

LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES Y LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO

MARÍA ZAMBONINO PULITO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA LO 3/2007.—3. ÁMBITO OBJETIVO DEL TRABAJO: CONTRATOS QUE CELEBREN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—4. ÁMBITO SUBJETIVO: LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—5. POSIBILIDADES DE INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA DE GÉNERO EN LAS DISTINTAS FASES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: 5.1. *Preparación de los contratos*. 5.2. *Procedimientos y criterios de adjudicación*. 5.3. *Formalización y ejecución del contrato*. 5.4. *El incumplimiento de la cláusula social de género y las prohibiciones de contratar*.—ABREVIATURAS UTILIZADAS.

RESUMEN

En el estudio se analizan las disposiciones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en materia de contratación de las Administraciones públicas y se estudian las posibilidades de incluir cláusulas sociales dirigidas a hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en las diversas fases de dicha contratación y en el marco de la normativa, comunitaria e interna, reguladora de la contratación pública. Tras la determinación de los ámbitos objetivo y subjetivo del trabajo, se estudia la introducción de dichas cláusulas en las condiciones de ejecución del contrato y como criterio de adjudicación. Finalmente, se analizan los incumplimientos que pueden llegar a constituir causa de prohibición para contratar con las Administraciones públicas.

Palabras clave: contratos públicos; igualdad de género.

ABSTRACT

In the study there are analyzed the regulations of the Organic Law 3/2007, of March 22, as for contracting of the Public Administrations and the possibilities of including social clauses directed to making the real and effective equality between women and men in the diverse phases of the above mentioned contracting and in the frame of the regulation, Community and internal, regulatory of the public contracts. After the determination of the objective and subjective limits of the work, there is studied the introduction of the above mentioned clauses in the conditions of execution of the contract and as criterion of adjudication. Finally, there are analyzed the breaches that can manage to constitute a reason of prohibition to contract with the Public Administrations.

Key words: public contracts; equality of genre.

1. INTRODUCCIÓN

Para la consecución de su objetivo genérico, la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, realiza numerosos llamamientos a los poderes públicos, que se contienen, principalmente, en el Título II («Políticas públicas para la igualdad»), en el que se insertan dos Capítulos: el Capítulo I, en el que se incluyen los principios generales que han de informar dichas políticas, y el Capítulo II, específicamente dirigido a las Administraciones públicas y denominado «Acción administrativa para la igualdad»¹. En este Capítulo se atribuyen a la Administración una serie de potestades dirigidas a garantizar la igualdad en diversos sectores de la acción administrativa, tales como la educación; la creación y producción artística e intelectual; la sanidad; la Sociedad de la Información; el deporte; el desarrollo rural; el urbanismo, la ordenación del territorio y la vivienda; la cooperación para el desarrollo; los contratos; las subvenciones.

En las páginas que siguen se expondrá el alcance de las potestades atribuidas para garantizar la igualdad de género en el ámbito de la contratación de las Administraciones públicas², cuestión que, por más novedosa que nos pueda parecer, no es algo nuevo para el Derecho comunitario y que llega tres años después de que éste la haya regulado y, en todo caso, fuera del plazo de transposición inicialmente previsto. En efecto, 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 servicios³, admitirá, junto a las ambientales, las cláusulas sociales en la contratación pública, estableciendo

¹ Digo principalmente porque también ha de estarse, en lo que hace al cumplimiento de la garantía de la igualdad efectiva de mujeres y hombres por parte de la Administración, al Título V, en el que se desarrolla «El principio de igualdad en el empleo público». Junto a ello, a lo largo de todo el articulado se recogen también diversos aspectos en los que la Administración pública, de una u otra manera, va a estar implicada, fundamentalmente desde la perspectiva de su actividad de intervención, de modo que es a quien se encomienda el control del cumplimiento de las disposiciones de la Ley. Debe señalarse también el Título VII, en el que se recogen los diversos órganos administrativos que se crean o deben crear por mandato de la Ley para cumplir con esa función pública de garantía de la igualdad de género.

² Las disposiciones relativas a la contratación que incluye la LO 3/2007 son una manifestación típica de la actividad administrativa de fomento. En este sentido, A. M. MORENO MOLINA, «Disposiciones en materia de contratación administrativa y de subvenciones públicas», en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (Coords.), *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 205 y 206, 202 ss.

³ Sobre la influencia del Derecho comunitario en el régimen interno de contratación pública pueden verse los trabajos de J. M. BAÑO LEÓN, «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», núm. 151 de esta REVISTA, 2000; A. HUERGO LORA, «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», *REDA*, núm. 126, 2005, y J. M. GIMENO FELIU, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española: la necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, entre otros.

como plazo de incorporación el 31 de enero de 2006⁴, y viene a dar cumplimiento a una aspiración que varios años antes se vio reflejada en la «Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos»⁵, en la que, por lo que al objeto de este trabajo interesa y a modo de síntesis, se llegaría a las siguientes conclusiones⁶:

- *Siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, todas las normas nacionales vigentes en el ámbito social, incluidas aquellas que incorporan al ordenamiento jurídico interno la reglamentación social comunitaria, son vinculantes para los poderes adjudicadores...*
- *El no respeto de determinadas obligaciones sociales puede conllevar la exclusión de los licitadores en algunos casos. Corresponde a cada Estado miembro determinar en cuáles.*
- *Es ante todo en la fase de ejecución, es decir una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.*

La incorporación de los postulados de la Directiva 2004/18/CE, desde la perspectiva de la inclusión de la cláusula social de género en la contratación de las Administraciones públicas, ha tenido lugar a través de la LO 3/2007, que contempla la posibilidad de incluir cláusulas dirigidas a garantizar la igualdad de mujeres y hombres como condiciones de la ejecución y como criterio de selección. Estas medidas se incluyen también, con una mayor precisión, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP): *Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la ley de contratos del sector público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefi-*

⁴ Vid. artículo 80.1, primer párrafo: *Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006.*

⁵ COM/2001/0566 final.

⁶ Se reproducen los apartados que interesan del resumen que la propia Comunicación incorpora.

gurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos sociales...⁷.

Pero la LO 3/2007, si en las medidas señaladas suscita dudas por lo que de falta de concreción conlleva la regulación que introduce —que debe adelantarse que también es incompleta—, en cierto sentido ha ido más allá de lo que hasta ahora se ha contemplado en la LCSP, al establecer determinados incumplimientos por la empresa de medidas de obligatoria implantación y que hayan sido objeto de sanción, como causa de prohibición para contratar.

Sobre las anteriores cuestiones me extenderé en las páginas que siguen, exponiendo, en primer término, la regulación que se contiene en la LO 3/2007, para pasar, posteriormente, al análisis de las fases de la contratación pública, en las que cabe incluir, a la vista del marco que la LO 3/2007 ofrece, cláusulas sociales de género, previa determinación del ámbito objetivo y subjetivo del trabajo. Concluiré señalando las posibilidades de considerar determinados incumplimientos por parte del empresario como causa de prohibición para contratar con las Administraciones públicas.

2. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA LO 3/2007

Dos son los preceptos que se contienen en la LO 3/2007 y que expresamente se refieren a la contratación de las Administraciones públicas: el artículo 33, que se dirige a todas las Administraciones públicas y tiene carácter básico⁸, y el artículo 34, pensado, en especial, para la Administración del Estado⁹.

Estos preceptos son una concreción, en la actividad administrativa de contratación, de otros principios y criterios establecidos en diversos artículos de la LO 3/2007 que con carácter general han de informar la actuación de las Administraciones públicas; también la actuación que desarrolle en materia de contratación, muy en especial de los artículos 14, 15 y 21.2. Los tres últimos preceptos citados se ubican en el Capítulo I del Título II, que, de acuerdo con lo establecido en el primer apartado de la Disposición final primera, *constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.ª de la Constitución*. Por el interés que dichos preceptos revisten para el presente trabajo, nos permitimos reproducirlos a continuación.

⁷ Apartado 3 de la Exposición de Motivos.

⁸ Disposición final primera, 2.

⁹ Disposición final primera, 4.

Artículo 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.

A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

1. *El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.*

2. *La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico*

3. *La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades.*

4. *La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.*

10. *El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares.*

11. *La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas.*

12. *Todos los puntos considerados en este artículo se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo.*

Artículo 15. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Artículo 21. Colaboración entre las Administraciones públicas.

2. *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.*

Artículo 33. Contratos de las Administraciones públicas.

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.

Artículo 34. Contratos de la Administración General del Estado.

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.

De la lectura de los artículos 33 y 34 de la LO 3/2007 puede concluirse que, en materia de contratación, dos son los tipos de medidas que expresamente se han previsto:

a) En primer término, se establece 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 (art. 33). 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 explícitamente 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 generales¹⁰—. 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 mi modo de ver, otorga a la Administración un valioso instrumento de fomento de la efectividad de la igualdad.

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. Por lo que hace a las medidas concretas, puede pensarse en la inclusión de las que se tipifican a lo largo de la LO 3/2007, pero incluso en este supuesto, ya que 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, podría irse más allá e incluirse otras medidas diversas que no estuvieran previstas en la LO 3/2007 y que fueran diseñadas por la propia Administración contratante. Sobre todo ello volveré con posterioridad cuando se analicen 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 artículo 34 LO 3/2007, 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: el mandato de dictar Acuerdos, de naturaleza reglamentaria, en los que se determine la obligatoriedad de introducir cláusulas administrativas de género y la posibilidad de que la cláusula de género se introduzca como

¹⁰ En este sentido, A. M. MORENO MOLINA, «Disposiciones en materia de contratación administrativa y de subvenciones públicas», en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. R. MERCADER UGUINA (Coords.), *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 217.

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 por el momento a otras Administraciones públicas de la posibilidad de utilizar mecanismos similares. De otra, el tipo de medidas que cabrían introducirse como criterio de selección preferente en la adjudicación.

En relación a la primera cuestión, podría mantenerse que los artículos 14, 15 y 21.2 transcritos proporcionan habilitación suficiente para el resto de Administraciones públicas para dictar normas de naturaleza reglamentaria que, a la vista del estado del mercado laboral, determinaran contratos en los que obligatoriamente hubieran de introducirse medidas concretas dirigidas a hacer efectiva la igualdad de género en dicho ámbito. A tal conclusión podría llegarse, también, tras una atenta lectura del propio artículo 33, puesto que la posibilidad prevista en el artículo 34.1 no es sino una consecuencia de la habilitación que se hace en el precepto inmediatamente anterior, de modo que las distintas Administraciones unifiquen, a través de normas de naturaleza reglamentaria, las condiciones exigibles para la ejecución de determinados contratos. Más cuestionable parecería mantener, de la sola lectura de los preceptos citados, la existencia de habilitación suficiente 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. Sin embargo, estos artículos deben contemplarse desde la perspectiva de su ubicación sistemática (Capítulo I del Título II), que, de acuerdo con la Disposición final primera, como ya se apuntó, constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.^a de la Constitución. En todo caso, el principio de igualdad es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas¹¹ y de las políticas públicas, debiendo integrarse en la definición y realización de las mismas¹².

Por ello entiendo que, siempre que se respeten los principios que deben informar la contratación pública, de acuerdo con la regulación que al efecto establece la LCSP y dentro de los límites al efecto impuestos desde el Derecho comunitario, es posible que se introduzca la cláusula social de género

¹¹ Artículo 4 LO 3/2007.

¹² *Vid.*, en este sentido y en relación a la introducción de la cláusula ambiental como criterio de adjudicación de los contratos, la STSJCE 220/251, de 17 de septiembre de 2002. Sobre ella volveré posteriormente, remitiéndome a otras SSTSJCE que, en idéntico sentido, han admitido la cláusula ambiental (y posteriormente las cláusulas sociales) como criterios de selección sin que hayan sido previstos expresamente en las Directivas comunitarias que regulaban la contratación pública, con los límites y requisitos que igualmente se expondrán. Es, por otra parte y como también se analizará, la pauta que sigue la LCSP, en la que expresamente se recogen, ya, las cláusulas sociales y ambientales como posibles criterios de adjudicación.

como criterio de adjudicación. Sobre este particular se volverá en páginas posteriores.

En lo que hace a las medidas concretas a introducir como criterio de selección, considero 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 que pudiesen establecerse como condiciones a incluir en los pliegos de cláusulas administrativas. 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 LO 3/2007, sin perjuicio de que en otras normas de desarrollo —de rango legal o reglamentario— pudieran añadirse medidas distintas.

De lo anterior puede afirmarse que la LO 3/2007 posibilita 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 se tratará a continuación.

3. ÁMBITO OBJETIVO DEL TRABAJO: CONTRATOS QUE CELEBREN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

El objeto del presente estudio se ciñe a los contratos que celebren las Administraciones públicas incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP¹³. 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, 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*¹⁴—. Por

¹³ A este respecto, deben entenderse fuera del ámbito del trabajo los contratos relacionados en el artículo 19.1.b LCSP, que se rigen por sus normas especiales, si bien cabría plantearse la posibilidad de incluir la cláusula social de género en aquellos contratos y negocios excluidos que celebren las Administraciones públicas. La diversidad, en cuanto a tipología y régimen jurídico, 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 función pública de garantía de la igualdad efectiva en cada uno de ellos.

¹⁴ Es la conocida doctrina de los actos separables que asumiría la jurisprudencia, siendo clásicos, entre la doctrina administrativista, los trabajos de J. A. GARCÍA-TREVIANO FOS, «Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo», núm. 36 de esta REVISTA, 1961, págs. 227 ss., y M. CLAVERO ARÉVALO, «El estado actual de la doctrina de los actos separables», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 164, 1969, págs. 545 y ss.

su parte, los contratos administrativos se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo¹⁵, por lo que a este respecto ha de estarse a la sistematización que al respecto realiza el artículo 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 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 artículo 19 LCSP, son de aplicación preferente, y examinar, en cada supuesto, en qué medida es posible introducir cláusulas sociales dentro del marco que los principios informadores de la contratación pública permiten. No obstante, por propia definición, algunos de estos 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 caso 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 obras¹⁶; de los contratos de gestión de servicios públicos¹⁷; de los contratos de suministro¹⁸; de los contratos de concesión de obras públicas¹⁹; de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado²⁰; de los contratos de servicios²¹. Ahora bien, en mi opi-

¹⁵ *Vid.* artículo 19.2 LCSP, que establece la aplicación supletoria de las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

¹⁶ Definidos en el artículo 6 LCSP.

¹⁷ En cualquiera de las modalidades de contratación previstas en el artículo 253 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).

¹⁸ Definidos en el artículo 9 LCSP. Sobre el contrato de suministro, *inter alia*, F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003.

¹⁹ 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 añadió un nuevo Título V al Libro II del TRLCAP. *Vid.*, a este respecto, A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Aranzadi, 2004. Actualmente se definen en el artículo 7 LCSP.

²⁰ La nueva figura contractual se define en el artículo 11 LCSP (sobre ello, *vid.* C. CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 132, 2006, y J. GONZÁLEZ GARCÍA, «El contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA, 2006).

²¹ *Vid.* artículo 21 LCSP.

nión, 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 artículos 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 conveniente 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 artículo 5 LO 3/2007, esto es, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación 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 definidas 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.

4. ÁMBITO SUBJETIVO: LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En el artículo 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 artículo 34 de la misma Ley se limita a la Administración General del Estado, existe fundamento suficiente para entender 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 Adminis-

traciones 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 artículo 3.2 LCSP, precepto que delimita qué debe entenderse por Administraciones públicas a los efectos de la propia LCSP. En este sentido, por Administraciones públicas debe entenderse²²:

- 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.
- e) Las Universidades públicas.
- f) Las entidades de Derecho público, en los términos expresados en el artículo 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 aquéllas—, siempre que su forma sea jurídico-pública y que se den los requisitos que se establecen en el artículo 3 LCSP²³. 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. La terminología utilizada por la legislación para tipificar las entidades instrumentales es diversa.

En el ámbito de la Administración del Estado, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del

²² 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 G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», en B. PENDÁS GARCÍA (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, págs. 223 y ss., quien realiza una síntesis de toda esta problemática y cita una abundante bibliografía sobre la materia.

²³ Pueden verse a este respecto los trabajos de J. PEMÁN GAVÍN, «La gestión de obras y servicios públicos. Nuevas entidades instrumentales y nuevas formas de contratación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 17, 2001; L. MELLADO RUIZ, «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*, núm. 127, 2005; F. VILLALBA PÉREZ, *La contratación de las Sociedades en manos de las Administraciones Públicas: Principios de Publicidad y concurrencia*, Tirant lo Blanch, 2003.

Estado, las denomina organismos públicos, concepto que comprende a todas las entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado, distinguiéndose dentro de esta categoría dos modelos básicos, según el régimen jurídico —público o privado— de su actividad: organismos autónomos y entidades públicas empresariales. A ellas deben añadirse las agencias estatales, que se rigen por su normativa específica y, supletoriamente, por la Ley 6/1997²⁴. De acuerdo con la LCSP, entran en el concepto de Administración pública únicamente los organismos autónomos.

Por lo que respecta a las Comunidades Autónomas, sin ánimo de hacer una exposición en detalle de la diversa regulación recaída en torno a estas entidades en las distintas leyes de desarrollo institucional y que es básicamente coincidente, la tipología de entidades instrumentales no dista mucho de la que anteriormente se ha expuesto en relación al ámbito estatal, y parte, también, de los criterios distintivos que tienen como base la forma de constitución de la entidad, pública o privada, y el Derecho aplicable a su actividad. Se distingue, en este sentido, entre organismos autónomos y empresas públicas. Estas últimas comprenden, a su vez, a las entidades de Derecho público y a las sociedades mercantiles, supuesto este último que, por tratarse de una entidad con forma jurídico-privada, no entra en el concepto de Administración pública de la LCSP, pero sí en el de sector público.

En el ámbito local, y con carácter previo a la determinación de cuáles puedan ser las entidades instrumentales que entren en el ámbito de este estudio, conviene clarificar qué entidades son las que integran la Administración local, a los efectos de delimitar las entidades locales que podrían introducir, en sus contratos, la cláusula social de género. A estos efectos, son entidades locales *territoriales* las relacionadas en el artículo 3.1 LBRL, esto es, el municipio, la provincia y la isla en los archipiélagos balear y canario. Pero también gozan de la condición de entidades locales, de acuerdo con el segundo apartado del mismo precepto citado, las entidades de ámbito territorial inferior al municipal —tradicionalmente conocidas como entidades menores—, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios. En su contratación, pues, podrán introducir, al amparo de lo preceptuado en la LO 3/2007, la cláusula social de género en los términos que se expondrán en el presente trabajo.

Por lo demás, el objeto de este trabajo también va referido a las entidades instrumentales vinculadas a las entidades locales que tengan forma jurídico-pública y cumplan los requisitos que se mencionaron más atrás y que exige el artículo 3 LCSP. A las entidades locales instrumentales con forma jurídico-pública mencionadas en el artículo 85 LBRL²⁵ deben añadirse los

²⁴ Artículo 43 Ley 6/1997, modificado por la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, cuyo artículo 2 las califica como entidades de Derecho público.

²⁵ Organismo autónomo y entidad pública empresarial, debiendo entenderse como entidades con forma jurídico-privada las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma, que se citan igualmente en el artículo 85 LBRL.

consorcios que, a los efectos de la LCSP, si bien no se consideran Administración pública, sí forman parte del sector público.

Respecto del resto de los entes, organismos y entidades que, de acuerdo con el artículo 3 LCSP, forman parte del denominado sector público, la cláusula de género habrá de incluirse, en los términos que veremos con posterioridad, como condición especial de la ejecución de los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública si los contratos están sujetos a regulación armonizada (art. 174 LCSP), aunque no es preceptiva su inclusión, por limitarse ésta a los contratos de las Administraciones públicas, como criterio de valoración de las ofertas.

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

Delimitados 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 los cuales se promovería la igualdad de género: el establecimiento de condiciones especiales en los contratos (arts. 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 particulares²⁶.

5.1. *Preparación de los contratos*

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

²⁶ O generales, en su caso.

Los pliegos de cláusulas administrativas generales, regulados en el artículo 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 artículo 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. En el artículo 67 RGLCAP se determina su contenido concreto, del que interesa resaltar aquí los siguientes datos:

- F. Procedimiento y forma de adjudicación del contrato.
- I. Criterios para la adjudicación del concurso, por orden decreciente de importancia, y su ponderación.
- M. Garantías provisionales y definitivas, así como, en su caso, garantías complementarias.
- N. Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual.
- P. Causas especiales de resolución del contrato.
- Q. Supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causa de resolución del contrato.
- X. Los restantes datos y circunstancias que se exijan para cada caso concreto por otros preceptos de la Ley y de este Reglamento o que el órgano de contratación estime necesario para cada contrato singular.

Los datos citados, seleccionados de la amplia relación que incluye el artículo 67 RGLCAP, se señalan a los solos efectos de que sean tenidos en cuenta por el lector al objeto de que se conozca el momento procedimental en el que deben dejarse sentadas determinadas decisiones en las que, eventualmente, pudieran incluirse cláusulas sociales de género, pero que se tratarán con posterioridad.

Interesa en este momento, sin embargo, detenerse en los contenidos exigidos por la letra N del precepto, esto es, los derechos y obligaciones específicos de las partes del contrato —y que ha de entenderse referido también a las obligaciones que pudieran incluirse, en su caso, en los pliegos generales, según vimos más atrás—, puesto que entre las obligaciones del contratista puede incluirse la adopción de medidas dirigidas a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, estableciéndose plazos para su cumplimiento. Éste es el instrumento al que se refiere el artículo 33 de la LO 3/2007, al determinar que *las Administraciones públicas, en el ámbito de sus 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.*

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*²⁷. 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.*

Y, en esta línea, la Ley de Contratos del Sector Público incluye, en el artículo 102.1, en el que se regulan las condiciones especiales de ejecución del contrato y que me permito reproducir textualmente, por lo que de ilustrativo tiene: *Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario 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*²⁸...

²⁷ Vid. Considerando 33.

²⁸ 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).

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 artículos 43, 45, 48, 73 ó 75 de la LO 3/2007²⁹, 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.

5.2. *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 adjudicación³⁰.

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 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 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 artículo 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 supuestos 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.

En este sentido, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos

²⁹ 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.

³⁰ *Vid.* artículo 94 LCSP.

de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su primer Considerando y basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, admite las cláusulas sociales —junto a las ambientales— como criterio de adjudicación. Los requisitos que se establecen, en el mismo Considerando, habrán de tenerse presentes en lo que a este trabajo respecta: que los criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el Considerando segundo de la misma Directiva³¹.

Más expresivo, si cabe, es el tercer párrafo del Considerando 46, que por ello reproducimos en texto: *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.*

En este sentido, y 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 exhaustivo³².
- 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.

³¹ *La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.*

³² Véase también, en este sentido, la STSJCE 2001\284.

- 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 principios fundamentales del Derecho comunitario, y en particular el principio de no discriminación³³.

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 adjudicación³⁴.
- Deberá respetarse la prelación establecida en el apartado primero de la Disposición adicional sexta LCSP³⁵.

³³ En este sentido, pueden verse también las SSTJCE Luxemburgo 18 octubre 2001 (TJCE 2001\284); Luxemburgo 26 septiembre 2000 (TJCE 2000\221); Luxemburgo 22 junio 1993 (TJCE 1993\98); Luxemburgo 14 octubre 1987 (TJCE 1988\26); Luxemburgo 3 marzo 2005 (TJCE 2005\53); Luxemburgo 4 diciembre 2003 (TJCE 2003\403); Luxemburgo 19 junio 2003 (TJCE 2003\182); Luxemburgo 10 abril 2003 (TJCE 2003\107).

³⁴ Como establece, para la Administración del Estado, el artículo 34 LO 3/2007.

³⁵ La LCSP añade, a los supuestos de preferencia en la adjudicación que contempla la legislación anterior, 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. En este sentido, el segundo apartado de la Disposición adicional sexta establece lo siguiente:

Igualmente podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes:

- a) *Perceptores de rentas mínimas de inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma.*
- b) *Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.*
- c) *Jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores.*

- 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 local³⁶, 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 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 éste impone y que se han señalado con anterioridad.

La Ley de Contratos del Sector Público contempla las cláusulas sociales como posible criterio de adjudicación, respetando los límites impuestos por la jurisprudencia recaída en el ámbito europeo. En concreto, el artículo 134 establece lo siguiente³⁷:

Artículo 134. Criterios de valoración de las ofertas.

1. Para la valoración de las proposiciones y 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, 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 perte-

d) Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

e) Internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos.

f) Personas con discapacidad.

³⁶ 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.

³⁷ Este precepto, de acuerdo con la Disposición final séptima LCSP, tendría carácter básico.

nezcan 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, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo. Cuando 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 aquellos 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.

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

a) Aquellos 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) Aquellos 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) Aquellos 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 cuáles 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).

5.3. *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 diez días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la adjudicación, mediante un documento administrativo, entre cuyos contenidos, expresados en el artículo 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 artículos 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 artículo 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 RGLCAP).

5.4. *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 artículo 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, aun adjudicado el contrato, éste adolecerá de un vicio determinante de nulidad absoluta si se adjudica en favor de persona incurso en prohibición de contratar³⁸.

El artículo 49 LCSP, en su letra e), 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 Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

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 Social³⁹, siempre que la responsabilidad se haya determinado mediante el correspondiente procedimiento y a través de la oportuna sanción, a saber⁴⁰:

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

³⁸ En relación a la invalidez de los contratos, me remito a la obra de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *La invalidez de los contratos públicos*, Ed. Civitas, Madrid, 2006, *in totum*.

³⁹ Modificado por la Disposición adicional decimocuarta de la LO 3/2007.

⁴⁰ La LCSP añade la sanción ambiental como causa de prohibición, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (art. 49).

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 7.13⁴¹, por tratarse de una infracción grave: «13. No cumplir las obligaciones 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 artículo 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 contratar⁴². 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 correspondiente⁴³.

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.
- *LO 3/2007*: de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁴¹ También añadido por la LO 3/2007.

⁴² Artículo 130 LCSP.

⁴³ Artículo 32 LCSP.

- *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.