllos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.
- b. Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- c. Aquéllos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad

contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de los contratistas.

- d. Aquéllos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.
- e. Contratos de gestión de servicios públicos.
- f. Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- g. Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- h. Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.
4. Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.
- Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.
5. Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de que deba publicarse.
6. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 206.h.

#### 2.4.3. FORMALIZACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Con la adjudicación del contrato se produce la perfección del mismo. Su formalización debe tener lugar en un plazo de treinta días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la adjudicación, mediante un documento administrativo, entre cuyos contenidos, expresados en el art. 71 RLCAP, interesa señalar aquí, por resultar afectados por todo lo que se ha expresado con anterioridad, los siguientes: conformidad del contratista a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, de los que se hará constar la oportuna referencia; expresa sumisión a la legislación de contratos de las Administraciones públicas y al pliego de cláusulas administrativas generales, si lo hubiera; cualquier otra cláusula que la Administración estime conveniente establecer en cada caso, de conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Formalizado el contrato, se inicia la fase de ejecución. En ella, habrán de cumplirse las cláusulas contractuales establecidas en los Pliegos, entre las cuales, como se ha expuesto, puede incluirse la adopción por la empresa de medidas tendentes a la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado laboral. A lo que en su momento se expuso nos remitimos en este lugar. Baste señalar que durante la fase de ejecución, la empresa queda sujeta a las potestades administrativas de dirección, inspección y control, habilitando a estos efectos los arts. 94 y 95 RGLCAP al órgano de contratación para dictar las instrucciones oportunas para cumplir lo convenido y adoptar las medidas necesarias para mantener el buen orden en la ejecución de lo pactado. En cualquier caso, el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato es causa de resolución, entre otras previstas en el art. 206 LCSP, que añade la posibilidad de que se establezcan expresamente otras en el contrato, con las consecuencias que en el mismo se establezcan (art. 112 LCSP).

#### 2.5. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA SOCIAL DE GÉNERO Y LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Directamente relacionada con la cuestión que se acaba de exponer, se tipifica, en el art. 49 LCSP, como causa determinante de la prohibición de contratar con la Administración, el haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una Administración pública. Tal y como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la resolución en este caso no es automática, sino que requiere del correspondiente procedimiento que se expondrá posteriormente. Por otra parte, cabría plantearse si el incumplimiento por parte de una empresa de las obligaciones que se establecen en la LO 3/2007 constituye causa de exclusión en la contratación administrativa, a lo que cabe responder afirmativamente, aunque con restricciones. Se trata, en este caso, de considerar las consecuencias, para las empresas, del incumplimiento de la LO 3/2007 desde la perspectiva de la posibilidad de concurrir a la licitación, pero que

afecta a las fases posteriores de la contratación, puesto que, como veremos, aún adjudicado el contrato éste adolecerá de un vicio determinante de nulidad absoluta si se adjudica en favor de persona incurso en prohibición de contratar<sup>37</sup>.

El art. 49.e) LCSP incluye, entre las personas que en ningún caso podrán contratar con la Administración, a las que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en el Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que ha derogado y sustituido a la Ley 8/1988. Nótese que la LCSP únicamente hace alusión a las infracciones muy graves. Por tanto, como infracciones que pudieran constituir causas de prohibición para contratar con las Administraciones públicas por incumplimiento de obligaciones relacionadas con la igualdad efectiva de mujeres y hombres únicamente cabría considerar las incluidas en los apartados 12, 13 bis y 17 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>38</sup>, siempre que la responsabilidad se haya determinado mediante el correspondiente procedimiento y a través de la oportuna sanción, a saber:

“12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

“13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

“17. No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley”.

No cabría considerar la prohibición, por tanto, en el supuesto contemplado en el artículo 7.13<sup>39</sup>, por tratarse de una infracción grave: “13. No cumplir las obligacio-

nes que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”.

Las prohibiciones de contratar, sin embargo, no se aprecian de manera automática por el órgano de contratación, sino que requieren, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 50 LCSP, de su previa declaración mediante el correspondiente procedimiento, cuya resolución fijará expresamente la Administración a la que afecte y su duración. El momento en el que debe acreditarse que no concurre prohibición de contratar es el de presentación de las proposiciones por parte de los interesados, que necesariamente deben ir acompañadas, entre otros documentos, de una declaración responsable de que la empresa no está incurso en prohibición de contratar<sup>40</sup>. No obstante, las adjudicaciones de un contrato en favor de personas que incurran en alguna prohibición de contratar son nulas de pleno derecho, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda acordar que el empresario continúe la ejecución del contrato, bajo las mismas cláusulas, por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público correspondiente<sup>41</sup>.

#### ABREVIATURAS UTILIZADAS

- **LBRL:** Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
- **LCSP:** Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- **LOIEMH:** LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- **LPAC:** Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- **RGLCAP:** Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.
- **TRLCAP:** Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

<sup>37</sup> En relación a la invalidez de los contratos, me remito a la obra de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *La invalidez de los contratos públicos*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, *in totum*.

<sup>38</sup> Modificado por la disposición adicional decimocuarta de la LO 3/2007.

<sup>39</sup> También añadido por la LO 3/2007.

<sup>40</sup> Art. 130 LCSP.

<sup>41</sup> Art. 32 LCSP.