



RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

María Isabel Méndez Núñez

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

María Isabel Méndez Núñez



**UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI**

Régimen jurídico de las cláusulas de igualdad de género en la contratación pública

MARÍA ISABEL MÉNDEZ NÚÑEZ

**TESIS DOCTORAL
2024**

2024

Régimen jurídico de las cláusulas de igualdad de género en la contratación pública

María Isabel Méndez Núñez

Director: Josep Ramón Fuentes i Gasó

Directora: Susana Eva Franco Escobar

Programa de Doctorado en Derecho
Línea de investigación: Derecho de la Administración Pública
Universitat Rovira i Virgili





FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat ***“Règim jurídic de les clàusuls de gènere en la contractació pública”***, que presenta María Isabel Méndez Núñez per a l'obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meva direcció al Departament de Dret Públic d'aquesta universitat.

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado ***“Régimen jurídico de las cláusulas de género en la contratación pública”***, que presenta María Isabel Méndez Núñez para la obtención del título de Doctora, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Público de esta universidad.

I STATE that the present study, entitled ***“Legal regime of gender clauses in public procurement”***, presented by María Isabel Méndez Núñez for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the Department of Public Law of this university.

El/s director/s de la tesi doctoral
El/los director/es de la tesis doctoral
Doctoral Thesis Supervisor/s

Josep Ramon Fuentes i Gasó

Susana Eva Franco Escobar

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.
La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <http://sede.ull.es/validacion>

Identificador del documento: 6435093 Código de verificación: KbHe/Kl8

Firmado por: Susana Eva Franco Escobar
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 23/05/2024 18:08:53

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. CONTEXTO Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO	9
2.1. SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN EUROPA Y ESPAÑA	9
2.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	21
3. ANTECEDENTES	26
3.1. MERCADO ÚNICO, DESARROLLO Y EUROPA SOCIAL	26
3.1.1. ORÍGENES DE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	26
3.1.2. CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE.....	29
3.1.3. DE LA UNIÓN ECONÓMICA A LA EUROPA SOCIAL.....	33
3.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA: APROXIMACIÓN HISTÓRICA	39
3.2.1. PRIMEROS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS ÁMBITOS MEDIOAMBIENTAL Y SOCIAL (1988-2000).	40
3.2.2. ATISBOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA (2001-2009).....	45
3.2.3. CONSOLIDACIÓN DE LA CPE (2010-2022).	53
3.2.4. REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD DE GÉNERO.....	60
4. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA DE GÉNERO Y LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD: FUNDAMENTO JURÍDICO Y DOCTRINAL	64
4.1. CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA (CPE)	64
4.1.1. FUNDAMENTO JURÍDICO	65
4.1.2. FUNDAMENTO DOCTRINAL	71
4.1.3. OPORTUNIDADES Y BENEFICIOS.....	80
A. Potencialidad de la Contratación Pública	80
B. Eficacia de la actuación administrativa	81
4.2. TEORÍA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO (PEG)	84
4.2.1. FUNDAMENTO JURÍDICO	85
4.2.2. FUNDAMENTO DOCTRINAL: <i>MAINSTREAMING</i> DE GÉNERO	94
4.2.3. OPORTUNIDADES Y BENEFICIOS.....	100
4.3. CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA DE GÉNERO (CPEG).....	105
4.3.1. CONCEPTO Y CARACTERES	105
A. CPE y contratación pública socialmente responsable (CPSR).....	106
B. PEG y contratación pública sensible al género.....	110
C. Contratación pública estratégica de género	114
4.3.2. IMPACTO DE GÉNERO DE LOS CONTRATOS.....	116

4.3.3. LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD DE GÉNERO	119
A. En función del ámbito en el que impactan.....	120
B. En función del tipo de medida en materia de igualdad que se propone tomar	123
C. En función de su relación con las disposiciones normativas.....	124
4.3.4. OPORTUNIDADES Y BENEFICIOS DE LA CPEG.....	126
5. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE IGUALDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN: PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE, PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL	130
5.1. PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE	132
5.1.1. PLANIFICACIÓN	133
A. Planificación institucional	133
B. Planificación de cada contrato	136
C. Consultas preliminares del mercado	139
5.1.2. OTRAS CONSIDERACIONES RELACIONADAS CON LA IGUALDAD	142
A. Las reservas de contratos	142
B. Los contratos de servicios especiales del anexo IV LCSP	146
C. La división en lotes	150
D. El desglose por género del Presupuesto Base de Licitación (PBL).....	153
E. Consideraciones sobre los contratos menores	155
5.1.3. DEFINICIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL	156
A. El objeto del contrato y la necesidad a la que responde	157
B. La definición del objeto del contrato: posibilidades, caracteres y límites	158
B.1. Posibilidades.....	158
B.2. Caracteres	161
B.3. Límites a la definición de un objeto contractual estratégico	162
C. Vinculación con el objeto del contrato y definición	163
5.1.4. PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES (PPTP).....	167
A. Cadenas de suministro o cadenas de valor en las empresas	171
B. Etiquetas y certificados.....	174
B.1. Etiquetas sociales relacionadas con la igualdad y distintivos de igualdad	177
B.2. Función de la etiqueta en el contrato	183
C. Variantes	187
5.2. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN	190
5.2.1. MOTIVOS DE EXCLUSIÓN O PROHIBICIONES DE CONTRATAR	190

A. Causas de prohibición de contratar relacionadas con la igualdad entre mujeres y hombres.....	192
B. Apreciación.....	199
C. Efectos	200
D. La acreditación de no estar incurso en prohibición de contratar	201
E. Los planes de igualdad como prohibición de contratar: debates en torno al tema	202
E.1. Carácter declarativo de la inscripción en el REGCON	207
E.2. Inscripción constitutiva.....	210
E.3. Matización de posturas	215
E.4. Incompetencia de los órganos de recursos contractuales para resolver sobre cuestiones laborales	217
E.5. Acreditación de no estar incurso en prohibición de contratar por carecer de plan de igualdad.....	218
E.6. Papel de las medidas de <i>self-cleaning</i>	220
5.2.2. CRITERIOS DE SELECCIÓN	223
A. Solvencia económica y financiera	225
B. Solvencia técnica y profesional	227
B.1. Criterios de solvencia técnica y profesional	230
B.2. Adscripción de medios	234
C. Límites	236
5.2.3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.....	238
A. Regulación de los criterios de adjudicación	240
B. Requisitos y límites.....	244
C. Las cláusulas de género en los criterios de adjudicación	248
C.1. Posibilidades de las cláusulas de igualdad.....	250
C.2. Aplicación de los requisitos y límites a los criterios de adjudicación de género	256
C.2.1. Evaluación comparativa en términos de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato.....	256
C.2.2. La compleja vinculación con el objeto contractual	261
C.2.1.1. Características subjetivas y política de responsabilidad corporativa	265
a) Distintivos de igualdad.....	267
b) Planes de igualdad.....	273
c) Fomento de la contratación de mujeres.....	275

d) Protocolos contra el acoso sexual y laboral y violencia de género	280
C.2.1.2. Repercusión en la prestación objeto del contrato	280
a) Formación.....	282
b) Condiciones o mejoras salariales	286
c) Condiciones o mejoras laborales.....	298
1. Mantenimiento del personal que ejecuta la prestación	299
2. Fomento de los contratos indefinidos y a jornada completa	300
3. Disminución de la jornada laboral	303
4. Pagos en los primeros días del mes.....	304
5. Mantenimiento de las condiciones laborales	304
d) Medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal y medidas de corresponsabilidad.....	306
e) Contratación de personas en situación o riesgo de vulnerabilidad.....	313
C.2.2. Principios de igualdad y no discriminación	316
C.2.3. Proporcionalidad	319
C.2.4. No otorgar al órgano una libertad de decisión ilimitada	321
5.2.4. OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS	321
A. Régimen jurídico	322
B. Procedimiento	323
C. Justificación	324
5.2.5. CRITERIOS DE DESEMPATE	326
5.3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO	331
5.3.1. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN	331
A. Regulación	335
B. Requisitos y límites.....	337
C. Las cláusulas de género como condiciones especiales de ejecución	338
C.1. Posibilidades.....	338
C.2. Aplicación de los requisitos a las condiciones especiales de ejecución	341
C.2.1. Vinculación con el objeto del contrato	341
C.2.1.1. Características subjetivas.....	342
a) Planes de igualdad.....	343
b) Fomento de la contratación femenina	344
C.2.1.2. Impacto en la prestación	345

a) Formación.....	345
b) Salarios mínimos o por encima de lo establecido en las normas	345
c) Condiciones laborales	347
d) Conciliación de la vida laboral, familiar y personal.....	349
e) Contratación de personas en situación o riesgo de vulnerabilidad.....	349
C.2.2. Publicidad y transparencia	350
C.2.3. Igualdad y no discriminación	350
C.3. Control del cumplimiento	354
5.3.2. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN	356
A. Seguimiento	357
B. Evaluación	360
6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	362
ANEXO I. CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO Y CARACTERES DE LA CPEG.....	369
ANEXO II. ALGUNAS PREGUNTAS PARA PLANIFICAR CON PEG LOS CONTRATOS.....	373
ANEXO III. PLAN DE IGUALDAD COMO PROHIBICIÓN DE CONTRATAR.....	375
ANEXO IV. CLÁUSULAS DE GÉNERO EN LA SOLVENCIA	376
ANEXO V. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE GÉNERO	377
ANEXO VI. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE GÉNERO	392
SIGLAS.....	396
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	401
OTRAS REFERENCIAS	419

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de los esfuerzos realizados en los primeros años de este siglo para lograr garantizar el principio de igualdad entre mujeres y hombres, los datos siguen reportando situaciones persistentes de desigualdad. En la vida privada, en los espacios de socialización, en las relaciones interpersonales e incluso en las institucionales; en la esfera económica, cultural o política y, por supuesto, en el ámbito laboral siguen existiendo grandes diferencias entre hombres y mujeres en el acceso a los recursos, así como en el disfrute de derechos y oportunidades.

Esta realidad debe ser acicate para que la Administración Pública, como garante del interés general, se allegue de todos los medios e instrumentos de los que dispone para redoblar los esfuerzos necesarios en pos de una igualdad real y efectiva entre las mujeres y los hombres.

Con esta finalidad surgió en la década de los 90 del pasado siglo la teoría del *mainstreaming de género* que propone una mirada transversal de todo el actuar institucional y administrativo desde el punto de vista de la perspectiva de género (PEG). La visión de género así planteada ha ido permeando las distintas actuaciones de las instituciones públicas dotándolas de la capacidad de reducir las brechas de género, o cuando menos de evitar que estas se agranden. Ese trabajo ha sido integrado, poco a poco, en diversas actividades administrativas que en un principio no se entendían directamente relacionadas con la situación de las mujeres o la igualdad. De esta manera, la PEG se está introduciendo en la planificación del actuar administrativo y en la evaluación del mismo, en la construcción de los presupuestos públicos, en la revisión de la actuación de las administraciones públicas e incluso en la gestión de sus propios recursos humanos.

Por otra parte, ya entrado este nuevo siglo, se ha ido afianzando en el marco de la Unión Europea (UE) y en el ámbito de la contratación pública una visión estratégica de la misma. Ésta permite usarla como instrumento de política pública en beneficio del logro de objetivos distintos a la mera adquisición de bienes y servicios. La contratación pública estratégica (CPE) sería aquella que, mediante los contratos públicos, coadyuva al logro de objetivos medioambientales, sociales y de innovación. En el marco de los segundos, los sociales, se han encajado tradicionalmente las cláusulas que tienen que ver con la igualdad entre mujeres y hombres, en tanto las mismas se relacionan principalmente con el ámbito del empleo y la inserción.

Todo lo anterior, nos lleva a afirmar que la contratación pública es un espacio idóneo para el logro de objetivos de igualdad de género y que el planteamiento en este sentido debe construirse sobre la base de las dos teorías mencionadas: la PEG y la CPE. Por ello, proponemos atender a una contratación pública estratégica de género (CPEG), propuesta que combinaría ambas perspectivas, en tanto consideramos que los fundamentos de estos planteamientos son necesarios para comprender a cabalidad las posibilidades estratégicas de la contratación pública desde una perspectiva de género.

La combinación de estas dos teorías ofrece un espacio más amplio y con mayor perspectiva transversal y estratégica que un acercamiento por separado. Así, desde una perspectiva de género, la contratación pública no se limita a las cláusulas sociales relacionadas con las condiciones de empleo e inserción; sino que alcanzaría a todos aquellos ámbitos en los que persiste la desigualdad y que pueden ser modificados o mejorados instrumentalizando un contrato. Por otro lado, en una CPE no se trata sólo de hablar de transversalidad, sino de estrategia en sí misma. Es decir, el contrato sale del ámbito propio de los presupuestos o de la ejecución del gasto y se convierte en herramienta de las políticas públicas en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Así, podemos plantearnos qué objetivos de igualdad de género se pueden lograr y qué posibilidades nos ofrece la contratación en general, y cada contrato en específico, para lograrlas.

Por tanto, creemos que ambos planteamientos se complementan y retroalimentan mutuamente creando un espacio idóneo para generar sinergias que redunden en una mayor igualdad entre mujeres y hombres, así como un uso eficiente y racional del gasto público. Sinergias que nos obligan a mirar más allá de la integración de cláusulas referidas a las mujeres en los pliegos como cumplimiento de un compromiso o de una obligación. Es decir, este trabajo no pretende ser una guía que facilite o simplifique el cumplimiento de obligaciones en la materia, sino una propuesta que provoque una verdadera reflexión¹ sobre la conveniencia y procedencia de introducir cláusulas de igualdad de género en la contratación pública; reflexión que será el fundamento y justificación de las decisiones que se tomen en el marco de un determinado contrato.

Pero, si bien la CPEG no se basa sólo en la introducción de cláusulas de igualdad en los pliegos, porque es una estrategia más amplia que esto, la realidad práctica es que debe poder

¹ La reflexión, como no, implica siempre recursos y capacidades para ello.

materializarse en las mismas, en la medida en que es a través de ellas como se realizan los distintos planteamientos estratégicos en un contrato. Por ello, en este trabajo nos planteamos como último objetivo revisar las posibilidades que los contratos públicos ofrecen como instrumento de una estrategia de género, las funciones que pueden cumplir dichas cláusulas en un contrato (especificación técnica, criterio de solvencia, de adjudicación, de desempate, condición especial de ejecución, ...) y cómo han sido interpretadas y entendidas por los tribunales especiales de recursos contractuales.

2. CONTEXTO Y JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

2.1. SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN EUROPA Y ESPAÑA

Si bien la igualdad y no discriminación por razón de sexo es un principio consagrado en todas las constituciones del mundo occidental. La realidad en cifras muestra un panorama muy diferente para las mujeres.

En la UE el Índice de Igualdad de Género, indicador que actualiza anualmente el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE, por sus siglas en inglés),² se situaba en los 70,2 puntos sobre 100 en 2023, tan sólo 1,6 puntos por encima de la cifra del año anterior. En España, dicho índice se sitúa ligeramente por encima de la UE, en 76,4 puntos, pero con un crecimiento parecido en tanto sumaba 1,8 puntos más que la puntuación obtenida el año anterior. Si bien en la UE el área con indicadores más bajos sigue siendo la relativa al poder que, en comparación con otros años, ya sobrepasa con un poco más de holgura el aprobado (59,1 puntos); para España las áreas peor paradas son la del conocimiento (70%) y el uso del tiempo (70,4%). Por otra parte, hay que precisar que no existe un indicador porcentual para el área de violencia de género debido a la ausencia de información comparable en la materia.

Empezando el análisis de la situación en la Unión Europea por el área del poder, en el desglose de este ámbito podemos apreciar que para el índice 2023:

- Las mujeres ocupaban el 34% de los puestos ministeriales, el 33% de los escaños en parlamentos y eran el 30% de miembros de asambleas regionales, frente a los puestos ocupados por los hombres en los tres espacios que constituían el 66%, 67% y 70% respectivamente (dimensión política del poder); puntuación, por otra parte, exactamente igual a la del anterior año; es decir, no ha habido mejoras en este aspecto.
- Las mujeres se encontraban en el 33% de los puestos de consejos directivos o juntas de las más grandes compañías y en el 28% de los puestos del consejo del banco central. Los hombres ocupaban el resto de los puestos, apreciándose en este indicador una subida de 3 puntos en ambos factores con respecto al año precedente. De esta

² La información estadística sobre la brecha de género en la UE y, algunos datos relativos a España, está obtenida de consultas realizadas el 20 de abril de 2024 en la página web del EIGE. En concreto, de los últimos resultados del Gender Equality Index que, según la propia página se refiere fundamentalmente a datos del año 2021 y 2022. <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023>.

manera, la dimensión económica del reparto del poder supera por primera vez el aprobado (54,7 puntos).

- Las mujeres ocupaban el 41% de los puestos en juntas de gobierno de organizaciones de financiación de investigación, el 38% de los lugares en consejos de organizaciones en el mundo de la comunicación y el 20% de los asientos del órgano decisorio más alto de las organizaciones nacionales de deportes olímpicos. El resto de los puestos los ocupaban hombres (dimensión social del poder). Suben en este indicador las mujeres una media de 2 puntos porcentuales con respecto al anterior año.

La dificultad de acceso de las mujeres a los niveles más altos de toma de decisiones en empresas, sector público, partidos políticos o instituciones educativas es una constante mundial que se materializa a través de obstáculos invisibles e insalvables que han dado origen a la denominación *techo de cristal*. Así sólo una de cada 5 personas que poseen un cargo de alto nivel ejecutivo en los países del G7 es mujer. En 2018, las mujeres fueron el 21% de las participantes en el Foro Económico Mundial de Davos, siendo esta la cifra más alta alcanzada en sus 48 años de existencia. Todo ello tiene un impacto lógico en las retribuciones percibidas por mujeres y hombres y, en consecuencia, en la brecha salarial de género (García Beaudoux, 2018, p. 66).

En cuanto a los indicadores relativos al uso del tiempo, se aprecia una mejoría de casi 10 puntos en el apartado de actividades de cuidado acompañada de un empeoramiento de algo más de un punto en el apartado de actividades sociales. En concreto, el índice europeo relativo al ámbito del tiempo desagregado ofrece los siguientes datos:

- El 34% de las mujeres, frente al 25% de los hombres dedican tiempo diariamente al cuidado de otras personas dependientes: niñas, niños, personas mayores o personas con discapacidad. Es de señalar que, si bien el porcentaje de mujeres que dedican su tiempo al cuidado ha disminuido 3 puntos con respecto a 2022, el porcentaje de hombres que lo hacen no ha variado en absoluto, por lo que cabe preguntarse, quién cuida a estas personas o cómo va a soportar la sociedad este necesario trabajo de cuidados.
- El 63% de las mujeres, en comparación con tan sólo el 36% de los hombres, invierten diariamente su tiempo en las tareas del hogar. Con respecto a 2022 se aprecia una disminución de 15 puntos en la participación diaria de las mujeres y, correlativamente, un aumento de tan solo 3% en el caso de los hombres. En todo caso,

la proporción de mujeres que realiza estas labores diariamente sigue cercana al doble de la de los hombres.

- Sólo el 29% de las mujeres trabajadoras realiza cuando menos todos los días o varias veces a la semana actividades culturales, deportivas o de recreo fuera de su hogar. Dichas actividades son realizadas por el 34% de los hombres trabajadores con la frecuencia señalada. Si bien el porcentaje de mujeres que realiza estas actividades ha aumentado un 2%, el de hombres ha aumentado un 3% en relación con datos del índice de 2022.
- En cuanto al tiempo dedicado a actividades de caridad por mujeres trabajadoras, el 11% de ellas encontraba tiempo para estas tareas al menos una vez al mes, frente al 15% de los hombres.

En 2022 el Consejo Económico y Social de España recordaba con respecto a este indicador europeo que “el ámbito de los usos del tiempo es uno de los que registran mayor desigualdad en la Unión Europea, revelando la persistencia de importantes diferencias entre los sexos en la distribución de las actividades sociales y de cuidados” (CES, 2022, p. 16).

En cuanto al área del empleo, la UE obtiene 73,8 puntos que se fundamentan en los siguientes aspectos:

- En cuanto al índice de empleo a tiempo completo, el de las mujeres era del 42% frente al 57% del de los hombres. Se ve aquí una muy ligera recuperación de 1 punto porcentual de las mujeres con respecto al año anterior y el mantenimiento del porcentaje masculino.
- Las mujeres tienen una expectativa de vida activa de 34 años, en comparación con los 38 años de los hombres. De nuevo, la expectativa de las mujeres aumenta 1 año y la de los hombres se mantiene.
- El 30% de las personas empleadas en la educación, la salud y el sector social son mujeres, sólo el 8% son hombres. En este caso, son los hombres los que aumentan un punto porcentual con respecto a 2022 y las mujeres se mantienen.
- El 29% de las mujeres frente al 37% de los hombres tienen facilidad para disponer de horas por cuestiones familiares durante el horario laboral. Aquí es donde se aprecia un gran salto cuya tendencia habría que seguir observando, en tanto las mujeres aumentan 7 puntos porcentuales con respecto a 2022, pero los hombres dan un gran

salto de 11 puntos. Vistas las cifras, sería interesante conocer el impacto que las medidas de conciliación y los permisos retribuidos dirigidos a hombres como el de paternidad hayan podido tener en estos cambios. Así, como buscar alternativas para que la situación de las mujeres avance con la misma decisión que la de los hombres.

- En cuanto al índice de perspectiva profesional las mujeres suman 62 puntos de 100 y los hombres 63, sin cambios sobre el año anterior.

En el área relativa al dinero, la UE obtiene 82,6 puntos sobre 100, fruto de la medición de los siguientes aspectos:

- Los ingresos medios mensuales son los mismos que los del año anterior, 2.321 euros para las mujeres frente a los 2.818 de los hombres. Es decir, en la UE los ingresos de las mujeres son, de media, un 17% menores que los de los hombres.
- La renta neta media equivalente de las mujeres es de 20.261 euros anuales a diferencia de los 21.221 euros de los hombres. Si bien la diferencia se mantiene, la renta de las mujeres aumenta 766 euros en relación con 2022 y la de los hombres 301. Por lo que parece un indicador de que la brecha se va cerrando.
- El 17% de las mujeres están en riesgo de pobreza, en comparación con el 15% de los hombres.

Entre las causas de la brecha de género en el sector empleo, la Comisión Europea³ menciona cuatro: segregación horizontal, conforme a la cual la proporción de mujeres empleadas en sectores peor pagados es mayor que la de los hombres (proporción que se invierte en sectores mejor pagados); la distribución del tiempo y las tareas de cuidado que obligan a las mujeres a dedicar más tiempo al trabajo no remunerado que los hombres; el techo de cristal que impide a las mujeres llegar a puestos de toma de decisiones (entre la profesión de gerencia la brecha salarial llega al 23%); y la discriminación que provoca que las mujeres sean peor remuneradas por trabajos de igual valor.

En el área de conocimiento, el índice de igualdad de género en la UE alcanza tan sólo los 63,6 puntos. Basado, entre otros indicadores, en que el 43% de las mujeres realizan estudios superiores en los sectores de la educación, salud, bienestar social, humanidades y artes, mientras sólo lo hace el 21% de los hombres. En cuanto al porcentaje de mujeres y hombres que terminan estudios superiores este se sitúa a niveles muy parecidos, en 28% para las

³ La información estadística sobre la brecha salarial en Europa está obtenida del portal web de la Comisión Europea: *The gender pay gap situation in EU*. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/gender-pay-gap-situation-eu_en. Consultada el 27 de junio de 2021.

mujeres y 26% para los hombres. Si bien la segregación en los sectores mencionados no ha variado con respecto al año anterior, el porcentaje de mujeres egresadas de estudios superiores ha aumentado un 2% frente al 1% que aumenta el de los hombres.

En lo que respecta al área de salud, el índice deja 88,5 puntos para la UE con indicadores desagregados bastante homogéneos para ambos sexos y donde destaca la mayor esperanza de vida de las mujeres (83 años frente a los 77 de los hombres).

En España, según el Instituto Nacional de Estadística (INE), la brecha de género en la tasa de empleo ha aumentado en los últimos años. Así, en 2014 dicha brecha tenía un valor de 9,5 puntos alcanzando los 11 puntos en 2018 y disminuyendo a partir de ese año hasta los 9,8 en 2022.⁴ En el último trimestre de 2023, la tasa de empleo de los hombres alcanzó el 57,13%, mientras la de las mujeres se mantuvo casi 10 puntos por debajo (47,26%)⁵, notándose un ligero acercamiento de las diferencias con respecto a años anteriores. En 2022, el 18,6% de los hombres asalariados tenían un contrato temporal, frente al 23,6% de las mujeres.⁶ Ese mismo año, de las mujeres que trabajaban el 21,6% lo hacía a tiempo parcial, en comparación con tan solo el 6,6% de los hombres.⁷

En cuanto a la brecha de género en la tasa de paro, la misma ha aumentado entre 2017 y 2022 pasando de 3,3 puntos en el primero de los años mencionado a 3,5 en 2022.⁸ El desempleo de larga duración afectaba en 2022 al 41,3% de las mujeres frente al 36% de los hombres.⁹

⁴ Información obtenida de consultas realizadas en la página web del INE https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925463013&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888. Consultada el 20 de abril de 2024.

⁵ Información obtenida de consultas realizadas en el portal web del INE <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3996>. Consultada el 20 de abril de 2024.

⁶ Información obtenida de consultas realizadas en el portal web del INE <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10898>. Consultada el 20 de abril de 2024.

⁷ Información obtenida de consultas realizadas en el portal web del INE <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=10896>. Consultada el 20 de abril de 2024.

⁸ Información obtenida de la página web del INE https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925463174&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888. Consultada el 20 de abril de 2024.

⁹ Información obtenida de la página web del INE https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925463214&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888. Consultada el 20 de abril de 2024.

Si nos ocupamos de la brecha salarial de género, hay que señalar que, en 2021, el salario anual más frecuente en las mujeres (14.481,6 euros) representaba el 74,3% del salario más frecuente en los hombres (19.487,6 euros). Si se toma en cuenta la jornada a tiempo completo el salario de las mujeres es el 91,7% del de los hombres. Sin embargo, para el caso de la jornada parcial el salario femenino implica el 87,1% del de los hombres.

Calculada en salario por hora, la brecha salarial no ajustada alcanzó 2,5 puntos en la jornada a tiempo completo, y 22,7 en la jornada a tiempo parcial. Si atendemos a dicha brecha por sector de actividad, la misma es positiva en prácticamente todos ellos, salvo en el sector de industrias extractivas y de la construcción. Por otra parte, es significativa la brecha que se produce en los sectores de salud y servicios sociales (23,1) en actividades profesionales, científicas y técnicas (20,1) y en el relativo al comercio y reparación de vehículos (15,9). Igualmente, y a efectos de considerar la brecha salarial en las pensiones de jubilación, en 2021 la brecha salarial más alta se dio entre las personas de 65 años y más, con un valor de 27%.¹⁰

Si ponemos el foco en la segregación horizontal, tal y como se observa en la **tabla 1**, en el año 2023 la participación más alta de las mujeres se daba en la rama de actividad correspondiente a los servicios sanitarios y sociales (15,6% de mujeres empleadas) y el comercio (15,5%), seguida de la rama educativa (10,4%). Recordemos que los dos primeros sectores son precisamente aquellos en los que la brecha salarial es mayor. Por el contrario, el porcentaje más bajo se encontraba en las industrias extractivas (0,1%) La participación de los hombres, era mayor en la industria manufacturera (16,2% de hombres empleados), seguida del comercio (13,9%), siendo una de las de menor representación las industrias extractivas (0,3%) y las actividades en hogares y suministros de energía, gas etc. (0,6%).

¹⁰ Información obtenida de la página web del INE

https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925408327&p=1254735110672&p_agename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param3=1259926137287. Consultada el 20 de abril de 2024.

Es llamativa tanto la infrarrepresentación de los hombres en el sector sanitario y social (tan sólo el 4,4%), como la infrarrepresentación de las mujeres en el sector construcción (1,3%) y la industria manufacturera (7,3% de mujeres).

Tabla 1
Personas ocupadas por rama de actividad y sexo en el último trimestre 2023

	Hombres	Mujeres
	Porcentaje	Porcentaje
A Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	5,0	2,0
B Industrias extractivas	0,3	0,1
C Industria manufacturera	16,2	7,3
D Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado	0,6	0,3
E Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación	1,0	0,3
F Construcción	11,3	1,3
G Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas	13,9	15,5
H Transporte y almacenamiento	7,8	2,6
I Hostelería	6,8	9,3
J Información y comunicaciones	4,8	2,3
K Actividades financieras y de seguros	2,0	2,6
L Actividades inmobiliarias	0,8	0,8
M Actividades profesionales, científicas y técnicas	5,7	6,3
N Actividades administrativas y servicios auxiliares	4,1	6,2
O Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria	7,0	6,6
P Educación	4,3	10,4
Q Actividades sanitarias y de servicios sociales	4,4	15,6
R Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento	2,1	1,8
S Otros servicios	1,4	3,5
T Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico; actividades de los hogares como productores de bienes y servicios para uso propio	0,6	5,2
U Actividades de organizaciones y organismos extraterritoriales	0,0	0,0

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

En global, tal y como se aprecia en la **tabla 2** (en miles de personas) casi el 89% de las mujeres ocupadas trabajaban en el sector servicios frente al casi 66% de los hombres. De estos últimos el 18% trabajaba en la industria y el 11% en la construcción. En cambio, tan sólo el 7,9% de las mujeres trabajaba en la industria y el 1,2% en la construcción.

Tabla 2
Personas ocupadas por sector económico y sexo en miles de personas
(último trimestre 2023)

	2023T4
Hombres	
Agricultura	
Total	568,1
Industria	
Total	2.039,5
Construcción	
Total	1.282,7
Servicios	
Total	7.433,2
Mujeres	
Agricultura	
Total	202,6
Industria	
Total	790,4
Construcción	
Total	126,4
Servicios	
Total	8.803,9

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

Además de esto, hay que considerar que la pandemia de la COVID-19 ha supuesto un impacto en el ámbito social que se ha cebado con las mujeres, así “los sectores más feminizados se han visto más expuestos a la pérdida de empleo, su reducción o la incertidumbre sobre su futuro” (CES, 2022, p. 35).

No sólo el COVID-19, según Rodríguez Escanciano (2019, pp. 100-101) los recortes salariales sufridos en los últimos años han afectado con mayor gravedad a las mujeres por cuatro motivos:

- La brecha salarial se acentúa en los sectores productivos que han sufrido mayores recortes de salarios en los últimos años o en los grupos profesionales de menores ingresos. Recuerda la autora que el 46,55% de las mujeres trabajadoras en España tiene un sueldo inferior a los 15.000 euros brutos anuales. En efecto, en salarios bajos cualquier recorte puede sumir a las trabajadoras en una situación de riesgo de pobreza.
- Los recortes salariales han afectado con mayor intensidad a los sectores de actividad feminizados.

- La congelación de algunos complementos, como el de antigüedad, mantiene las brechas entre mujeres y hombres.
- La calidad de las prestaciones de Seguridad Social de las mujeres es inferior a la de los hombres, en la medida en que ellas cotizan menos, por tener inferior salario.

Por otra parte, y en cuanto al emprendimiento empresarial, podemos ver en la **tabla 3** (en miles de personas) que, en 2023, el 79% de las mujeres ocupadas eran asalariadas, en comparación con el 69% de los hombres. El 10% trabajaba por cuenta propia frente al 15% de los hombres, siendo un 7% de ellas empresarias sin personal asalariado o trabajadoras independientes (casi un 10% en el caso de los hombres) y no llega al 3% de ellas que eran empleadoras (en el caso de los hombres este porcentaje era del 5%). En cuanto al grupo de personas asalariadas, más del 23% de las mujeres lo era en el sector público, frente al 16% de los hombres.

Tabla 3		
Personas ocupadas por situación profesional y sexo en miles de personas		
(media de los cuatro trimestres de 2023)		
	2023	
	Hombres	Mujeres
Trabajador/a por cuenta propia	2.030,0	1.129,1
Empleador/a	685,1	321,8
Empresario/a sin asalariados/as o trabajador/a independiente	1.297,5	770,2
Miembro de una cooperativa	17,0	7,7
Ayuda en la empresa o negocio familiar	30,3	29,4
Asalariados/as: Total	9.189,3	8.650,0
Asalariado/a sector público	1.500,1	2.042,4
Asalariado/a sector privado	7.689,2	6.607,7
Otra situación	4,1	3,1

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

En lo que se refiere a la segregación vertical (**tabla 4**), en 2022 (último año del que se disponen datos), el 75,1% de las mujeres ocupadas trabajaban sin personas subordinadas y con jefas/es, frente al 63,8% de los hombres. El 8% trabajaban como independientes, en comparación con el 11,5% de los hombres. El 6,7% de las mujeres eran mandos intermedios (0,2% más que en 2020) frente al 7,7% de los hombres (sin variaciones sobre 2020); el 4,7% eran encargadas o similares (0,2% menos que en 2020) frente al 7,1% de los hombres (0,1% más que en 2020); y el 4,9% directoras de pequeña empresa (0,5% más que en 2020), en comparación con el 8,3% de los hombres (0,2% más que dos años antes). Sólo un 0,4% de las mujeres eran directoras de empresa de tamaño grande o medio (sin variaciones sobre el porcentaje de 2020) frente a un 0,8% de los hombres (0,2% más que en 2020).¹¹

Tabla 4
Personas ocupadas por tipo de puesto laboral y sexo en 2022

	Porcentaje	
	Hombres	Mujeres
Empleado (con jefes y sin subordinados)	63,8	75,1
Encargado, jefe de taller o de oficina, capataz o similar	7,4	4,7
Mando intermedio	7,8	6,7
Director de pequeña empresa, departamento o sucursal	8,3	4,9
Director de empresa grande o media	0,8	0,4
Ocupado independiente (sin jefes ni subordinados)	11,5	8,0
No sabe	0,4	0,2

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto al uso del tiempo de las personas trabajadoras, como se puede apreciar en la **tabla 5** el porcentaje más alto de mujeres (33,9%) que dedican tiempo al cuidado de hijas/os o nietas/os dedica cuatro horas al día. El porcentaje más alto de hombres (36,7%) que realiza estas tareas les dedica dos horas diarias. Por otra parte, el porcentaje más alto de mujeres (43,3%) que realizan tareas del hogar dedica dos horas diarias a este trabajo. El porcentaje más alto de hombres (42,5%) le dedica una hora diaria. Es significativa la

¹¹ Información obtenida de consultas realizadas a través de la página web del INE https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259931459725&p=%5C&pagename=PProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalle&param3=1259924822888. Consultado el 21 de abril de 2022 y el 21 de abril de 2024.

ausencia de participación de las mujeres en actividades políticas o sindicales no remuneradas.

Tabla 5
Horas al día dedicadas a actividades de trabajo no remunerado por personas trabajadoras que realizan dichas actividades en 2015

	Menos de 1 hora	1 hora	2 horas	3 horas	4 horas	5 o más horas
Hombres						
Actividades de voluntariado o caritativas	18,5	16,2	44,0	8,3	0,0	13,0
Políticas o sindicales	0,0	89,8	10,2	0,0	0,0	0,0
Cuidado y educación de sus hijas/os o nietas/os	1,1	13,8	36,7	19,0	20,6	3,7
Cocinar y realizar las tareas domésticas	6,5	42,5	35,5	9,9	1,7	0,3
Cuidado de familiares ancianos o con alguna discapacidad	4,6	25,4	28,6	14,8	16,2	5,3
Hacer un curso o formación	3,4	15,2	34,0	17,2	14,6	8,0
Actividades deportivas, culturales o de ocio	6,6	44,7	33,8	7,9	4,3	0,2
Mujeres						
Actividades de voluntariado o caritativas	12,3	50,4	0,0	37,4	0,0	0,0
Políticas o sindicales	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Cuidado y educación de sus hijas/os o nietas/os	0,5	8,2	23,1	17,3	33,9	9,7
Cocinar y realizar las tareas domésticas	2,6	15,8	43,3	19,5	12,2	2,5
Cuidado de familiares ancianos o con alguna discapacidad	1,5	20,3	24,8	13,4	16,6	6,3
Hacer un curso o formación	4,3	15,0	16,4	7,7	21,9	31,8
Actividades deportivas, culturales o de ocio	12,7	50,0	24,5	4,6	2,3	0,0

Fuente: Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. Año 2015. 6ª EWCS. España. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social

Sin duda los datos del mercado y sobre el uso del tiempo reflejan con claridad las desigualdades que aún persisten entre mujeres y hombres en nuestra sociedad. En general, la situación de las mujeres se caracteriza por los bajos salarios de sus empleos, la inestabilidad en el trabajo, la segregación ocupacional hacia empleos que se consideran de poca cualificación, el alto impacto del desempleo, los trabajos a tiempo parcial no elegidos, las condiciones laborales deficientes y, en general, la precariedad (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 16).

Además, la carga de la atención a personas dependientes (niñas, niños, mayores, etc.) sigue pesando sobre los hombros de ellas a tal punto que en muchas ocasiones las expulsa del mercado de trabajo, bien totalmente para poder atender dichas labores, bien temporalmente o a tiempo parcial (decisión que normalmente se toma en la unidad familiar tradicional sobre la base del menor salario que perciben las mujeres en comparación con el de los hombres que constituyen dicha unidad). Por otra parte, más del 80% de los hogares monoparentales están constituidos por mujeres madres, esto deja a las mujeres en una situación de mayor desprotección en el trabajo y de una necesidad más acuciante de existencia de políticas de conciliación (CES, 2022, pp. 14-15).

En este sentido, Larrazabal Astigarraga (2024, p. 16) recuerde que ellas suelen ocupar, con mayor asiduidad que ellos, trabajos temporales o a tiempo parcial con las consecuencias que esto tiene en sus carreras profesionales, así como en la consecución de un empleo estable. Todo ello conlleva una mayor dificultad en el caso de las mujeres para poder reincorporarse al mercado de trabajo y afecta a la trayectoria de las mismas en las empresas, así como a la acumulación de tiempo trabajado (Rodríguez Escanciano, 2019, 17). Por tanto, esto tendrá un impacto directo en la brecha de las pensiones.

Más allá de los datos relativos al mercado del trabajo, otros problemas afectan a las mujeres, de entre los que podemos destacar la violencia de género. Según el Ministerio de Igualdad, sólo en España, 49 mujeres fueron víctimas mortales de la violencia de género en 2021 y 2022, 58 en 2023 y en lo que va de 2024, 10 mujeres han sido ya asesinadas. En 2021 se denunciaron 162.848 casos de violencia de género y se concedieron 37.235 órdenes de protección; en 2022, las denuncias fueron 182.078 y las órdenes 39.909; finalmente, en 2023, se denunciaron 199.166 casos de violencia de género y se concedieron 42.456 órdenes de protección.¹² Si bien no con tal gravedad, estos patrones de violencia se reproducen en los espacios de trabajo donde las mujeres tienen mayores riesgos de sufrir acoso sexual y discriminación (Larrazabal Astigarraga, 2024, p. 17).

Igualmente, los estereotipos o prejuicios de género siguen siendo un problema para el avance de las mujeres. Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) casi el 90% de la población mundial tiene al menos un prejuicio de género. Este problema persiste de manera parecida tanto en hombres como en mujeres, así como en

¹² Ministerio de Igualdad, Portal estadístico de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género. <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/home.htm>. Consultado el 21 de abril de 2024.

países con bajos y altos índices de desarrollo humano. Por otra parte, casi la mitad del mundo piensa que los hombres son mejores líderes políticos que las mujeres y el 43% considera que los hombres son mejores empresarios (Conceição et al., 2023, p. 4). Más grave aún, más de un cuarto de la población mundial cree que está justificado que un hombre pegue a su mujer (Conceição et al., 2023, p. 6). Estos prejuicios afectan a las oportunidades que las mujeres tienen de participar de modo igualitario en la sociedad.

Planteado este marco, se aprecia que, a pesar de que ha habido avances, aún queda camino por recorrer. En efecto, el informe que el Foro Económico Mundial edita anualmente desde 2006 (The Global Gender Gap Report) señala, para la última edición de 2023, que apenas se han recuperado los avances que se perdieron a partir de 2020, aumentando el índice para 2023 en apenas un 4,1 % en comparación con la medición de 2006. Por tanto, se calcula que a este paso harían falta 131 años para cerrar la brecha de género a nivel mundial (World Economic Forum, 2023, p. 5). Está claro que las mujeres no pueden esperar tanto tiempo para ver garantizados sus derechos, por lo que la Administración no sólo puede, sino que debe utilizar todos los medios de los que dispone para acelerar este proceso.

2.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El contexto dibujado en cifras empuja a replantearse nuestra actuación como sociedad en cuanto a las acciones que desarrollamos para lograr la igualdad entre mujeres y hombres y, particularmente, pone en tela de juicio la diligencia y capacidad de las autoridades para el logro de dicho objetivo. En este marco, resulta trascendental que la Administración, se allegue de todas las herramientas posibles para lograr la igualdad real.

La desigualdad entre mujeres y hombres permea todas las estructuras sociales e institucionales y reproduce roles y discriminaciones de género. Es por ello por lo que se convierte en labor crucial de las autoridades eliminar todos los obstáculos que impidan la efectiva garantía del principio de igualdad. Para esto, las Administraciones disponen de muchos instrumentos en los que se ha ido integrando, poco a poco y a lo largo de años, la perspectiva de género de forma transversal.

La transversalidad de género o *gender mainstreaming* es una propuesta que deriva de un nuevo paradigma sobre las políticas públicas de igualdad. Si en sus inicios las mismas surgieron como políticas específicas dirigidas a las mujeres y desarrolladas a través de

medidas destinadas a este único sector de la población, con el paso de los años se vio clara la necesidad de que todas las actuaciones públicas, adoptadas en cualquier sector y para cualquier fin, tomaran en cuenta la perspectiva de género. El fundamento último de este cambio de visión fue la constatación de que cualquier proyecto o programa podía tener un impacto diferenciado de género que, si no era debidamente considerado, no sólo mantenía las brechas de desigualdad entre mujeres y hombres, sino que podía contribuir a agrandarlas.

En un primer momento, esta transversalidad de género se aplicaba únicamente a las políticas sustantivas de la Administración. En los últimos años, sin embargo, se ha desarrollado hasta alcanzar ámbitos instrumentales de la misma que pueden tener impactos considerables en el logro de la igualdad. Así, por ejemplo, el género se ha introducido en el desarrollo de indicadores de medición o en los procedimientos de diagnóstico, planificación y evaluación. La perspectiva de género también ha llegado hasta el análisis y definición de los presupuestos públicos, planteando formas de desarrollarlos de manera que contribuyan a producir sinergias para el logro de la igualdad.

En el marco de estos presupuestos sensibles al género, y entendiendo la contratación pública como herramienta fundamental mediante la cual la Administración invierte grandes cantidades de dinero en el mercado (EIGE et al., 2022, p. 12), la teoría de género ha permeado la contratación pública en lo que se ha denominado contratación pública sensible al género¹³.

Sin embargo, la transversalidad de la perspectiva de género, *gender mainstreaming*, no es la única teoría que confluye para darle forma a esta realidad. No podemos olvidar que, en el ámbito doctrinal de la contratación pública, se ha producido también un cambio de paradigma que desemboca en el uso de la contratación como herramienta al servicio del logro de objetivos mayores de política pública.

Desde hace años, la UE tuvo claro que la contratación pública es una de las herramientas más poderosas de las que dispone para consolidar y afianzar el mercado único (Fernández García, 2005, p. 285); por ello, ha puesto gran interés en regular la misma. La normativa en la materia ha sometido los procedimientos de contratación a los principios de los tratados fundacionales como la igualdad de trato y no discriminación, y las cuatro

¹³ *Gender-responsive public procurement* en inglés, origen de esta denominación concreta.

libertades fundamentales; principalmente, la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios.

Sin embargo, esta capacidad de la contratación pública de configurar un mercado libre la hace a su vez un instrumento idóneo para promover determinadas actuaciones de las operadoras económicas que en él se mueven; de tal manera que, no sólo se impulse el crecimiento económico, sino un desarrollo sostenible de carácter integral que incluya tanto la dimensión medioambiental como la social.

Con esta idea como meta, tanto en la UE, como en los Estados miembros, se han ido reformulando los fundamentos y objeto de la contratación que ha transitado hacia el paradigma de la contratación pública estratégica. Conforme a esta nueva visión, se reconoce la potencialidad que los contratos públicos tienen para el logro de objetivos distintos a la simple adquisición de bienes y servicios por la Administración, y se reconfiguran como instrumento fundamental para el logro de metas de las políticas medioambientales, sociales y de innovación. La contratación pública es una herramienta estratégica que permitirá obtener resultados exponenciales a través de su adecuada instrumentalización.

Reconocida como tal, la doctrina se ha volcado en desarrollar sus posibilidades sobre todo en el ámbito medioambiental (que, como veremos, tiene una experiencia más dilatada que la del resto de dimensiones), pero también en el social. En el marco de este último, se propone, ya desde 1996, atender a consideraciones de igualdad entre mujeres y hombres; si bien la consolidación y desarrollo de esta perspectiva es bastante reciente.

Ambas dos corrientes, *gender mainstreaming* y contratación pública estratégica, ofrecen fundamento a la introducción de una estrategia de género en los contratos públicos. Sin embargo, las mismas han sido tratadas de manera aislada por cada uno de los sectores doctrinales que las promueve, lo cual puede producir ciertas tensiones y distorsiones en las propuestas. Así, una propuesta desde el *gender mainstreaming* puede no tener en cuenta todos los principios de la contratación, y otra que se plantee exclusivamente desde la contratación pública estratégica, puede no considerar el carácter transversal de la igualdad de género. Por ello, este trabajo parte de ambos fundamentos, con el objeto de vislumbrar un espacio para la estrategia de igualdad de género en los contratos públicos construida desde las bondades de ambas corrientes doctrinales.

Con estas premisas, desembocaremos en lo que hemos llamado contratación pública estratégica de género y que pretende ser el fundamento de este trabajo. Pero ¿qué es exactamente la CPEG y qué aspectos la caracterizan?, ¿qué puede aportar la CPEG al cambio del contexto en cifras que hemos dibujado en el primer apartado de este documento? Determinar su fundamento doctrinal y jurídico, así como los beneficios de su aplicación, será uno de los objetivos de este estudio y un paso fundamental para poder caracterizar y delimitar qué se entiende por cláusulas de igualdad de género o cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres.

Sin embargo, como veremos, si bien en la teoría hay claridad sobre la necesaria introducción de cláusulas estratégicas en la contratación, las mismas instituciones europeas reconocen que no se está usando tanto como debería. A pesar de la proliferación de guías, herramientas, manuales, directrices y circulares, la contratación estratégica y, con ella, las cláusulas de género en particular están encontrando dificultades prácticas a la hora de su introducción en los pliegos contractuales. La práctica se ha vuelto un terreno espinoso, muestra de lo cual son las numerosas resoluciones estimatorias de recursos interpuestos contra cláusulas en esta materia.

Los límites impuestos a las cláusulas de igualdad ponen en tela de juicio la aceptación de éstas y parecen limitar su uso y, por tanto, el efecto estratégico que las mismas puedan tener. Por otra parte, dejan en la más absoluta incertidumbre a los órganos de contratación y a sus servicios asesores que, si bien comprenden la relevancia de introducir objetivos estratégicos, no ven claros los términos en que pueden hacerlo, generando desaliento.

Por otra parte, las operadoras económicas no están acostumbradas al uso por parte de los poderes adjudicadores de consideraciones de igualdad. Es más, dichos requisitos han venido tradicionalmente asociados a subvenciones, ayudas, convenios y otras medidas que relacionan la adopción voluntaria de determinados comportamientos a un premio o recompensa. Por tanto, el uso de la estrategia de género en la contratación puede resultar desconocido e incómodo para las licitadoras.

Debemos, además, añadir, como obstáculo a la aplicación práctica de las cláusulas de igualdad, la habitual resistencia contra la que lucha la perspectiva de género y que deviene de una estructura social en la que, a pesar de la letra de la ley, las relaciones de poder entre hombres y mujeres persisten en forma de discriminaciones más o menos visibles.

Reconociendo todos estos obstáculos, un segundo objetivo que se plantea este trabajo es conocer cómo se han interpretado los conceptos del derecho europeo que delimitan las posibilidades de introducción de cláusulas de igualdad y si existe unanimidad en dicha interpretación. Igualmente, se tratará de dilucidar un camino entre las normas y las limitaciones interpretativas que pueda servir para que la contratación pública se vuelva en la práctica una verdadera herramienta estratégica para el logro de la igualdad entre mujeres y hombres.

Por último, antes de entrar en el análisis de los fundamentos teóricos y jurídicos e incluso de la aplicación práctica de estas perspectivas; hay que precisar que este trabajo, si bien trata de conjugar los beneficios de dos corrientes doctrinales, se realiza en el marco del derecho administrativo de la contratación pública del que es deudor. El mismo se fundamenta en las normas europeas en la materia, por lo que iniciaremos el estudio analizando los antecedentes en el marco europeo que han permitido plantear en la actualidad la introducción de cláusulas de igualdad de género en los contratos públicos.

3. ANTECEDENTES

Antes de iniciar cualquier análisis es preciso contextualizar las circunstancias en que surgen las normas de contratación pública en la UE y, más concretamente, la adopción de un modelo de contratación pública estratégica. Si bien esta aproximación contextual no tiene carácter exhaustivo, el panorama que arrojará es fundamental para comprender el actual debate que existe en la introducción y aplicación de cláusulas de igualdad en los contratos del Sector Público (SP). Para ello, en primer lugar, se ubicará el surgimiento de la regulación de la contratación pública en el marco europeo, su finalidad y principios, así como el contexto evolutivo en el que se enmarca. En segundo lugar, se revisará la evolución de la contratación hasta llegar a su uso como herramienta estratégica al servicio de políticas sociales, medioambientales y de innovación.

3.1. MERCADO ÚNICO, DESARROLLO Y EUROPA SOCIAL

3.1.1. ORÍGENES DE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Si bien los primeros tratados constitutivos de la UE mencionan otros objetivos, es a todas luces evidente que el principal o más relevante fue la integración económica de los estados que la conforman.¹⁴ Una unión económica al servicio de la estabilidad, la paz y el desarrollo de los países miembros; entendido, este último, como sinónimo de crecimiento económico. Para ello, con la entrada en vigor en 1958 del tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), Europa se plantea el gran objetivo de integrar un mercado común, mismo que recibirá un gran impulso en 1968 con la supresión de los derechos de aduana.

Siempre conscientes de la potencialidad de la contratación pública como instrumento para materializar el ansiado mercado único, las Comunidades Europeas comienzan a regular el sector desde los años 60¹⁵, a través de la emisión de diversa normativa que tiene como fin coordinar los procedimientos nacionales de contratación pública, así como establecer obligaciones de publicidad.

¹⁴ Primero a través del tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) en 1951, y, pocos años después, en 1957, mediante los tratados de Roma: el relativo a la Comunidad Económica Europea (CEE) y el que se refiere a la colaboración en materia de energía nuclear (EURATOM).

¹⁵ En *Los contratos públicos*, fichas temáticas del Parlamento Europeo. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos>. Consultada el 16 de abril de 2022.

Sin embargo, dicha meta, la del mercado común, no se había materializado pasados 30 años, por lo que en 1986 se aprueba el Acta Única Europea¹⁶ en la que los estados reconocen la necesidad de eliminar los obstáculos aún existentes al comercio y a la libre circulación (Parlamento Europeo, 2020, p. 7). Esta idea vendría reforzada por la introducción de las cuatro libertades europeas en el Tratado de Maastricht¹⁷ y la configuración de los otros dos pilares de la Unión: la política exterior y de seguridad común, y la cooperación en asuntos de interior y justicia.

En esta época, la Comunidad Europea vuelve los ojos con más fuerza hacia la contratación pública. Su relevancia para la integración económica se hizo patente en la década de los 90, con la adopción por la Comisión Europea de la Comunicación de 27 de noviembre de 1996 que contenía el Libro Verde *La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro* (COM (96) 583 final). En el documento se señalaba que “una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado interior en todos sus aspectos” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. 1).

En efecto, tal y como indica Manteca Valdelande, la falta de competencia “dificultaba el desarrollo de las empresas europeas capaces de competir en los mercados mundiales” (2003, p. 5). Así, antes de que se adoptara normativa en la materia, tan sólo un 2% de los contratos públicos eran adjudicados a empresas de distinta nacionalidad a la del poder adjudicador (Manteca Valdelande, 2003, p. 5). Por ello, las disposiciones sobre contratos públicos aprobadas en el marco de la UE resultaron indispensables para abrir estos contratos a la competencia, y, de esta manera, asegurar el acceso a los mercados de otros países (dentro y fuera de la Unión) logrando nuevas zonas de venta (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. 1).

Para la UE los objetivos de la contratación pública eran

“la creación de las condiciones de competencia necesarias para que no haya discriminación en la adjudicación de contratos, la utilización racional del dinero público a través de la selección de la mejor oferta presentada, el acceso de los suministradores a un mercado interior que ofrece oportunidades importantes y

¹⁶ DOCE n° L 169, de 29/06/1987, pp. 1 a 28.

¹⁷ DOCE n° C 191, de 29/07/1992, pp. 1 a 110.

el refuerzo de la competitividad de las empresas europeas” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. I).

Aparecen ya en esta visión varios de los principios que fundamentan la regulación de los contratos públicos.

En un esfuerzo por simplificar la regulación sobre contratación dictada hasta el momento, a principios de los 90, se adoptan cuatro directivas en la materia: tres de ellas regularán los sectores clásicos (contratos de servicios, obras y suministros) y la cuarta se referirá a los considerados sectores especiales (agua, energía, transportes y comunicaciones).¹⁸ Las mismas, que serían modificadas en diversas ocasiones por sucesivas directivas, dieron lugar al paquete de directivas de 2004¹⁹, antecedente directo de las actualmente vigentes (paquete de 2014).

Dichas disposiciones deben considerarse juntamente con las interpretaciones realizadas en la materia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien ha sido el encargado de deducir, de la interpretación directa del derecho originario europeo, los principios de la contratación pública. De esta manera, si bien en las directivas se establecen unos umbrales por debajo de los cuales a un contrato público le será de aplicación únicamente las normas nacionales, el TJUE ha precisado que determinados principios, por exigirlos así los tratados de derecho originario, afectan a todos los contratos realizados por los sujetos obligados independientemente de su valor estimado (Moreno Molina, 2018, p. 31).

Son estos principios los que dan forma y contenido a la contratación pública otorgándole sus rasgos principales. Teniendo en cuenta los orígenes y objetivos de la Comunidad Europea en aquellos años, así como el uso que la misma pretendió dar a la contratación

¹⁸ Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DOCE nº L 209, de 24/07/1992, pp. 1 a 24); Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro (DOCE nº L 199, de 09/08/1993, pp. 1 a 53); Directiva 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra (DOCE nº L 199, de 09/08/1993, pp. 54 a 83); Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE nº L 199, de 09/08/1993, pp. 84 a 138).

¹⁹ Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DOUE nº L 134, de 30/04/2004, pp. 114 a 240) y la Directiva 2004/17/CE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE nº L 134, de 30/04/2004, pp. 1 a 113). Unos años más tarde, mediante la Directiva 2009/81/CE (DOUE nº L 216, de 20/08/2009, pp. 76 a 136) se modificarían algunos aspectos de las anteriores en el ámbito de la defensa.

pública, no es de extrañar que la misma se encuentre sometida a los principios del libre mercado. Entre ellos podemos destacar: en primer lugar, el principio de igualdad y no discriminación de las operadoras económicas, que deberán ser tratadas de manera igual independientemente de la nacionalidad o país en el que tengan sede; el principio de transparencia, que deriva del anterior (Moreno Molina, 2018, p. 32); el principio de proporcionalidad; y el de competencia y libre concurrencia. Este último principio deriva del mandato de libre circulación de mercancías y prestación de servicios, libertades que se contenían ya en el Tratado de Maastricht y que a juicio de Moreno Molina (2018, p. 33) constituyen el fundamento último de la contratación pública.²⁰

Caracterizada así la contratación pública, es indudable que es deudora de una visión de la UE como integración económica. La misma tiene su fundamento en el mercado único y promueve una visión de desarrollo basada en el solo crecimiento económico. Sin embargo, si bien no podemos negar los orígenes de la Unión y de la regulación de la contratación, es claro que a lo largo del devenir histórico se han producido dos cambios relevantes que afectan necesariamente a esta materia. Por un lado, el concepto de desarrollo a nivel mundial ha evolucionado desde el aspecto puramente económico hacia la sostenibilidad. Por otro, la Europa del siglo XXI ha visto nacer el llamado pilar europeo de los derechos sociales que pretende enmarcar las libertades europeas en la construcción de una economía social de mercado (Tavares da Silva, 2023, p. 50).

3.1.2. CRECIMIENTO ECONÓMICO Y DESARROLLO SOSTENIBLE

En cuanto al concepto de desarrollo, el mismo sufrió una transformación a nivel internacional ya entrado el siglo XXI, si bien la misma vino gestándose desde los años 80 del pasado siglo.

Hacia finales de la década señalada, en el marco de las Naciones Unidas se definió el desarrollo sostenible o duradero como aquel que trata de satisfacer las necesidades presentes “sin comprometer la facultad de continuar haciéndolo en el futuro” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, p. 55) o como aquel que “satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las

²⁰ La idea de que la competencia en el mercado único es fuente y límite de la contratación pública también ha sido subrayada por los tribunales españoles en sus resoluciones. Véase, por ejemplo, la STSJ de Madrid nº 136/2018, de 23 de febrero de 2018, FD 4º (ECLI:ES:TSJM:2018:2293).

generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, p. 59).

Igualmente, en la década de los 90, el PNUD había puesto en tela de juicio la identificación entre *crecimiento económico* y *desarrollo* y realizó las primeras propuestas para la creación del Índice de Desarrollo Humano. Éste integró varios aspectos que trascendían el relativo al valor del Producto Interno Bruto (PIB) y que tenían por objeto medir el nivel de desarrollo global de una comunidad o sociedad (Sánchez y Prada, 2015, p. 223).

A comienzos del siglo XXI el cambio de paradigma en el concepto de desarrollo se vio reflejado en los 8 objetivos de desarrollo del milenio adoptados en 2000 en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. Los mismos integraron un concepto de desarrollo sostenible que sobrepasó las visiones puramente economicistas. Así, en los 8 objetivos se planteaban metas relativas a: erradicar la pobreza extrema y el hambre; lograr la enseñanza primaria universal; promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente y fomentar una asociación mundial para el desarrollo.²¹

Ya en 2015, estos 8 objetivos se convirtieron en 17 aprobados como parte de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015) y que establecen metas en materia medioambiental, social y de igualdad de género.²² Para la

²¹ Los mismos tuvieron su origen en la Declaración del Milenio (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000).

²² En concreto los actuales objetivos de desarrollo sostenible son los siguientes:

Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo.

Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades.

Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.

Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.

Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.

Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.

Objetivo 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.

Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.

consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) se parte de un concepto de desarrollo que integra tres aspectos: “el crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. Estos elementos están interrelacionados y son todos esenciales para el bienestar de las personas y las sociedades.”²³

La nueva visión del desarrollo sostenible que integra aspectos medioambientales y sociales es adoptada también por la UE. Así, ya en 2001, en respuesta a una solicitud del Consejo Europeo para que elaborara “una propuesta de estrategia a largo plazo que integre políticas de desarrollo sostenible desde el punto de vista económico, social y ecológico” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001d, p. 2), la Comisión presentó ante el Consejo la Comunicación *Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible*. En la misma, se retoma el concepto de desarrollo sostenible planteado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1987 y precisa que:

“El desarrollo sostenible ofrece a la Unión Europea una visión positiva a largo plazo de una sociedad más próspera y justa y que promete un medio ambiente más limpio, seguro y sano - una sociedad que permite una mayor calidad de vida, para nosotros, para nuestros hijos y para nuestros nietos. Para conseguirlo en la práctica es necesario que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001d, p. 2).

La Comisión identifica ya, desde ese momento, que el concepto de desarrollo conlleva necesariamente “crear condiciones de crecimiento económico garantizando simultáneamente unas condiciones de trabajo dignas y unas profesiones cualificadas para

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.

Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

Objetivo 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.

Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

Objetivo 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 16).

²³ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/> Consultada el 14 de abril de 2022.

una actividad socialmente responsable y que no resulte nociva para el medio ambiente” (Medina Arnáiz, 2011, p. 54).

El mismo año, la Comisión reconoce que “[p]rogreso económico y cohesión social, unidos a un elevado grado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, son los pilares complementarios del desarrollo sostenible y forma el núcleo del proceso de integración europea” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 27).

En este mismo sentido, la Comisión adopta en 2010 la comunicación *Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, conforme a la cual proyectaba la Europa de 2020 entorno a tres prioridades de desarrollo:

“Europa 2020 propone tres prioridades que se refuerzan mutuamente:

- Crecimiento inteligente: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación.
- Crecimiento sostenible: promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva.
- Crecimiento integrador: fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial” (Comisión Europea, 2010b, p. 5).

Por tanto, ya desde 2001 la Unión incluye en su visión de desarrollo un concepto más amplio que abarca políticas sociales y medioambientales, así como el impacto del crecimiento económico en ambas. Como forma de consolidar esta concepción integral y global de desarrollo, la UE se comprometió con el logro de los ODS de las Naciones Unidas en 2015.

La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible que propugna los ODS supone un cambio de paradigma porque no sólo aborda “las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 1), sino que las define mediante dos caracteres: universalidad, e integralidad e indivisibilidad.²⁴

Los ODS son universales porque todos los países los aceptan, y los aplican cada uno en función de sus distintas realidades. Pero, además, esta cualidad, la de ser globales,

²⁴ Caracteres éstos que son propios de los derechos humanos.

reconfigura el desarrollo de los pueblos desde un punto de vista de interdependencia. En este sentido, el desarrollo sostenible, para ser tal, debe ser pensado en términos de universalidad, debe ser un desarrollo que llegue a todos los pueblos y sectores de la sociedad, de tal manera que nadie se quede atrás (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 3). La característica de universalidad, como vemos, vincula la sostenibilidad al desarrollo de todos los pueblos y naciones.

Por otra parte, la cualidad de integrados e indivisibles de los ODS deviene de las relaciones de reciprocidad que existen entre los mismos. En efecto, los objetivos y las metas que los desarrollan “están profundamente interrelacionados y vinculados por numerosos elementos transversales” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 5) de tal manera que la actuación en uno de los objetivos puede menoscabar o impulsar el cumplimiento de otro. En este sentido, los objetivos no son divisibles; es decir, no es posible comprender el desarrollo sostenible en su conjunto obviando alguno de los mismos. Por tanto, la falta de consecución de uno de ellos conlleva necesariamente, no sólo un impacto negativo en el nivel de desarrollo mundial, sino la imposibilidad de lograr a cabalidad el resto de los objetivos. En definitiva, su carácter de integralidad vincula la sostenibilidad al logro efectivo de todos y cada uno de los ODS.

El cambio de paradigma en el concepto de desarrollo que se ha producido desde el nacimiento de las Comunidades Económicas Europeas hasta la actual Unión, es sin duda abismal, y, el mismo, debe ser suficiente para repensar las finalidades originarias de la contratación pública en este nuevo contexto.

3.1.3. DE LA UNIÓN ECONÓMICA A LA EUROPA SOCIAL

En paralelo a la revisión del concepto de desarrollo, y quizá, como fruto de este nuevo paradigma, en la UE se va desarrollando y moldeando la idea de una Europa Social que desembocará en 2017 en el llamado Pilar Europeo de Derechos Sociales.

La política social europea encuentra su encaje en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (Tratado CEE).²⁵ El mismo contenía un título III que articulaba la necesidad de mejorar las condiciones laborales de las personas trabajadoras y

²⁵ Firmado en Roma en 1957. Versión en francés recuperada de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=ES>.

de colaborar en materia de empleo y protección social. Igualmente, se constituye el Fondo Social Europeo con el objeto de fomentar el empleo, mejorar el nivel de vida y fomentar la movilidad geográfica de las personas trabajadoras (Pedrosa Sanz, 2009, p. 616).

Sin embargo, la política social de aquellos años se configura como apéndice de la económica, que sustenta la Comunidad Europea, y cuyo objetivo último era la construcción del mercado común (Fernández Riquelme, 2009, p. 32). En este sentido, varios autores han dado en llamar al periodo que transcurre entre 1958-1973 el *periodo del olvido*, en tanto, en la práctica, se adopta la postura de dejar hacer al libre mercado con la esperanza de que la eliminación de trabas al mismo y la materialización de las cuatro libertades europeas (libre circulación de personas, capitales, mercancías y libre prestación de servicios) traería consigo, de forma automática, el progreso social (Pedrosa Sanz, 2009, p. 621).

El primer cambio de paradigma se produce en 1974, impulsado por la crisis económica de aquella década que generó elevadas tasas de desempleo. Así, en ese año la Comunidad Europea adopta el Primer Programa de Acción Social Comunitaria.²⁶ Esta nueva visión, se ve impulsada por el planteamiento que realiza el gobierno francés de un espacio social europeo que se construiría en paralelo al cada vez más desarrollado espacio económico europeo (Pedrosa Sanz, 2009, p. 622).

En los años 80, la interrelación entre mercado único y desarrollo social se plasma en documentos como el Libro Blanco de la Comisión *La Culminación del Mercado Interior*, que, por un lado, reconoce el impacto de las políticas sociales y medioambientales en el mercado único (Comisión de las Comunidades Europeas, 1985, p. 8); y por otro, recuerda que el propio Tratado CEE establecía en su preámbulo la relevancia que para el logro de una verdadera Unión tenía el progreso, no sólo económico, sino también social. Así los estados firmantes de aquel tratado están:

“decididos a sentar las bases de una más que nunca estrecha unión entre los pueblos de Europa, resueltos a asegurar el progreso económico y social de sus países mediante la acción común de eliminar las barreras que dividen Europa” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1986, p. 55)²⁷

²⁶ Diario Oficial n° C 013, de 12/02/1974, pp. 1-4.

²⁷ La traducción y el subrayado son nuestros.

De esta época es deudora el Acta Única Europea que modifica el Tratado CEE y que añade un objetivo relativo a la cohesión económica y social cuya finalidad es “reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas” (art. 23 del Acta que introduce el art. 130^a del Tratado CEE). Las mismas finalidades serían mantenidas en el Tratado de Maastricht.

Mientras tanto, en 1988 una reforma de los fondos estructurales europeos pone el acento en la política de cohesión económica y social (Pedrosa Sanz, 2009, p. 623) y en 1989 se aprueba la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (Comisión de las Comunidades Europeas, 1990) en la que se adoptan los principios sobre los que se basará el modelo europeo de política de empleo: “libertad de movimiento, empleo, condiciones laborales y de vida, protección social, formación, igualdad de trato, protección de la salud y seguridad en el trabajo, protección de la infancia, las personas ancianas, las personas con discapacidad” (Rodríguez Guillén y Clemente Soler, 2020, p. 42). Dicha Carta sería introducida como protocolo en el Tratado de Maastricht, debido a que Reino Unido no la firmó en 1989 (Fernández Riquelme, 2009, p. 33).

Si bien hubo que esperar hasta 1999, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam,²⁸ para notar el primer cambio de concepción de la política social europea en los tratados, el periodo de 1993-1999 fue crucial en la institución de la Europa Social. En efecto, en el *Libro Verde sobre la Política Social Europea* la Comisión reconoce que la ciudadanía europea desea para Europa un futuro que incluye la dimensión social de la organización y señala que:

“No hay ninguna duda de que, de un modo u otro, todos los europeos desean un mundo en el que el progreso económico y social vayan unidos, y una sociedad en la que las mujeres y los hombres puedan participar en condiciones de igualdad” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, p. 15)

Igualmente, en el Libro Blanco *La Política Social Europea. Un paso adelante para la Unión*, la Comisión vincula indefectiblemente la competitividad y el desarrollo social, como si de dos caras de la misma moneda se tratara.

²⁸ DOCE n° C 340, de 10/11/1997, pp. 1 a 144.

“Si la creación de riqueza es esencial para el progreso social, el entorno social es también un factor esencial en la determinación del desarrollo económico. El progreso no puede fundarse simplemente en la competitividad de las economías, sino que ha de basarse también en la eficiencia de la sociedad europea en su conjunto. Con estas premisas conviene, asimismo, tener en cuenta los nexos entre políticas sociales y políticas del medio ambiente” (Comisión Europea, 1994, p. 12)

El mismo libro blanco introduce propuestas no sólo en materia de empleo, sino de inclusión social y de igualdad entre mujeres y hombres. En línea con este cambio de paradigma, en el Tratado de Ámsterdam se incluía el principio de igualdad entre mujeres y hombres, se remitía a la Carta Social Europea y a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores otorgándoles fuerza vinculante, se ampliaban los objetivos sociales comunitarios y se sentaban las bases de la actuación europea en la materia en virtud del principio de subsidiariedad (Pedrosa Sanz, 2009, pp. 617-618). De esta manera, la política social se va configurando como instrumento intermedio necesario entre la integración económica y la integración política en la Unión (Fernández Riquelme, 2009, p. 34).

Aunque el Tratado de Niza²⁹ no introdujo grandes cambios en materia de política social, la Agenda de Política Social del año 2000, vinculó claramente tres políticas: la económica basada en la competitividad, la de empleo que se fundamenta en el pleno empleo y la social con base en la calidad social (Pedrosa Sanz, 2009, p. 628). Así, se empieza a vislumbrar una línea que delimita las políticas económicas, las de empleo y las sociales, cada una de las cuales cobra su relevancia propia en el marco de la Unión.

Por otra parte, en 2005 el Comité Económico y Social llama la atención sobre el protagonismo que debe cobrar la Unión en la economía social de mercado, en su Dictamen *La dimensión social de la globalización. La contribución de la política comunitaria para que los beneficios se extiendan a todos* (Lorenzo de Membiela, 2008, p. 14).

Finalmente, el Tratado de Lisboa³⁰ refuerza la dimensión social europea (Pedrosa Sanz, 2009, p. 619). En efecto, en el actual art. 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE)³¹ se

²⁹ DOCE n° C 80, de 10/03/2001 pp. 1 a 87.

³⁰ DOUE n° C 306, de 17/12/2007, pp. 1 a 271.

³¹ Versión consolidada DOUE n° C 326, de 26/10/2012, pp. 1 a 46.

puede leer que el establecimiento del mercado interior europeo está ligado al desarrollo sostenible de Europa el cual se basará en un crecimiento económico equilibrado y en una economía social de mercado que tienda al pleno empleo y al progreso social. Es decir, no basta con tender al crecimiento económico en una economía de mercado, dicha economía debe ser de carácter social y tender al pleno empleo y el progreso en esta área. También serán fundamento de ese desarrollo un nivel elevado de protección del medio ambiente y la promoción del progreso científico y técnico.

En este mismo artículo se reiteran objetivos ya adoptados de la política social y se añaden otros nuevos:

“La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros” (art. 3.3 TUE).

De la misma manera, el Título X del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)³² regula la política social de la Unión de conformidad con el principio de subsidiariedad, quedando el ámbito laboral y de protección social en la esfera de los estados miembros, mientras que la UE apoyará y completará la acción de los gobiernos nacionales (art. 153 TFUE). Por otro lado, hay que considerar que los arts. 9 a 11 TFUE exigen “que la lucha contra la exclusión social, contra toda clase de discriminación y el fomento de un desarrollo sostenible se integren en todas las políticas y actividades de la Unión” (Medina Arnáiz, 2011, p. 61).

Tras la crisis financiera de 2008, la necesidad de establecer un pilar social europeo o pilar de derechos sociales se fue volviendo cada vez más patente. El debate sobre la materia se inicia en 2016, año en que la Comisión Europea lanzó una consulta. La misma arrojó resultados a finales de ese año y plantea un debate profundo. En este debate se dibujan tres escenarios posibles a largo plazo: limitar la dimensión social a la libre circulación; que sólo quienes deseen hacer más en materia social hagan más; y profundizar conjuntamente en la dimensión social de Europa (Comisión Europea, 2017b, pp. 25-31).

³² Versión consolidada DOUE nº C 326, de 26/10/2012, pp. 47 a 390.

Finalmente, el 17 de noviembre de 2017 el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión firman el Pilar Europeo de los Derechos Sociales (Rodríguez Guillén y Clemente Soler, 2020, p. 46). Dicho pilar tiene como objetivo:

“servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales” (Comisión Europea, Secretaría General, 2017, p. 8).

Para el logro de dicho objetivo, se desarrollan 20 principios en tres capítulos: igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y protección e inclusión social. Los principios se refieren a aspectos de igualdad entre mujeres y hombres, protección social de grupos en riesgo de exclusión, acceso a servicios esenciales, condiciones laborales, formación y protección de la salud y seguridad en el trabajo y protección social laboral, entre otros. Como vemos, la dimensión social de la UE se amplía considerablemente, dando entrada a aspectos que van más allá de aquellos coadyuvantes del desarrollo económico y de las políticas de empleo.

En 2020, la Comisión remite la comunicación *Una Europa Social fuerte para unas transiciones justas*, en la que se plantean las bases para el plan de acción de dicho pilar. En el documento se reconoce el problema que suponen las desigualdades y la falta de cohesión y se plantea el reto de eliminarlas. En este sentido señala que:

“El pilar europeo de derechos sociales es la respuesta europea a estas ambiciones fundamentales. Es nuestra estrategia social para garantizar que las transiciones de la neutralidad climática, la digitalización y el cambio demográfico sean socialmente justas y equitativas” (Comisión Europea, 2020, p. 2).

En definitiva, si bien el funcionamiento del mercado único y el crecimiento económico fueron prioridades que fundamentaron el nacimiento de las normas sobre contratación pública en Europa, tanto el paradigma de la Unión Europea como el de desarrollo han ido evolucionando para superar las visiones puramente economicistas e integrar aspectos sociales y medioambientales. Los inicios de la integración europea se basaban en la unión económica y el mercado común; sin embargo, la actual Europa recorre caminos muy

distintos que supeditan su continuidad a largo plazo a la necesidad de reconocer la relevancia de su dimensión social y fortalecer el nuevo pilar que la sustenta.

Tanto la transformación del concepto de desarrollo como la construcción de una Europa Social van a ir dejando su huella en el ámbito de la contratación pública, en el que se empieza a desarrollar el nuevo concepto de contratación pública estratégica. El crecimiento económico y el mercado común a los que pretende aportar la contratación pública siguen siendo importantes; sin embargo, se redefinen: el crecimiento debe ser sostenible y equitativo para todos los grupos sociales y, para ello, es fundamental considerar la dimensión social europea, así como el impacto medioambiental del crecimiento y del libre mercado. La contratación pública se reconfigura a la luz de este nuevo paradigma, sin perder de vista los principios que inspiraron su nacimiento, e introduce consideraciones de carácter medioambiental, social y de innovación. En concreto, dentro de ese segundo ámbito, el de las consideraciones sociales, nacen las cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres.

3.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA: APROXIMACIÓN HISTÓRICA³³

Como hemos dicho, la contratación pública nació como instrumento al servicio del mercado único y de la competitividad. Para ello, se generaron una serie de normas de derecho derivado que encuentran su fundamento en los tratados constitutivos de la Comunidad Europea y en los principios que en los mismos se proclaman.

En este sentido, ya en 1996 la Comisión señalaba que:

“Las normas comunitarias de apertura de contratos públicos tienen su fundamento jurídico en el Tratado; en particular, en aquellas disposiciones que garantizan la libre circulación de productos, servicios y capitales, las que establecen los principios fundamentales (igualdad de trato, transparencia y reconocimiento mutuo) y las que prohíben toda discriminación por razón de nacionalidad” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. 3)

Sin embargo, así como el concepto de desarrollo y de la propia Unión Europea ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, la concepción de la contratación como herramienta

³³ Este apartado está basado en Méndez Núñez (2024).

del Estado también se ha ido transformando. “Si su primera finalidad fue el exclusivo impulso del mercado único, con el paso de los años se la ha ido entendiendo como instrumento fundamental para el logro de objetivos de otras políticas públicas en lo que se ha venido a llamar contratación pública estratégica” (Méndez Núñez, 2024, p. 247).

Antes de definir este nuevo paradigma de la contratación, es importante realizar un pequeño repaso histórico al surgimiento del mismo que nos permita profundizar en su concepto, objeto y significado. Para ello, es indispensable partir del trabajo realizado por el TJUE quien, sin duda, ha liderado los cambios en la materia.

3.2.1. PRIMEROS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS ÁMBITOS MEDIOAMBIENTAL Y SOCIAL (1988-2000).

El primer paso en la introducción de cláusulas sociales en la contratación vino de la mano de la Sentencia del, en aquel entonces, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87 Gebroeders Beentjes BV, ECLI:EU:C:1988:422). En la misma, se plantea mediante cuestión prejudicial si la vigente Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras³⁴ se opone a la exclusión de una licitadora por incapacidad de la misma para emplear a personas trabajadoras en paro prolongado.

En efecto, en el anuncio de licitación, el poder adjudicador exigía: “la mano de obra empleada deberá estar constituida, en un 70% al menos, por trabajadores en paro prolongado, contratados a través de la oficina de empleo regional” (Asunto 31/87, conclusiones del Abogado General, 1988, ap. 32). El TJCE consideró que podría infringir el principio de no discriminación por razón de nacionalidad consagrado en el Tratado si dicha condición sólo pudiera ser cumplida por operadoras nacionales o en el caso de que su cumplimiento por empresas de otros Estados miembros fuera mucho más difícil. En todo caso, deja en manos del tribunal nacional apreciar la concurrencia de dicha circunstancia, concluyendo que una consideración tal no se opone a la directiva en tanto no sea discriminatoria bien directa o indirectamente en relación con empresas licitadoras de otros Estados miembros de la Comunidad Europea y haya sido debidamente publicada en el

³⁴ DOCE n° L 185, de 16/08/1971, pp. 9 a 18.

anuncio de licitación. Ahora bien, hay que precisar que, en su respuesta, el TJCE considera que dicha exigencia no guarda relación ni con los requisitos de aptitud de la contratista ni con los criterios de adjudicación del contrato, y la califica como *condición específica adicional*; es decir, considera conforme a derecho su uso como una condición de ejecución del contrato.

Por tanto, de esta sentencia podemos concluir que la introducción de condiciones especiales de ejecución de carácter social es posible en tanto cumplan dos requisitos:

- Que no sean discriminatorias; entendiendo por discriminación que sólo puedan ser cumplidas por las operadoras económicas de un estado de la UE o sea más dificultoso para las operadoras de otros estados cumplirlas.
- Que se publiquen en el anuncio de licitación en virtud del principio de transparencia.

De nuevo en respuesta a una cuestión prejudicial, el TJCE resuelve en el asunto C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA (STJCE de 20 de marzo de 1990, ECLI:EU:C:1990:121), sobre un aspecto de carácter social en materia de contratación. En este caso se cuestiona una normativa italiana que obligaba a todas las administraciones, organismos y entidades públicas, así como a otros entes con participación estatal, a abastecer sus necesidades de suministro, en al menos un 30%, de empresas industriales, agrícolas o artesanales establecidas en la región del Mezzogiorno que transformaran los productos en cuestión. Esta norma tenía su fundamento en la necesidad de promover el desarrollo económico de una región con bajo nivel de vida.

El Tribunal aclara que la norma discrimina las mercancías producidas en otros Estados miembros frente a las transformadas en el Mezzogiorno italiano, generando una distorsión en el funcionamiento del mercado común. Y esto es así, independientemente de que dicha normativa no favorezca todos los productos del Estado miembro que la impuso. Basta, por tanto, con que todos los productos favorecidos sean los de un Estado miembro.

La misma cuestión prejudicial sobre idéntica normativa italiana se plantea al Tribunal en el asunto C-351/88 Laboratori Bruneau Srl (STCE de 11 de julio de 1991, ECLI:EU:C:1991:304), en el que el mismo tiene la ocasión de reiterar la respuesta dada un año antes.

La Comisión, por su parte, no era ajena a las preocupaciones de carácter social y medioambiental ligadas a la contratación pública. Así, en el libro verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* incluyó un capítulo relativo a la intersección entre la contratación pública y otras políticas comunitarias. En el mismo, hacía mención específica, entre otras cuestiones, a las pequeñas y medianas empresas (PYMES), a ciertos aspectos sociales y al medioambiente.

En los apartados relativos a aspectos sociales y medioambientales la Comisión reconoce la relevancia de los objetivos perseguidos en dichas políticas y entiende que los poderes adjudicadores consideren necesario introducir aspectos sociales y medioambientales “ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. 43). Este reconocimiento marca un punto de inflexión porque se empieza a vislumbrar la contratación, no sólo como un instrumento adecuado para la inclusión de preocupaciones de carácter social o medioambiental, sino como el medio óptimo para lograr orientar los mercados hacia formas de producción sostenibles, justas e inclusivas (Méndez Núñez, 2024, p. 250). Así, la carrera de la contratación pública, que la mantenía ligada en exclusiva al mercado único y a la competencia, inicia un giro hacia una instrumentalización de la misma para el logro de otros objetivos de política pública.

En efecto, en el libro verde mencionado, la Comisión (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, pp. 43-46) plantea una serie de cuestiones relacionadas con las cláusulas sociales y medioambientales que requerían de una respuesta a nivel europeo.

Para empezar, hay que apuntar que las posibilidades que las cláusulas sociales y medioambientales ofrecen son, a juicio de la Comisión y en aquel momento, distintas. Así, si bien reconoce la posibilidad de introducir consideraciones ambientales como prohibición de contratar, especificación técnica, criterio de selección, criterio de adjudicación³⁵ y

³⁵ Ahora bien, precisa la Comisión que dichos criterios de selección de la oferta económicamente más ventajosa se podrán introducir “pero sólo en el caso de que la referencia a estos elementos permita medir una ventaja económica, propia de la prestación objeto del contrato, en beneficio directo del poder o entidad adjudicadores” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. 46). Igualmente, y en el caso de los contratos que no superen los umbrales armonizados dichos criterios deberán cumplir el requisito de no ser discriminatorios.

condición especial de ejecución³⁶; limita las posibilidades que en ese momento ofrecían las directivas en lo que a la dimensión social se refiere.

En este sentido, precisa que las directivas de contratación permiten establecer prohibiciones de contratar por el incumplimiento de obligaciones en el orden social. Igualmente, tras la sentencia Beentjes, admite las condiciones de ejecución que abran la posibilidad a la consideración de objetivos de la política social. Por el contrario, la Comisión subraya que las directivas no hacen provisiones al respecto de criterios de selección de la contratista o a criterios de adjudicación de índole social.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que, bajo los umbrales establecidos en las directivas, la adjudicación de contratos públicos podía introducir consideraciones sociales y medioambientales, la Comisión se plantea la posibilidad de adoptar una comunicación interpretativa en dicha materia, que permita aclarar “las posibilidades que el derecho de contratación pública ofrece a las diversas categorías afectadas para realizar los objetivos comunitarios y nacionales de política social” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. 44). Igualmente, plantea la necesidad de determinar si dichas posibilidades serán suficientes para conseguir los objetivos buscados sin perder de vista la competencia, o será necesario adoptar otras medidas.

Poco después, en 1998, la Comisión presenta la comunicación *La contratación pública en la Unión Europea* (COM (98) 143) de 11 de marzo de 1998. En la misma, en línea con la de 1996, se reiteraba que era posible tomar en cuenta consideraciones ecológicas en la definición del objeto contractual, las prescripciones técnicas, los motivos de exclusión, los criterios de selección, los criterios de adjudicación y las condiciones de ejecución del contrato (Comisión Europea, 1998, p. 27). Sin embargo, la referencia a los aspectos sociales se limitaba a consideraciones en cuanto a motivos de exclusión y condiciones de ejecución. En todo caso, en dicho documento, la Comisión se impone como tarea desarrollar sendas comunicaciones interpretativas de las directivas que permitan clarificar las posibilidades que ofrece la contratación pública para la introducción de las dimensiones social y medioambiental. Por otra parte, la Comisión

³⁶ Las mismas podrán introducirse siempre que no sean discriminatorias, respeten el funcionamiento del mercado interior y sean debidamente anunciadas o publicadas con el fin de que las licitadoras las conozcan con anterioridad.

“destacaba la necesidad de que la contratación pública alcanzase un efecto de sinergia con otras políticas de interés para la UE, y por esa razón, animaba a los Estados miembros a que utilizaran su influencia, en cuanto a compradores públicos, para perseguir objetivos distintos a los estrictamente comerciales” (Medina Arnáiz, 2011, p.53).

Antes de que la Comisión tenga tiempo de dictar comunicación interpretativa alguna, el TJCE alcanzará a pronunciarse una vez más en el asunto C-225/98, Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa (STJCE de 26 de septiembre de 2000, ECLI:EU:C:2000:494). La Comisión recurre la adjudicación de varios contratos públicos de obras de construcción y mantenimiento de edificios escolares en la Región Nord-Pas-de-Calais y el departamento del Norte por considerar que incumplen el Tratado CE y las Directivas sobre adjudicación de los contratos públicos de obras.³⁷

Entre los motivos del recurso la Comisión alega el uso de un criterio ilegal; a saber, un criterio consistente en el fomento del empleo en relación con una acción local de lucha contra el desempleo. A juicio de la Comisión, y con fundamento en la STJCE Beentjes, dicho criterio sólo era admisible como condición de ejecución, a lo que la República de Francia respondió que se trataba de un criterio adicional o subsidiario de adjudicación que no puede considerarse en la misma medida que los criterios de adjudicación recogidos en la directiva, sino que entraría en juego cuando hubiera varias ofertas equivalentes.

Para resolver la cuestión, el TJCE recuerda que el art. 30 de la Directiva 93/37/CEE se remite a dos únicas opciones para el establecimiento de los criterios de adjudicación del contrato: o el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa. En el caso de elegir la segunda opción el poder adjudicador puede establecer varios criterios, en función del contrato, señalando la directiva una lista ejemplificativa que incluía los siguientes: el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

El Tribunal indica que dicha disposición no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación introduzcan criterios relativos a la lucha contra el desempleo, siempre que los mismos respeten “todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en

³⁷ En concreto la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificada por la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, (DOCE n° L 210, de 21/07/1989, pp. 1 a 21) y Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DOCE n° L 199, de 9/08/1993, pp. 54 a 83).

particular, el principio de no discriminación” (STJCE C-225/98, ap. 50). Igualmente, dichos criterios deben respetar las normas de procedimiento y, en particular, las relativas a la publicidad.

Por tanto, el TJCE desestima el motivo alegado por la Comisión, no sin antes señalar que la misma sólo alega su uso como criterio de adjudicación y no el respeto del mismo a los principios fundamentales del derecho comunitario, en particular el de no discriminación, así como su falta de publicación en el anuncio de licitación. En todo caso, podemos concluir que a juicio del Tribunal nada impide el uso de consideraciones sociales como criterio de adjudicación siempre y cuando las mismas respeten los principios de la contratación.

Por tanto, para finales de esta etapa, las cláusulas sociales ya se admiten como motivo de exclusión, condición especial de adjudicación y criterio de adjudicación subsidiario (que entendemos que se trata de un criterio de desempate); siempre y cuando respeten los principios de igualdad y no discriminación y se publiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos de los contratos.

3.2.2. ATISBOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA (2001-2009).

Los primeros documentos que analizan de manera integral las posibilidades que la contratación pública ofrece para el logro de objetivos relativos a otras políticas públicas llegan en 2001. En ese año la Comisión adopta dos comunicaciones interpretativas sobre la posibilidades que las directivas ofrecían para la introducción de cláusulas medioambientales (COM 2001 (74) final)³⁸ y sociales (COM 2001 (566) final)³⁹. El esfuerzo es fundamental para el desarrollo de la contratación estratégica; sin embargo, se aprecia aún una postura de la Comisión tendente a limitar la discrecionalidad de los poderes adjudicadores en el uso de consideraciones no económicas, especialmente en lo que a la evaluación de las ofertas presentadas se refiere (Morettini, 2011, p. 190).

A lo largo de ambas comunicaciones subyace la idea de que los poderes adjudicadores deben aprovechar mejor la contratación para promover productos menos contaminantes (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001b, p. 12) y lograr la vinculación entre las

³⁸ DOCE n° C 333, de 28/11/2001, pp. 12 a 26.

³⁹ DOCE n° C 333, de 28/11/2001, pp. 27 a 41.

medidas económicas, de empleo y sociales de tal manera que se apoyen mutuamente (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 27). Para ello, la Comisión analiza las directivas vigentes a efectos de determinar en qué momentos del procedimiento de contratación y con qué función es posible introducir cláusulas estratégicas.

Para empezar, la Comisión, igual que en su libro verde de 1996, tiene claro que existe una diferencia entre ambos aspectos a considerar. Así, reconoce que en el caso de las cláusulas ecológicas las mismas ofrecen mayores posibilidades en el momento de definir el objeto contractual. Conforme al mismo podrán introducirse como especificaciones técnicas, criterios de selección de la contratista y criterios de adjudicación. Finalmente, admite su uso como condiciones especiales de ejecución.

En el caso de las cláusulas sociales, sin embargo, la Comisión vuelve a insistir en que la promoción de dichos fines ofrece mayores posibilidades durante la ejecución del contrato, si bien admite su inclusión en otros momentos. En todo caso, la interpretación que de su uso realiza resulta, a todas luces, más restrictiva que la que realiza para el caso de sus homónimas ecológicas.

En concreto, la Comisión considera que las cláusulas estratégicas pueden cumplir las siguientes funciones:

- Objeto del contrato: se acepta la posibilidad de incluir ambos tipos de cláusulas si bien se considera que las mismas serán más probables en contratos de obras y servicios que en los de suministros en función de que los primeros ofrecen mayores posibilidades de definir el modo de ejecución (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 28). Para la definición del objeto puede ser una vía aceptable la determinación de variantes⁴⁰ ecológicas o sociales.
- Especificaciones técnicas: será posible definir las con respecto a requisitos relativos a la seguridad de los productos, higiene y protección de la salud, accesibilidad universal o diseño para todos. Si bien se excluye que constituyan especificaciones técnicas las exigencias relativas a una determinada manera de gestión empresarial, la contratación de grupos específicos o el uso de etiquetas ligadas a la solvencia social de la empresa. Por otra parte, en la dimensión medioambiental, no se permite la

⁴⁰ En este sentido, se señala que los productos ecológicos son más caros, por lo que los poderes adjudicadores podrán utilizar variantes a efectos de poder determinar qué opción compagina mejor las necesidades ecológicas con las económicas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001b, p. 16).

referencia a una fabricación o procedencia determinada, ni la referencia a marcas, patentes o procedimientos particulares, con la excepción de que las mismas hagan las especificaciones más inteligibles, en cuyo caso se añadirá el término “o equivalente”. Igualmente, serán posibles las menciones a materias primas o materiales cuando caractericen un producto; o exigir un concreto procedimiento de producción, si el mismo determina el rendimiento del producto. En cuanto a las etiquetas ecológicas, se admiten como medios de acreditación no exclusivos.

- Requisitos subjetivos:
 - Como prohibiciones de contratar, se admite la posibilidad de excluir a la operadora económica que no cumpla sus obligaciones sociales.
 - Como criterios de selección: hay que distinguir entre solvencia económica y financiera y solvencia técnica y profesional. En el primer campo, los documentos que permiten la acreditación de la capacidad económica de las licitadoras no ofrecen posibilidad alguna para la introducción de consideraciones sociales o ecológicas. Por el contrario, la solvencia técnica permite exigir aspectos sociales y medioambientales siempre que el contrato requiera aptitudes específicas de este tipo, si bien las mismas deberán estar relacionadas con el objeto del contrato.
- Criterios de adjudicación: la Comisión admite la posibilidad de incluir cláusulas sociales o medioambientales para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, apunta que estos criterios han de suponer una ventaja económica para el poder adjudicador y estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. En el ámbito social, limita la aceptación de estos criterios a contratos cuyo objeto sea beneficiar a personas en situación de exclusión y rechaza expresamente la aplicación de programas de igualdad de oportunidades, o la contratación de un determinado grupo de personas, en tanto exige una vinculación con las cualidades intrínsecas del bien o servicio que se contrata (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 32). En cuanto a los criterios medioambientales, se menciona la valoración de los costes relativos al ciclo de vida del producto. Por último, con base en la STJCE en el asunto C-225/98 Comisión contra República de Francia, la Comisión admite la posibilidad de introducir criterios adicionales de carácter accesorio relativos a aspectos sociales o medioambientales; es decir, criterios de desempate.
- Ofertas anormalmente bajas: sólo para el caso de las consideraciones sociales hace mención a este procedimiento. En este sentido, señala que deberán ser rechazadas

aquellas que realicen bajas desproporcionadas con base en el incumplimiento de normas de derecho laboral.

- Condiciones de ejecución: la Comisión reconoce la posibilidad de incluir ambos tipos de consideraciones. Las mismas no podrán consistir en especificaciones técnicas encubiertas ni establecer exigencias relativas a la comprobación de la capacidad de las licitadoras. La Comisión señala que entiende más complicada la imposición de este tipo de condiciones en los contratos de suministro.

La Comisión establece dos límites a las cláusulas estratégicas, independientemente de la función que cumplan en el contrato: el principio de no discriminación y la previa publicidad en el anuncio de licitación. Con respecto a la segunda, las cláusulas deberán constar en el anuncio de licitación. Con relación al principio de no discriminación, ninguna cláusula podrá incluirse en un contrato si supone una discriminación directa o indirecta para licitadoras de otros Estados miembros y se perturba con ello la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios.

Con posterioridad a estas comunicaciones, el TJUE se pronunció en dos ocasiones sobre los requisitos que debían cumplir los criterios de adjudicación estratégicos en dos sentencias relativas a consideraciones medioambientales: los asuntos *Concordia Bus Finland* y *Wienstrom*.

En el asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*, (STJCE de 17 de septiembre de 2002, ECLI:EU:C:2002:495), el Tribunal admitió criterios de adjudicación de carácter ecológico relativos a la emisión de gases de los vehículos de transporte público. En el caso concreto, se plantea una cuestión prejudicial sobre un procedimiento de licitación de un contrato de servicios para la gestión de la red de autobuses urbanos de la Ciudad de Helsinki. La adjudicación atendería a la oferta económicamente más favorable para cuyo cálculo se establecían como criterio el precio, la calidad de los vehículos y la organización de la empresa. En cuanto a la calidad de los vehículos, se establecen criterios que premian las bajas emisiones y el menor nivel de ruido que emiten.

En el análisis de la cuestión el Tribunal realiza una serie de precisiones importantes. En primer lugar, concluye que las directivas no pueden interpretarse en el sentido de exigir que todos los criterios aplicables deban tener naturaleza económica, prueba de ello es que

en las mismas se acepta la valoración de las características estéticas. Por tanto, es posible introducir como criterio de adjudicación un aspecto medioambiental.

Por otra parte, el Tribunal precisa que dicho criterio medioambiental no podrá ser cualquiera, sino que tendrá que cumplir los requisitos establecidos en las normas; a saber:

- vinculación con el objeto del contrato,
- no atribuir al órgano de contratación una libertad de elección incondicional,
- mención expresa en el pliego y en el anuncio de licitación
- respeto de los principios del derecho europeo, como el de no discriminación.

Concluye el TJCE que en el caso se cumplieron estos criterios incluso aunque hubiera un número reducido de empresas que pudiera cumplir el criterio utilizado, porque tal circunstancia no supone por sí misma una violación del principio de igualdad.

Un año más tarde, en sentencia de 4 de diciembre de 2003 sobre el asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH (ECLI:EU:C:2003:651), se plantea una nueva cuestión prejudicial al tribunal sobre la introducción de cláusulas medioambientales en el marco de un contrato de suministro de electricidad. En esta ocasión, se preveían como criterios de adjudicación: por un lado, el precio (con un peso del 55%); por otro, la energía generada a partir de fuentes renovables (peso del 45%), señalando que sólo se tendría en cuenta la cantidad que exceda de 22,5 GWh de energía, en tanto se considera que este es el consumo anual estimado del poder adjudicador. Es decir, se valoraba no la cantidad de energía precisa para la ejecución del contrato, sino la que rebasara esa cantidad.

El tribunal considera que es conforme a las directivas un criterio que valora el uso de fuentes renovables de energía siempre y cuando cumpla los cuatro requisitos que ya señaló en el asunto Concordia Bus Finland.

Por tanto, el TJCE analiza si en el caso se respetaron tales límites. En cuanto al principio de proporcionalidad, el tribunal declara que la atribución de un porcentaje de 45% a un criterio sobre energías renovables no es en sí misma incompatible con las directivas, en el sentido de que permite “una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa” (asunto C-448/01, ap. 42). Por otro lado, resulta entendible considerando la relevancia del objetivo que persigue.

Considera, por el contrario, que un criterio de adjudicación que no se acompañe de los requisitos necesarios para verificar la exactitud de las informaciones dadas por las licitadoras es contrario al principio de igualdad de trato.⁴¹

En cuanto a la ausencia de determinación del periodo sobre el que se valorará el suministro, el Tribunal señala que podría suponer una violación al principio de igualdad y transparencia, si en la apreciación fáctica el órgano jurisdiccional entendiera que dicha omisión dificultó o impidió que las licitadoras conocieran el alcance exacto de dicho criterio y, por tanto, tuvieran la posibilidad de interpretarlo de la misma manera.

Finalmente, en cuanto a la valoración de la parte que sobrepasa el consumo estimado de la entidad adjudicadora, el TJCE señala que: no se refiere al objeto del contrato; que, además, puede restringir la competencia y ser discriminatorio, en tanto puede favorecer a las licitadoras que estén en condiciones de suministrar mayores cantidades; y no puede ser válido en la medida en que valora la capacidad de las licitadoras de suministrar la mayor cantidad posible de electricidad por encima de la necesaria para responder al suministro contratado.

En 2004, la UE publica un nuevo paquete de directivas⁴² que tiene por objeto simplificar y modernizar los procedimientos y clarificar las posibilidades de introducción de cláusulas sociales y medioambientales fruto de las inquietudes recogidas en el libro verde de 1996. A juicio de la doctrina esta es la primera vez que se admite en la norma europea sobre contratación la integración de aspectos ambientales o sociales en las adjudicaciones de los poderes públicos (Pernas, 2013, p. 287). En concreto, se introducen en la normativa algunos cambios fruto de los debates y comunicaciones ya planteadas y que tienen su repercusión en las siguientes cláusulas:

- Es posible establecer especificaciones técnicas de carácter medioambiental que incluyen un determinado método de producción, etiquetas ecológicas o efectos medioambientales de los productos o servicios (Considerando 42 Directiva 2004/17/CE y considerando 29 Directiva 2004/18/CE). En concreto, las especificaciones técnicas podrán definirse en términos de rendimiento o exigencias funcionales que incluyan características medioambientales (art. 34 Directiva

⁴¹ El órgano de contratación señaló que no estaba capacitada técnicamente para verificar si la energía suministrada se había generado de fuentes renovables ni había exigido acreditación alguna en ese sentido.

⁴² Directiva 2004/17/CE (DOUE nº L 134, de 30/04/2004, pp. 1-113) y Directiva 2004/18/CE (DOUE nº L 134, de 30/04/2004, pp. 114 a 240).

2004/17/CE y art. 23 Directiva 2004/18/CE). En el caso de que la definición del rendimiento o las exigencias funcionales incluyan características medioambientales podrán utilizarse las exigencias de etiquetas ecológicas siempre que cumplan los requisitos establecidos en el ap. 6º de dichos artículos. Las entidades adjudicadoras podrán señalar que las etiquetas acreditarán dichas exigencias.

- Se considera adecuado exigir la acreditación de la capacidad técnica de la operadora económica mediante sistemas de gestión medioambiental por referencia a características de sistemas como EMAS. La misma podrá acreditarse por el registro EMAS u otros (considerando 53 y art. 52 Directiva 2004/17/CE; y considerando 44 y arts. 48 y 50 Directiva 2004/18/CE).
- Se admiten los criterios de adjudicación medioambientales y sociales siempre que los mismos cumplan determinados límites: estar vinculados con el objeto del contrato, permitir la comparación objetiva de las ofertas en condiciones de igualdad; publicarse previamente; y posibilitar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Sin embargo, en el articulado de las normas sobre criterios de adjudicación sólo se mencionan los aspectos medioambientales expresamente (art. 55 Directiva 2004/17/CE y art. 53 Directiva 2004/18/CE).
- Se aceptan las condiciones de ejecución de carácter social o medioambiental (art. 38 Directiva 2004/17/CE y 26 Directiva 2004/18/CE).

Para tratar de aclarar las posibilidades abiertas por las directivas de 2004, la Comisión publica la primera edición⁴³ de la guía *¡Compras ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*. De esta manera, la preocupación e interés europeos por la dimensión ecológica sigue despuntando sobre el resto de aspectos de la CPE.⁴⁴

En todo caso, poco después de la modificación de las directivas, el TJCE resuelve, de manera negativa, en el asunto C-346/06, Dirk Rüffert (STJCE de 3 de abril de 2008, ECLI:EU:C:2008:189) sobre la introducción de una obligación de carácter social aplicable a los contratos públicos y relativa al salario mínimo de las personas trabajadoras.

En el caso en cuestión el Land Niedersachsen en Alemania resolvió un contrato público de obras por no cumplir la subcontratista con la obligación de pago de salario mínimo a la que se había comprometido. En efecto, el contrato fue adjudicado a una empresa que

⁴³ En 2016 se publicó la tercera edición revisada de la misma.

⁴⁴ La guía sobre compra pública socialmente responsable tuvo que esperar hasta 2011, como veremos.

subcontrató a otra polaca para realizar las prestaciones. Esta última pagaba al personal a su servicio que ejecutaba la prestación el 46,57% del salario mínimo fijado. El litigio se produce porque la ley del Land obligaba a las entidades adjudicadoras a establecer en los contratos públicos la exigencia de que las adjudicatarias firmaran un compromiso de aplicar al personal que realizara la prestación, como salario mínimo, el del convenio aplicable en el lugar de ejecución de la prestación. Ese mismo salario mínimo, debía ser aplicado por ley al personal trabajador de la empresa subcontratada.

El Tribunal juzga el caso a la luz de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.⁴⁵ La directiva en cuestión permite la introducción de una obligación de salario mínimo cuando viene determinada por una ley o un convenio colectivo de aplicación general. El TJCE considera que el convenio en litigio no puede considerarse de aplicación general. En efecto, no ha sido declarado como tal por el sistema alemán competente para ello, y la normativa que le otorga el carácter de ser aplicable al territorio de ejecución de la prestación se refiere únicamente a los contratos públicos, no a los privados. En efecto, el tribunal considera que no es posible exigir condiciones salariales “que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima” (asunto C-346/06, ap. 33). Finalmente, no se aprecia que la medida sea necesaria como protección de las personas empleadas, ni que contribuya a salvaguardar la estabilidad financiera del sistema de seguridad.

Para terminar este periodo, la Comisión publica su comunicación *Contratación pública para un medio ambiente mejor* (COM (2008) 400 final)⁴⁶ en la que revisa los beneficios de dicha contratación y los obstáculos que enfrenta. En el mismo, la Comisión reconoce que “[l]a contratación pública puede configurar tendencias de producción y consumo” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2008, p. 2); es decir, una demanda pública de productos de determinadas características (en este caso, ecológicos) incentivará el desarrollo en el mercado de una oferta de tecnologías que garanticen esos requerimientos (tecnologías respetuosas con el medioambiente).

⁴⁵ DOCE nº L 18, de 21/01/1997, pp. 1 a 6.

⁴⁶ Es preciso señalar que para entonces ya se habían publicado toda una serie de herramientas de formación en materia de contratación pública ecológica.

Finaliza el periodo con un sabor amargo tras la sentencia del caso Rüffert que parece dar entrada al *dumping social*. Sin embargo, hay que subrayar que en este momento se admiten los criterios estratégicos en el objeto del contrato, las especificaciones técnicas, las prohibiciones de contratar, los criterios de solvencia, de adjudicación y de desempate, el procedimiento de baja anormal y las condiciones especiales de ejecución. Es decir, con las limitaciones que se pueden imponer a unas u otras consideraciones en cada una de estas cláusulas (medioambientales y sociales), se abren todos los espacios del procedimiento de licitación a las cláusulas estratégicas.

Por otra parte, si en la etapa anterior se establecen dos requisitos a los criterios de desempate y a las condiciones especiales de ejecución (no discriminación y publicidad); en esta etapa se añaden otros dos requisitos al analizar los criterios de adjudicación: vinculación con el objeto del contrato y no permitir al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; además de introducirse el análisis de proporcionalidad sobre la ponderación otorgada al criterio de adjudicación.

3.2.3. CONSOLIDACIÓN DE LA CPE (2010-2022).

Como hemos señalado en el apartado anterior, en 2010 se publica la comunicación de la Comisión *Europa 2020* (COM (2010) 2020 final) en la que se redefine el concepto de crecimiento fundamentándolo en tres pilares: la innovación; la sostenibilidad medioambiental; y la integración que deviene del empleo y la lucha contra la pobreza. En el documento, la Comisión reitera la necesidad de utilizar la contratación pública como instrumento para optimizar los recursos (Comisión Europea, 2010b, p. 19), la adaptación de métodos de producción y consumo (Comisión Europea, 2010b, p. 19) y el incentivo a la innovación (Comisión Europea, 2010b, pp. 15 y 20). La contratación deberá también modernizarse (Comisión Europea, 2010b, p. 20), garantizar un uso más eficaz de los recursos públicos (Comisión Europea, 2010b, p. 30) y fomentar la compra pública verde (Comisión Europea, 2010b, p. 18). En definitiva, se esbozan las tres dimensiones actuales de la contratación pública estratégica: medioambiental, social y de innovación.

En todo caso, esta perspectiva estratégica de la contratación sería retomada por la Comisión en dos documentos. Por un lado, el documento *Hacia un Acta del Mercado Único* (Comisión Europea, 2010a) incluye entre sus prioridades una relacionada con los contratos públicos y que implica tres objetivos: impulsar una política que fomente la demanda de

bienes y servicios respetuosos con el medioambiente, socialmente responsables e innovadores; proponer procedimientos más flexibles y simples; y facilitar el acceso de las PYMES a los procedimientos de contratación (Handler, 2015, p. 9). Por otro lado, la Comisión publica el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado de la contratación pública más eficiente* (COM (2011) 15 final). En dicha comunicación se dedica un capítulo completo, el cuarto, al uso estratégico de la contratación, señalando que el mismo contribuirá al logro de los objetivos de la estrategia *Europa 2020*. Para ello, los poderes adjudicadores deberán usar

“su poder adquisitivo para comprar bienes y servicios con un alto valor *social*⁴⁷ en términos de promoción de la innovación, respeto del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, reducción del consumo energético, mejora del empleo, la salud pública y las condiciones sociales, y promoción de la igualdad mejorando la inclusión de los grupos desfavorecidos. Una demanda significativa por las autoridades públicas de productos y servicios más ecológicos, con bajas emisiones de carbono, más innovadores y socialmente responsables puede influir también en las tendencias de la producción y el consumo en los próximos años” (Comisión Europea, 2011, pp. 36-37).

Se subrayan en este párrafo, nuevamente, las tres dimensiones de la CPE: medioambiental, social y de innovación. En este sentido, en el libro verde se plantean cuestiones sobre las mejores formas de aprovechar la contratación para el logro de objetivos de las políticas públicas lo cual implica revisar las actuales previsiones en materia de especificaciones técnicas, criterios de selección, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución a efectos de concluir la manera más adecuada de introducir consideraciones estratégicas.

Por otra parte, el documento se detiene en un aspecto de gran transcendencia en la puesta en práctica de la contratación pública estratégica: la exigencia de que todas las cláusulas estén vinculadas con el objeto del contrato⁴⁸. En concreto, plantea los beneficios y riesgos de flexibilizar dicha vinculación.

⁴⁷ Cursiva en el original.

⁴⁸ Ya se reconoce en este documento que la relación con el objeto contractual es más laxa en cuanto a las condiciones de ejecución, en la que sólo se exige que estén relacionadas con las tareas necesarias para la producción de bienes y la prestación de servicios (Comisión Europea, 2011, p. 42).

Paralelamente a estos documentos se prepara la primera guía de la UE sobre cláusulas sociales que se publica en 2011: *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*.⁴⁹

Durante ese año se estaba revisando en el TJUE “un asunto cuya resolución sentaría muchos principios interpretativos sobre el uso de consideraciones sociales y medioambientales en la contratación pública” (Méndez Núñez, 2024, p. 263) y, a su vez, sería fundamento de las nuevas directivas de contratación de 2014. Se trata de la STJUE, de 10 de mayo de 2012, sobre el asunto C-368/10, Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos (ECLI:EU:C:2012:284).

En el caso se planteaba la exigencia de una determinada etiqueta ecológica (EKO)⁵⁰ y otra de comercio justo (MAX HAVELAAR)⁵¹ en las especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación de un contrato de suministro y mantenimiento de máquinas expendedoras de café de la provincia neerlandesa de Holanda Septentrional. En el mismo, la provincia contrata tanto la entrega, instalación y mantenimiento de las máquinas como el suministro de ingredientes para las mismas.

En concreto, el pliego exigía dichas etiquetas en las especificaciones técnicas con relación al té y al café a suministrar y en los criterios de adjudicación con respecto a determinados ingredientes que se utilizan en la preparación de las bebidas y que excluían al té y al café; por ejemplo, la leche, el azúcar o el cacao. En el caso de los criterios de selección el poder adjudicador solicitaba que las licitadoras reunieran criterios de “sostenibilidad de las compras o de responsabilidad social corporativa” (asunto C-368/10, ap. 26).

En cuanto a las cláusulas técnicas, el TJUE señala que no pueden formularse por referencia a una determinada etiqueta ecológica, sino mediante el uso de especificaciones técnicas detalladas definidas en esa etiqueta o, si fuera inevitable por remisión a una norma que contenga dichas especificaciones (asunto C-368/10, ap. 68 y 70). En cuanto a la etiqueta de comercio justo, se señala que la misma se basaba en cuatro criterios: que el precio pagado cubra todos los gastos; que, además comprenda una prima adicional sobre los

⁴⁹ La segunda edición revisada se publicará en 2021.

⁵⁰ Etiqueta privada neerlandesa que “se concede a productos que contengan al menos un 95% de ingredientes procedentes de la agricultura ecológica” (asunto C-368/10, ap. 34).

⁵¹ Etiqueta privada que se utiliza en varios países con arreglo a las normas de una organización internacional (Fairtrade Labelling Organisation –FLO-). La etiqueta “certifica que los productos (...) se compran a organizaciones constituidas por pequeños productores de países en desarrollo a un precio y condiciones justos” (asunto C-368/10, ap. 37).

precios de mercado; que la producción sea objeto de prefinanciación; y que la empresa importadora mantenga relaciones comerciales de larga duración con la productora. Visto lo anterior, el Tribunal considera que dicha etiqueta no puede ser considerada una especificación técnica en el sentido de la directiva, dado que se refiere a las condiciones en las que la empresa proveedora adquirió a la productora, y no a una característica del propio producto, su fabricación, envasado o utilización. Por todo ello, el TJUE considera que se trata de una condición de ejecución; sin embargo, no entra a valorar su validez como tal por quedar fuera del objeto de recurso.

En cuanto a los criterios de adjudicación, el Tribunal:

- Señala que es posible introducir consideraciones de carácter social con base en el considerando 46 de la Directiva 2004/18/CE.
- Considera que el criterio de adjudicación está relacionado con el objeto del contrato: en primer lugar, porque al referirse a los ingredientes que se suministran en el marco del contrato, no tiene ningún impacto en la política general de compras de las licitadoras; en segundo lugar, porque el Tribunal considera que “no es necesario que un criterio de adjudicación se refiera a una característica intrínseca de un producto, es decir, a un elemento incorporado materialmente a éste” (asunto C-368/10, ap. 91).
- Estima que no es conforme con las directivas exigir unas determinadas etiquetas, en lugar de remitirse a los criterios en los que las mismas se basan y admitir otros medios de prueba.

En cuanto a los criterios de selección, el Tribunal resuelve que los mismos no se encuentran entre los enumerados en la directiva. Puesto que la lista contenida en esa norma es exhaustiva, el criterio de solvencia técnica establecido no es válido. Igualmente, la referencia genérica a la sostenibilidad de las compras y la responsabilidad social no es clara, ni precisa, por lo que no respeta el principio de transparencia.

Estas precisiones interpretativas se vieron reflejadas en el paquete de directivas de 2014⁵² introduciendo cambios en el articulado sobre las consideraciones estratégicas y realizando

⁵² Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE nº L 94, de 28/03/2014, pp. 1 a 64); Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE nº L 94, de 28/03/2014, pp. 65 a 242); y Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DOUE nº L 94, de 28/03/2014, pp. 243 a 374).

precisiones sobre las características que debían cumplir las especificaciones técnicas o los criterios de adjudicación, por ejemplo. Dicho paquete de directivas se incardina en la mencionada Estrategia Europa 2020 y en otra serie de comunicaciones europeas que buscan la eficiencia en el uso de los recursos públicos (Gimeno Feliú, 2014, pp. 31-32). Así, en las directivas, queda patente, como veremos, la intención de la UE de instrumentalizar la contratación pública al servicio de los objetivos de las políticas públicas.⁵³

En materia social, el Tribunal se pronunció de nuevo en la STJUE de 18 de septiembre de 2014 en el asunto C-549/13, Bundesdruckerei GmbH y Stadt Dortmund (ECLI:EU:C:2014:2235). Se plantea una cuestión prejudicial en un caso parecido al del asunto Rüffert, pero en esta ocasión la empresa adjudicataria prevé realizar los trabajos objeto del contrato en otro país (Polonia). Por ello, el TJUE concluye que no es aplicable la directiva sobre desplazamiento de personas trabajadoras.

Aplica al caso la por aquel entonces vigente Directiva 2004/18/CE, conforme a la cual entiende que la exigencia de abonar un salario mínimo es una condición especial de ejecución de carácter social. A juicio del tribunal dicha imposición legal constituye una carga que impide la libre prestación de servicios. En cuanto a la posible justificación de la ley alemana que exigía el pago de ese salario mínimo basada en la protección de las personas trabajadoras y la elusión del *dumping social*, el TJUE considera que la norma no es apta para lograr este objetivo en la medida en que se aplica únicamente a los contratos públicos y no a los privados y que, además, resulta desproporcionada porque se exige un salario mínimo cuando el del país en el que se ejecutará es distinto. En definitiva, el tribunal considera que la medida va “más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de la protección de los trabajadores” (asunto C-549/13, ap. 34).

En 2015, el TJUE se pronuncia nuevamente sobre este tipo de cláusulas en el asunto C-115/14, RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz (STJUE de 17 de noviembre de 2015, ECLI:EU:C:2015:760). Se produce en el supuesto analizado un desplazamiento de personal de un país a otro, por lo que se aplica la misma directiva que para el caso Rüffert. Sin embargo, en este caso, dicha cláusula venía impuesta por una ley

⁵³ Esta intención a lograr con el nuevo paquete de directivas ya se dejaba clara en la propuesta nº 17 de la Comunicación de la Comisión Europea de 2010 *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva* que señalaba como objetivo de las mismas, entre otros, “hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas” (Comisión Europea, 2010a, p. 43).

del Land Renania-Palatinado sobre los convenios colectivos y el salario mínimo. La misma ley exigía este pago mínimo en todos los contratos públicos y preveía como sanción la exclusión de la licitadora que no se comprometiera a hacerlo efectivo.

Dado que la imposición de esta obligación venía prevista en una ley, y no en un convenio colectivo, no procede la exigencia de que dicha ley sea de aplicación general.⁵⁴ Así, en este caso, el tribunal considera que es indiferente que la misma norma se aplique sólo a los contratos públicos, lo que por otra parte tiene sentido dado que dicha disposición se establece con fundamento en las directivas de contratación.

Por último, hay que señalar que, si bien en esta sentencia el tribunal entiende que la medida es contraria a la libre prestación de servicios, aprecia que la misma puede tener como fin la protección de las personas trabajadoras.

En 2017, la Comisión reitera la necesidad de pasar de un enfoque administrativo a otro estratégico en el ámbito de la contratación (Comisión Europea, 2017a, p. 3) en su comunicación *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa* (COM (2017) 572 final). En la misma, reflexiona sobre los retos que enfrenta la contratación pública y subraya su potencialidad para lograr una mayor rentabilidad del dinero público, de tal manera que se contribuya “a una economía más innovadora, sostenible, inclusiva y competitiva” (Comisión Europea, 2017a, p. 2).

Sin embargo, reconoce la Comisión que las posibilidades que la contratación estratégica ofrece no se están usando tanto como convendría. Así el 55% de los procedimientos continúa usando el precio más bajo como único criterio, infrautilizándose las licitaciones que podrían incluir criterios sociales, medioambientales o innovadores (Comisión Europea, 2017a, p. 5).

Por ello, establece, como la primera de sus prioridades estratégicas garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica. En la comunicación se subraya la importancia del compromiso político con esta visión estratégica a efectos de que la misma se aplique de forma sistemática a través de las cláusulas contractuales. Para ello, menciona como herramientas importantes las consultas preliminares de mercado, la difusión de normas o metodologías para establecer requisitos, la divulgación de buenas prácticas o la

⁵⁴ Esto es un requisito exigido sólo para los convenios colectivos.

revisión y actualización de etiquetas y criterios de evaluación (Comisión Europea, 2017a, p. 9). En este sentido, concluye que:

“Las autoridades públicas se están esforzando en general en crear una sociedad más justa basada en la igualdad de oportunidades, el crecimiento económico sostenible y una amplia participación en el mercado, garantizando la sostenibilidad de las finanzas públicas. La contratación pública seguirá siendo un instrumento crucial de aplicación de las políticas. Dada su magnitud en cuanto a gasto público, puede facultar a los gobiernos a lograr resultados políticos clave, si se utiliza como una herramienta estratégica” (Comisión Europea, 2017a, p. 15)

Tras esta comunicación, en 2020, la UE publicó varias guías sobre buenas prácticas en materia de contratación pública socialmente responsable.

Igualmente, la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19 trajo como consecuencia el pronunciamiento del Consejo de la Unión Europea señalando la relevancia de la contratación pública en el proceso de recuperación. Así en las Conclusiones del Consejo *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente*, esta institución considera que es necesario que los Estados miembros:

“refuercen la capacidad de los compradores públicos para abordar prioridades estratégicas, en particular la creación de empleo, la reparación de los daños socioeconómicos causados por la crisis de la covid-19, el apoyo a las pymes y las prioridades ecológicas y digitales” (Consejo de la UE, 2020, p. 2)

Igualmente, pide “que, cuando proceda y sea viable, incluyan como campos obligatorios ámbitos como la contratación pública ecológica, socialmente responsable e innovadora” (Consejo de la UE, 2020, p. 3).

Por último:

“CONSIDERA que los compradores públicos deben utilizar su poder adquisitivo de forma estratégica para obtener una mejor relación calidad-precio, y apoyar la transición hacia una economía más ecológica, más innovadora y circular, (...); DESTACA que las compras públicas pueden y deben utilizarse

para apoyar los aspectos sociales y la protección de los derechos humanos en las cadenas de suministro mundiales, la inclusión social y el empleo justo para contrarrestar los efectos socioeconómicos de la crisis, y PIDE a la Comisión que proporcione orientaciones que incluyan ejemplos sobre cómo aplicar estos objetivos en el marco de un procedimiento de contratación pública” (Consejo de la UE, 2020 p. 4).

En definitiva, nos encontramos con un claro posicionamiento de las instituciones de la UE en favor de un uso estratégico de la contratación. Aunado a ello, la puerta abierta al *dumping social* con la sentencia Rüffert se limita, a través de la sentencia RegioPost. Por último, el TJUE admite la introducción de etiquetas sociales y medioambientales como medios de acreditación del cumplimiento de un determinado criterio de adjudicación, siempre y cuando no se refieran a la política de responsabilidad corporativa de la empresa y realiza una precisión que marcará el destino de las cláusulas estratégicas que la exigencia de vinculación no implica que dichas cláusulas deban referirse a aspectos intrínsecos del bien o servicio a contratar; ni siquiera es preciso que los aspectos que se valoran formen parte materialmente de los mismos.

3.2.4. REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

En cuanto a las cláusulas relativas a la igualdad entre mujeres y hombres, las mismas han nacido enmarcadas en el ámbito de las consideraciones sociales. Por tanto, en la medida en que las consideraciones sociales se fueron introduciendo e impulsando, fueron creciendo las posibilidades que las cláusulas de género ofrecían.

En el marco histórico planteado en este trabajo, hay que señalar que, ya en 1996, en su libro verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* (COM (96) 583 final), la Comisión hacía referencia a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como uno de los objetivos de la política social a impulsar a través de la contratación (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996a, p. 43).

En la comunicación *La contratación pública en la Unión Europea* de 1998 (COM (98) 143), en referencia a los nexos entre la contratación pública y las políticas sociales, la Comisión señalaba expresamente que entre dichos objetivos se encuentra “la eliminación

de la desigualdad y la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las políticas y actividades de la Unión Europea, definiendo además la necesidad de combatir todo tipo de discriminación” (Comisión Europea, 1998, p. 28). Igualmente, indicaba que el incumplimiento de las normas en dicha materia podía ser motivo de exclusión de una licitadora.

En 2001, mediante su Comunicación interpretativa sobre cláusulas sociales en la contratación la Comisión aclara que con la expresión *aspectos sociales* se refiere a una amplia gama de cláusulas y ámbitos, entre los que se encuentra “el respeto de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad de trato y no discriminación (por ejemplo, entre hombres y mujeres)” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 28). En este sentido, se acepta expresamente como condición de ejecución la obligación de aplicar medidas destinadas a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 33).

Poco después, en la Directiva 2004/18/CE, se interpreta como posible motivo de exclusión el incumplimiento de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.⁵⁵ Por lo demás, no se hacen más menciones expresas a la materia, aunque tras la comunicación interpretativa de 2001, se entiende que allí donde es posible introducir consideraciones sociales, cabrán las referidas a la igualdad entre mujeres y hombres.

En la comunicación de la estrategia *Europa 2020* (COM (2010) 2020 final), la Comisión se preocupa por las bajas tasas de empleo femenino en Europa y en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado de la contratación pública más eficiente* (COM (2011) 15 final) se hace referencia a la importancia de la contratación como herramienta para lograr la igualdad e inclusión de los grupos desfavorecidos. Del mismo modo, se formulan cuestiones sobre los obstáculos que en ese momento impone la exigencia de vinculación con el objeto contractual a la introducción de consideraciones de igualdad de género en la contratación (Comisión Europea, 2011, p. 44).

⁵⁵ DOCE n° L 39, de 14/02/1976, pp. 40 a 42.

En el paquete de directivas de 2014 se menciona expresamente la posibilidad de introducir condiciones de ejecución del contrato que impongan medidas de fomento de “la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar” (considerando 98 Directiva 2014/24/UE, considerando 65 Directiva 2014/23/UE y considerando 103 Directiva 2014/25/UE). Igualmente, entre los convenios internacionales que se obliga a respetar en las licitaciones, se apunta el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) nº 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor⁵⁶ y el Convenio nº 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.⁵⁷

Sin embargo, en 2017, en el documento *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa* (COM (2017) 572 final), no se hace referencia expresa alguna a las cláusulas de igualdad de género.

La inclusión de la igualdad de género en la contratación pública es clara en las guías para considerar aspectos sociales en la contratación publicadas por Europa. Así, ya en la guía de 2011, pero también en la versión revisada de 2021, se enlistaban como posibles cláusulas en el marco de una contratación pública socialmente responsable las siguientes (Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, 2011, pp. 7-8 y Comisión Europea, 2021, pp. 6-7):

- La promoción del equilibrio de género a nivel sectorial, ocupacional, en referencia al fomento del equilibrio entre la vida laboral y familiar y relativa a la igualdad de trato en el puesto de trabajo.
- El fomento de la igualdad de género y no discriminación en el acceso al empleo tanto en la UE como en las cadenas de suministro mundiales.
- El respeto por los proveedores del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, incluidas la igual retribución por trabajo de igual valor y la promoción de la igualdad de género.
- La lucha contra la discriminación por, entre otros, motivos de género.

⁵⁶ BOE nº 291, de 04/12/1968, pp. 17349-17350, [https://www.boe.es/eli/es/ai/1951/06/29/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1951/06/29/(1)).

⁵⁷ BOE nº 291, de 04/12/1968, pp. 17351 a 17353, [https://www.boe.es/eli/es/ai/1958/06/25/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1958/06/25/(1)).

Finalmente, en marzo de 2022 el EIGE publica una guía o herramienta específica sobre las posibilidades que ofrece la contratación pública a la hora de introducir consideraciones de igualdad de género.⁵⁸ En la misma, se analizan los límites y opciones de las cláusulas de igualdad en cada momento del procedimiento de contratación desde su preparación hasta su ejecución, incluido el seguimiento y control del cumplimiento de las cláusulas. Igualmente, se ofrecen ejemplos de buenas prácticas y se desarrollan herramientas para el análisis y determinación de las medidas más apropiadas en cada contrato público.

⁵⁸ *Gender-responsive Public Procurement: Step-by-step toolkit*. Hasta el momento solo ha sido publicada en inglés.

4. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA DE GÉNERO Y LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD: FUNDAMENTO JURÍDICO Y DOCTRINAL

Como hemos señalado con anterioridad, planteamos la configuración de la contratación pública estratégica de género como la confluencia de dos teorías, perspectivas o visiones: la contratación pública estratégica y la perspectiva de género. Por tanto, para la construcción del concepto y caracteres de la CPEG, así como de las cláusulas de igualdad atenderemos a los fundamentos jurídicos y doctrinales de ambas teorías.

4.1. CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA (CPE)

De lo poco que hasta ahora hemos hablado de la CPE, podemos concluir que se caracteriza por ser una visión que instrumentaliza los contratos públicos en beneficio de objetivos de otras políticas. Por tanto, busca, en última instancia, utilizar de manera eficiente los recursos públicos para responder al interés general, que va más allá de la simple adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración.

A través del devenir histórico que hemos planteado, se produce, por tanto, un cambio sustancial en la comprensión de los contratos públicos. Partimos de un paradigma en el que la contratación pública es la herramienta de la que las autoridades disponen para proveerse de las obras, suministros y servicios que precisan para el desarrollo de la actividad administrativa.

Bajo esta visión, la CP se presenta como accesoria o no sustancial, pues no contiene una política pública en sí misma, sino que es el medio por el cual se logran los bienes y servicios necesarios para el desarrollo de esas políticas. Así, podemos plantearnos una política que tenga por objeto garantizar el acceso de toda la ciudadanía a los servicios de salud, para ello podríamos necesitar, por ejemplo, un contrato de obras para construir el centro, otro de suministros para obtener todo el mobiliario, vestimenta, material y productos necesarios para el funcionamiento correcto del servicio, e incluso un contrato de servicios para contratar al personal de limpieza, seguridad,...

En otras palabras, los contratos públicos carecen de entidad o sustantividad propia; “son un simple medio que se sometería a las leyes del mercado en la medida en que su principal objeto es tan sólo comprar, adquirir, obtener. Es decir, esta perspectiva asume que cuando contratamos no estamos haciendo política pública” (Méndez Núñez, 2024, p. 247).

El paradigma de la contratación estratégica, sin embargo, obliga a un cambio de punto de vista para el análisis de los contratos públicos. Éstos adquieren entidad, sustantividad, son una herramienta más de las políticas públicas, tanto como lo pueden ser las subvenciones, ayudas y otros mecanismos. De esta forma, los contratos ya no serán simplemente el trámite burocrático al que debe someterse quien define los planes y objetivos de las políticas públicas, sino que se convierten en una herramienta más para el logro tales programas y metas.

Es decir, y para seguir el ejemplo anterior, la Administración que debe contratar esas obras, suministros y servicios para el centro de salud tendrá en cuenta también que la gestión de residuos de las obras tiene un impacto medioambiental grave y que es interés de la Administración, y concuerda además con varios ODS, la protección del medioambiente; por ello, someterá la contratación de la obra al logro de esos objetivos de carácter ecológico, mediante la introducción de cláusulas que los salvaguarden: sistemas de gestión de residuos, materiales específicos de construcción, instalaciones y sistemas que permitan un uso de energía eficiente,...

En el mismo ejemplo, teniendo en cuenta que la garantía de los derechos humanos de las personas, la percepción de salarios dignos, el trabajo en condiciones justas y la igualdad entre mujeres y hombres son objetivos de la política pública, los contratos podrán tener en cuenta el método de producción de los muebles, los materiales, o incluso el uniforme del personal que prestará el servicio solicitando, entre otras, características propias de los sellos de comercio justo u otros certificados similares.

Vemos, por tanto, cómo el cambio de paradigma implica que el contrato en sí mismo se vuelve instrumento primordial de esas políticas públicas, su carácter va más allá de ser simple medio de compra o adquisición sin impacto alguno. El contrato público se instrumentaliza para el logro de objetivos de políticas públicas; y lo hace mediante la introducción de determinadas cláusulas estratégicas: las cláusulas medioambientales, sociales y de innovación.

4.1.1. FUNDAMENTO JURÍDICO

Definida así la CPE, y entendiendo, por tanto, que su finalidad principal es el logro de objetivos de interés general, el primer fundamento de la misma lo debemos buscar en el

art. 103 Constitución española (CE), en tanto el mismo obliga a la Administración Pública a servir “con objetividad los intereses generales” (art. 103 CE). Esta es la finalidad última de la Administración, servir al interés público, y, por tanto, al logro de este fin se debe supeditar cualquier actuación de la Administración, incluidos los contratos públicos. En este sentido, aquello que se compre no debe únicamente justificarse con miras a la satisfacción de ese interés general, sino que el propio contrato público tiene que servir como instrumento a dicha finalidad.

Por otra parte, no debemos olvidar que la CE de 1978 configura un Estado social y democrático de derecho que tiene su base, no sólo en los derechos fundamentales, sino también en los principios rectores de la política social y económica (Rodríguez-Arana Muñoz, 2013, p. 32). Entre ellos, la CE asegura: la protección de la familia (art. 39 CE); la formación y readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo y el descanso (art. 40 CE); la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de las personas trabajadoras (art. 42 CE); la promoción de “la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general” (art. 44.2 CE); el derecho al medioambiente, el deber de conservarlo y la obligación de los poderes públicos de utilizar racionalmente los recursos naturales “apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva” (art. 45 CE); la integración de las personas con discapacidad (art. 49 CE)...

Todos estos principios configuran un modelo de Estado al que se debe someter la actuación administrativa en todas su formas, de tal manera que se cree un “equilibrio entre sensibilidad social, libertad económica y rigor jurídico” (Rodríguez-Arana Muñoz, p. 32).

Por otro lado, la CPE tiene su fundamento en las distintas comunicaciones de la Comisión Europea que ya hemos analizado en el apartado anterior, por lo que nos centraremos, ahora, en la revisión de la actual regulación en las vigentes directivas de 2014 y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP)⁵⁹; no sin antes recordar el carácter transversal que en el TFUE se le otorga a las políticas de eliminación de la discriminación, la lucha contra la exclusión social y el fomento del desarrollo sostenible, así como en el art. 3 del TUE (Medina Arnáiz, 2011, pp. 60-61).

⁵⁹ BOE nº 272, de 09/11/2017, pp. 107714 a 108007, <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>.

El fundamento legal de la contratación pública estratégica se plasma con gran claridad en el paquete de directivas de 2014: la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (sectores clásicos) y la Directiva 2011/25/UE, sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (sectores especiales), que ya hemos mencionado.

De las tres se deduce un cambio de paradigma sobre la comprensión de la contratación pública en favor de su uso estratégico. En las directivas de 2004, podíamos apreciar ya, la referencia en sus considerandos al uso de cláusulas sociales y medioambientales en los criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato y, para el caso de las medioambientales, también como especificación técnica o criterio de solvencia técnica. En las de 2014, el posicionamiento de las instituciones europeas en favor de ambos tipos de cláusulas es claro y contundente.

Así, podemos comenzar por señalar que las mismas parten de la idea de que la contratación pública es una herramienta fundamental para el logro de la Estrategia *Europa 2020*, y, por tanto, supone un instrumento clave para el logro de un mercado que promueve un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Mediante la contratación, no sólo se pretende la adquisición de determinados bienes y servicios, sino que la misma debe poder permitir su utilización para apoyar objetivos sociales comunes. Esta actuación paralela, en dos vías, de la CP permitirá “un uso más eficiente de los fondos públicos” (considerando 2 Directiva 2014/24/UE y 4 Directiva 2014/25/UE).

En efecto, la introducción de cláusulas sociales y medioambientales se prevé en todos los momentos del procedimiento de contratación posibles.⁶⁰ Además, se establece una obligación general, reconvertida por el TJUE en principio de la contratación (STJUE, de 30 de enero de 2020, asunto C-395/18, *Tim SpA*, ECLI:EU:C:2020:58) que vincula todos los aspectos de la contratación, y que asegura que en el marco del procedimiento de licitación de un contrato público, así como durante su ejecución, se cumplan debidamente las obligaciones internacionales y nacionales en materia medioambiental y social. Se trata del principio recogido en el art. 18 Directiva 2014/24/UE:

⁶⁰ La única precisión ausente en las directivas es la relativa a la acreditación de la solvencia económica y financiera. Las directivas consideran que, en este caso, la documentación que acredita la solvencia (normalmente definida por referencia a volúmenes de negocio de las operadoras económicas) no permite consideración alguna más allá de las estrictamente económicas.

“Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X” (art. 18.2 Directiva 2014/24/UE).⁶¹

El incumplimiento de esta obligación de carácter principal podrá ser, como veremos, motivo de exclusión de la licitadora, así como de la oferta que haya incurrido en baja anormal.

En cualquier caso, las previsiones sobre cláusulas de carácter estratégico realizadas en las directivas permean todo el procedimiento de contratación a todos los niveles, lo cual es un claro indicativo de la relevancia que las normas dan a la CPE. Efectivamente, se admite la posibilidad de que las cláusulas estratégicas cumplan la función de:

- especificaciones técnicas con una previsión específica relativa al uso de etiquetas medioambientales o sociales (considerando 67 Directiva 2014/23/UE, arts. 42 y 43 Directiva 2014/24/UE, arts. 60 y 61 Directiva 2014/23/UE).
- motivos de exclusión por incumplimiento de obligaciones en materia medioambiental o social (art. 38.7 Directiva 2014/23/UE, art. 57.4 Directiva 2014/24/UE, art. 80 Directiva 2014/25/UE).
- medios de prueba de los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional de las licitadoras (arts. 58, 60, 62 y anexo XII Directiva 2014/24/UE, art. 80 Directiva 2014/25/UE).
- criterios de adjudicación del contrato, que se fundamentarán en la mejor relación coste-eficacia o mejor relación calidad-precio. (art. 41 y considerandos 63 a 65 Directiva 2014/23/UE⁶², arts. 67 y 68 Directiva 2014/24/UE, art. 82 Directiva 2014/25/UE).
- ofertas anormalmente bajas (art. 69 Directiva 2014/24/UE, art. 84 Directiva 2014/25/UE).

⁶¹ El párrafo se ha tomado literal del art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, en términos prácticamente iguales recogen dicha obligación los arts. 30.3 Directiva 2014/23/UE y 36.2 Directiva 2015/25/UE, haciendo referencia cada cual a su correspondiente anexo en el que se relacionan las mismas normas internacionales en todas las directivas.

⁶² La referencia a los criterios de adjudicación estratégicos en la directiva de concesiones es más genérica y no menciona criterios relativos a la relación calidad-precio.

- condiciones de ejecución del contrato (considerandos 63 a 65 Directiva 2014/23/UE, art. 70 Directiva 2014/24/UE, art. 87 Directiva 2014/25/UE).
- en caso de subcontratación y en cuanto a obligaciones de las subcontratistas de cumplir las normas internacionales (art. 42.1 Directiva 2014/23/UE, art. 71 Directiva 2014/24/UE).
- reserva de contratos (art. 24 Directiva 2014/23/UE, art. 20 Directiva 2014/24/UE, art. 38 Directiva 2014/25/UE)
- además, se prevé un régimen especial para aquellos contratos que tienen por objeto prestaciones de carácter social, educativas o de salud, el régimen simplificado (art. 19 Directiva 2014/23/UE, art. 74 Directiva 2014/24/UE, art. 91 Directiva 2014/25/UE)

En cuanto al fundamento jurídico nacional, tenemos que centrarnos en lo dispuesto en el LCSP. La misma, comienza su preámbulo reconociendo, como en la Directiva 2014/24/UE, la relevancia de la estrategia *Europa 2020* y la potencialidad de la contratación para lograr el crecimiento inteligente, sostenible e integrador que la misma propugna, así como la gestión más eficiente del gasto público.

Se señala en el apartado II de dicho preámbulo que uno de los objetivos que inspira la reforma es lograr una mejor relación calidad-precio en los bienes y servicios adquiridos por los órganos de contratación del SP. En concreto, se señala el interés de la cámara legislativa de que la norma permita un diseño de los criterios de adjudicación que posibilite “obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato” (ap. II, preámbulo LCSP).

Sin embargo, la introducción de cláusulas tales, no se reconoce de una manera puntual y aislada, la LCSP pretende establecer un sistema que logre un uso de la CP como instrumento para la implementación de políticas europeas y “nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia” (ap. III, preámbulo LCSP).

Sin duda, la norma reconoce la CPE, englobando, entre los objetivos que puede perseguir la misma, una lista amplia de finalidades. Pero el objetivo de reflejar el cambio de paradigma en materia de contratación pública se deduce aún más claramente de tenor literal del articulado de la LCSP en el que, en primer lugar, se establece un mandato transversal

de inclusión de criterios sociales y medioambientales en toda contratación pública, siempre que los mismos estén relacionados con el objeto del contrato. Las cámaras legislativas fundamentan este mandato en el hecho de que la inclusión de tales consideraciones “proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos” (art. 1.3 LCSP).⁶³

La doctrina ha reconocido este artículo como trascendental en la adopción de una nueva visión de la contratación pública que trascienda la perspectiva tradicional de la misma. Así, este artículo

“supone una clara *innovación* sobre la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES” (Gimeno Feliú, 2021, p.51).

En cualquier caso, dicho mandato se precisa en el articulado de la norma que posibilita la introducción de consideraciones estratégicas en prácticamente todos los momentos del procedimiento de contratación y fungiendo como casi cualquier tipo de cláusula, en sintonía con lo dispuesto en las directivas de 2014. Así, y sin entrar en detalles que desarrollaremos más tarde, la LCSP admite la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en:

- el objeto del contrato (art. 99 LCSP).
- el pliego de prescripciones técnicas particulares (arts. 125-128 LCSP).
- las causas de prohibición de contratar con el Sector Público (art. 71 LCSP).
- las formas de acreditación de la solvencia técnica (arts. 88-94 LCSP).
- los criterios de adjudicación (arts. 145 y 148 LCSP).
- los motivos que pueden suponer la incursión en baja anormal o desproporcionada (art. 149 LCSP).
- los criterios de desempate (art. 147 LCSP).

⁶³ Señala Gallego Córcoles (2017a, p. 97) que esta disposición no formaba parte del proyecto de Ley. Sin embargo, fue aprobada por unanimidad en ponencia del Congreso de los Diputados a propuesta de la enmienda 1041 del GP Vasco que la justificaba en términos de dejar clara, y evitar interpretaciones contrarias, la importancia y carácter de principio rector de la contratación de los objetivos estratégicos, en el entendido de que los mismos garantizan una mejor oferta “incluso desde el punto de vista económico” (GP Vasco, enmienda 1041, mencionada en Gallego Córcoles, 2017a, p. 97)

- las condiciones especiales de ejecución, cuya obligatoriedad establece (art. 202 LCSP).
- las condiciones de la subcontratación (arts. 215-217 LCSP).
- la reserva de contratos (arts. 99.4, D.A. 4ª, D.A. 48ª y anexo VI LCSP)
- la adjudicación de contratos que tengan por objeto servicios sociales, de salud, educativos y otros servicios específicos (arts. 22.1 c), 131.2, 134.6, 135.5, 145.5, , D.A. 36ª, D.A. 47ª y anexo IV LCSP)

Para acabar es preciso señalar que la LCSP, en línea con las directivas de 2014, establece la obligación de los órganos de contratación de tomar las medidas oportunas para que durante la ejecución de los contratos se cumplan los mandatos aplicables en materia medioambiental, social o laboral impuestos por el derecho de la UE, el nacional, los convenios colectivos o los tratados de derecho internacional vinculantes para el Estado. En concreto, se enlistan varios convenios de obligado cumplimiento en el anexo V LCSP (art. 201 LCSP).

4.1.2. FUNDAMENTO DOCTRINAL

Como hemos señalado, la manera de entender la contratación pública ha ido evolucionando a lo largo de los años hasta llegar a la actual comprensión en el marco del paradigma de la contratación pública estratégica. Este salto ha supuesto una serie de cambios que retrata muy acertadamente Gimeno Feliú en el título de su monografía de 2014 *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Esta última imagen que nos deja el autor, el paso desde un procedimiento burocrático a una herramienta que sirve a una estrategia de la política pública, resulta clave para entender el nuevo papel de la contratación pública y las posibilidades que en el marco de la misma se ofrecen a la Administración. Bajo esta perspectiva, los contratos públicos dejan de ser un instrumento cuya única finalidad es que el Sector Público pueda abastecerse de los bienes y servicios que posteriormente utilizará para el desarrollo de sus políticas públicas;

“sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos

públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras” (Gimeno Feliú, 2014, pp. 39-40).

En el mismo sentido se pronuncia Medina Arnáiz (2011, p. 44), quien señala que, si en un principio el objetivo de un contrato era la simple satisfacción de una necesidad concreta que se materializa en la prestación contratada, con el paso del tiempo la normativa en la materia ha reconocido la posibilidad de que la contratación se instrumentalice en aras de conseguir otras finalidades.

Bajo este signo, la contratación pública pasa de entenderse desde una perspectiva estrictamente económica a considerar otros fines relacionados con el interés general. Es decir, el procedimiento de licitación de un contrato transita desde la búsqueda de la oferta más ventajosa para la Administración en términos monetarios hacia integrar otras consideraciones concordantes con los fines públicos del sector. Para ello, los contratos se instrumentalizan, entendiendo por tal la “utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar determinados comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato” (Medina Arnáiz, 2011, p. 45).⁶⁴

Además de influir en los comportamientos empresariales, promoviendo la adopción de medidas provechosas al interés general, la contratación estratégica permite garantizar que la Administración contrata con quien cumple la legalidad; porque al poder adjudicador, no puede resultarle indiferente la conducta de la empresa contratista –bien en los procesos de producción, transporte y suministro, bien en la compra de materiales, bien como empleadora– es por ello que las cláusulas estratégicas posibilitan supervisar el ajuste del comportamiento empresarial a la normatividad vigente (Ortiz Vidal, 2017, p. 37).

En definitiva, la visión estratégica de la contratación implica reconocer que las adquisiciones públicas “deben ir más allá de la satisfacción funcional de las necesidades a cubrir por el órgano de contratación” (Medina Arnáiz, 2017, p. 76). En efecto, Valcárcel Fernández (2013, p. 330) subrayaba ya en 2013 que nada obstaba para que mediante la contratación se compatibilizara la consecución de distintas finalidades; es decir, simultáneamente a la obtención de bienes y servicios se pueden promover objetivos de

⁶⁴ Estas otras finalidades se denominan por la autora objetivos secundarios, si bien hace referencia a otras designaciones utilizadas en el ámbito doctrinal a principios del siglo XXI: objetivos indirectos, políticas horizontales u objetivos exógenos (Medina Arnáiz, 2011, p. 46).

igualdad entre mujeres y hombres. En la actualidad, no se trata únicamente de una ausencia de obstáculos, sino de que las normas obligan a la consideración de cláusulas estratégicas en la contratación.

La contratación del Sector Público “es una política que, más allá de que al contratista resulte rentable la realización de la obra o servicios en cada caso, debe contribuir de forma directa y permanente a la mejora de las condiciones de vida de las personas” (Rodríguez-Arana Muñoz, 2013, p. 44). Es decir, con pleno respeto a la juridicidad, la contratación tiene características que permiten su instrumentalización para el desarrollo humano y el logro de exigencias de justicia social (Rodríguez-Arana Muñoz, pp. 35 y 40). Cuestión ésta que se enmarca de manera consonante con dos previsiones constitucionales: por un lado, la definición de nuestro Estado como social y democrático de derecho; por el otro, el permanente sometimiento del derecho administrativo al interés general (Rodríguez-Arana Muñoz, 2013, pp. 33 y 41).

Pero, tomar como base ese interés general produce también un efecto de integración del actuar administrativo. Frente a una concepción compartimentada de las actuaciones administrativas, se recontextualizan las mismas bajo el paraguas unificador de su finalidad última y única: el interés general;⁶⁵ y, para su logro, la Administración debe poder hacer uso de todos los recursos de los que dispone (Burzaco Samper, 2016, p. 306). Desde este punto de vista, la introducción de consideraciones sociales y medioambientales en la contratación no acepta discusión porque “desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de justicia social” (Gimeno Feliú, 2019, epílogo reflexivo)⁶⁶.

En este mismo sentido, debemos entender que, si la finalidad de la Administración es ese interés general, la contratación, tiene, por definición, un carácter instrumental. Es decir, la Administración no compra bienes y servicios porque sí, sino para poder desarrollar las políticas públicas; por tanto, el producto o servicio a contratar no es un fin en sí mismo, sino que lo es el motivo de su compra, para qué se utilizará; uso que indefectiblemente

⁶⁵ Interés general que, conforme al Abogado General, Jean Mischo, debe poder inspirar a las autoridades públicas cuando celebran un contrato (Asunto C-513/99 conclusiones del Abogado General, 2001, ap. 93).

⁶⁶ También al objeto de lograr esa *buena Administración* o *buen gobierno*, se justifica el uso instrumental de la contratación en el marco de la teoría del *nudge*, que se define como “teoría encaminada a procurar que la “nueva Administración” utilice todas las herramientas a su disposición, entre las que se incluye la contratación pública, para perseguir genéricamente el “buen gobierno”-también conocido con el término genérico de gobernanza- alcanzando con ello una serie de resultados y tendencias entre las que, por supuesto, se incluyen las cuestiones ambientales y sociales” (Domínguez Álvarez, 2020, ap. II, citando a Terrón).

tendrá una relación con el interés general. No es posible, en consecuencia, disociar y aislar la contratación pública de las políticas públicas en las que se inserta, ni negarle su cualidad instrumental. Y, como instrumento que es, debe poder ser utilizado de diversas maneras en aras de ese interés general.

Reitera esta idea Herce Maza (2023, p. 81) quien señala que poner en el centro del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona proyecta una visión sobre el derecho administrativo que no puede separarse del fomento de los derechos fundamentales. Esta centralidad de los derechos constitucionales obliga a recalcular la manera en que funciona, en su día a día, la Administración, y a utilizar todas las herramientas de las que dispone para materializar estos derechos en cada una de sus actuaciones. Es más, la propia naturaleza de los contratos administrativos, en contraposición a aquellos de carácter privado, descansa sobre la base de un interés general que justifica la especial posición y prerrogativas que la Administración tiene⁶⁷; es decir, el elemento teleológico de todo el actuar administrativo (también, como no, de los contratos administrativos) no es otro que la consecución del interés general.

Por otra parte, en el marco de la contratación estratégica, se ensanchan las consideraciones relativas a la calidad en la prestación de servicios, señalando la doctrina que “el principio de eficiencia, inherente a la contratación pública, no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse por el adecuado estándar de calidad” (Gimeno Feliú, 2021, p. 13); se torna clave abundar en el concepto de calidad (Gimeno Feliú, 2022, p. 3).

En efecto, la correcta utilización del contrato público supone ponerlo al servicio de la Europa social (Gimeno Feliú, 2021, p. 13). Así, la contratación pública debe entenderse como “una técnica que permit[e] conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos” (Gimeno Feliú, 2014, p. 39).

Bajo esta comprensión, el precio es un elemento esencial del contrato, a tal punto que el mismo puede ser sustituido por el concepto de rentabilidad, en la medida en que “la calidad

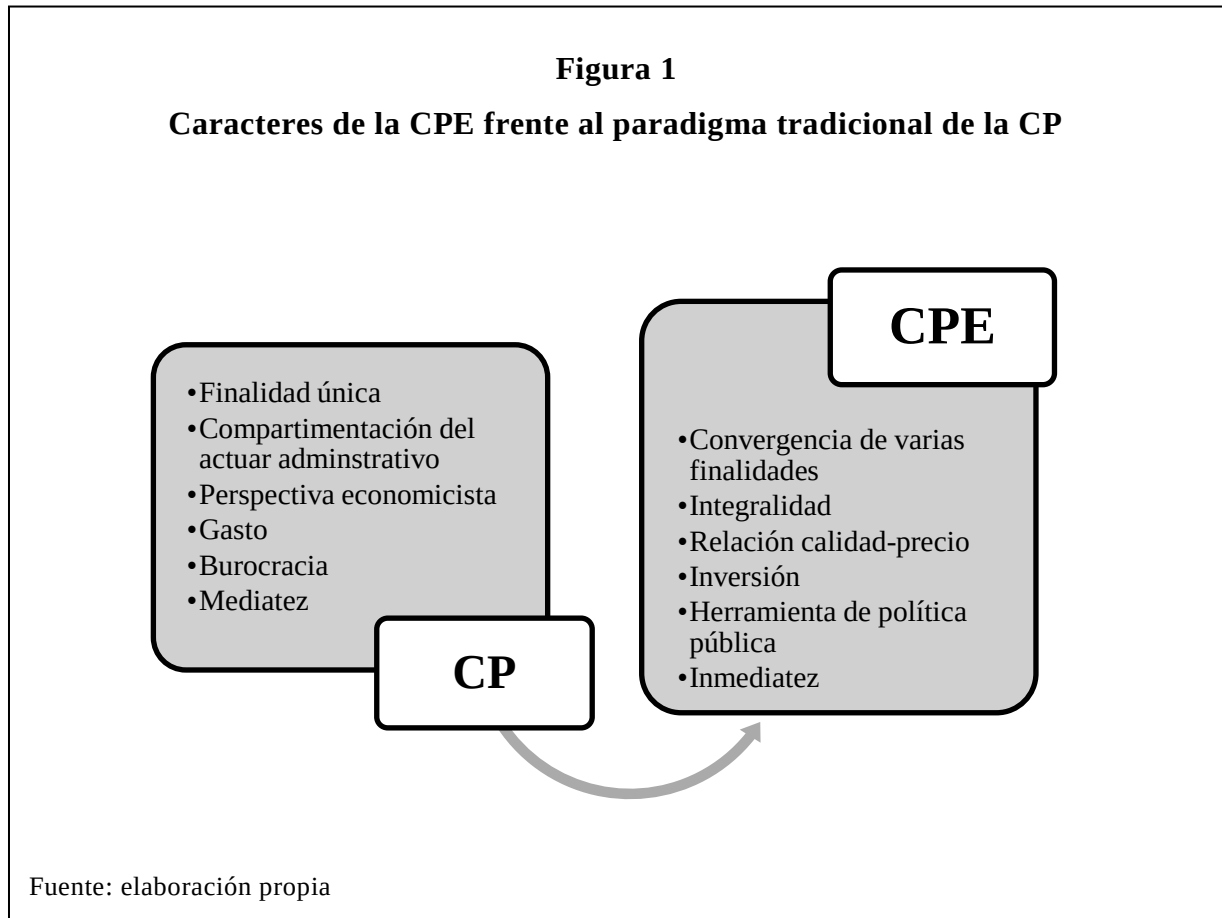
⁶⁷ Así, Rodríguez-Arana Muñoz (2013, p. 31) subraya la especial posición jurídica que tiene la Administración en la relación contractual. La misma le otorga una serie de poderes que sólo es posible justificar atendiendo al interés general que fundamenta el actuar administrativo.

de la prestación es la causa del negocio jurídico y el precio un instrumento para conseguir tal finalidad” (Gimeno Feliú, 2021, p. 56). Y así es, en efecto, que el objeto de los contratos públicos no es otro que el de “ofrecer los mejores bienes y servicios públicos posibles a los ciudadanos” (Rodríguez-Arana Muñoz, 2013, p. 31).

La evolución de la contratación es testigo de la transición de unas adquisiciones públicas que ponían el acento en la *oferta económicamente más ventajosa* a una compra pública de bienes y servicios que ofrecen *best value for money*, *value for money* o *mejor relación calidad-precio*.

En este marco se entiende que las consideraciones ambientales, sociales y de igualdad aportan valor a los productos y servicios que la Administración quiere adquirir, valor que va más allá de los puros términos económicos. Se trata de un valor añadido de carácter social (Valcárcel Fernández, 2013, p. 331). Así, en la conceptualización del *value for money* se ha ido introduciendo en los últimos años una referencia a la equidad de todos los grupos sociales, consideración que traspasa las tradicionales “E” que integraban este concepto –economía, eficiencia y eficacia– (Jackson, 2012, p. 1 y Mamiro, s.f., pp. 4-5). En efecto, la integración de objetivos sociales en los contratos públicos, añade valor social a esos productos y bienes contratados. En este sentido, recuerda la Comisión que a los poderes adjudicadores no sólo les interesa comprar al menor precio sino garantizar que la contratación genere beneficios sociales o evite o mitigue consecuencias sociales adversas (Comisión Europea, 2021, p. 4).

Por último, hay que considerar la especial cualidad de la Administración como contratante, condición que deriva de que su fin sea el interés general. En este sentido, ésta no puede guiarse por objetivos meramente economicistas, porque no es el beneficio económico la máxima a la que se somete. Las normas establecen requisitos más estrictos para poder contratar con el Sector Público, entre otras razones porque se exige un mayor nivel de probidad a quien quiera hacerlo. Es coherente, por tanto, que la Administración exija a quien con ella quiera contratar unos determinados comportamientos que demuestren un mayor grado de compromiso con la justicia social.



De las anteriores apreciaciones doctrinales podemos concluir que el cambio de paradigma producido en el mundo de la contratación le atribuye seis caracteres a la CPE (**figura 1**):

- La única finalidad perseguida por la contratación pública (CP) hace años (la adquisición de bienes y servicios) se diversifica, de tal forma que el contrato satisface, además, finalidades complementarias, secundarias o transversales (Medina Arnáis, 2011, p. 46) relativas al logro de objetivos ecológicos, sociales y de innovación.
- El actuar administrativo se entiende de manera integral, se *descompartimenta*. La contratación se presenta como herramienta instrumental al servicio de una Administración cuyo fin y fundamento no es otro que el interés general y que, por tanto, se justifica en la medida en que contribuye a ese mismo fin. El interés general lleva a exigir en los contratos públicos determinados requisitos relacionados con el logro de objetivos medioambientales, sociales o de investigación, en tanto la

materialización de los mismos es causa y objetivo del actuar administrativo del que no puede desligarse como materia autónoma la contratación pública. La contratación pública estratégica se enmarca en una perspectiva integral, no compartimentada del actuar administrativo.

- Se deja de comprender la contratación desde una perspectiva meramente economicista como gasto que debe ser ejecutado al menor coste para la Administración; el concepto de calidad toma peso en la definición de las necesidades de la Administración.
- La contratación pública pasa de entenderse como gasto a comprenderse como inversión (Gimeno Feliú, 2019, ap. presentación, 2021, p. 18 y 2022, p. 3). Una inversión relacionada con la adecuada gestión de los recursos públicos por parte de las instituciones, en la medida en que se calcula que la contratación con base en las directivas europeas aporta anualmente 2.880 millones de euros, generando más del 16% del PIB de la UE (Ratcliff et al., 2021, ap. objetivos).⁶⁸ Por otra parte, en España, los contratos públicos representan entre el 10 y el 20% del PIB nacional (CNMC, 2020, p. 3). Ese porcentaje del PIB se pone al servicio del logro del interés general entendido como aquel que resulta de la materialización de objetivos sociales, medioambientales o de investigación.
- Los contratos públicos no se consideran una mera burocracia administrativa, un trámite procedimental que es necesario seguir o transitar para poder desarrollar las políticas públicas, y adquieren carácter estratégico como instrumento de política pública en una visión alejada de la estricta función administrativa y de la perspectiva hacendística (Gimeno Feliú, 2022, p. 3).
- Entendida de esta manera, la contratación pública pierde su carácter de mediatez; en tanto, ya no es más la vía para el logro de los bienes que serán necesarios para el desarrollo de las políticas públicas; es decir, la herramienta de la herramienta de política pública. Si no que, a través del fomento de objetivos estratégicos, se convierte en herramienta inmediata que promueve la materialización de las políticas sociales, ambientales o de investigación. Los contratos públicos adquieren “sustantividad, cuerpo y peso en el actuar administrativo como otra herramienta más

⁶⁸ En 2017, la Comisión Europea estimaba que el gasto de los organismos públicos en contratación alcanzaba el 14% del Producto Interno Bruto (PIB) de la UE, el 19% si se incluía el gasto de las empresas de servicios públicos (https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.pdf). En 2021, la Comisión Europea volvió a estimar que la demanda pública gasta el 14% PIB de la UE (Comisión Europea, 2021, p. 4).

de la que la Administración dispone para el desarrollo de sus políticas públicas” (Méndez Núñez, 2024, p. 245).

Sin embargo, a pesar de los argumentos esgrimidos en favor de un uso estratégico de la contratación, todavía hay voces discordantes en la materia que ponen en tela de juicio, tanto el valor de la misma como su fundamento normativo.⁶⁹ Se achaca a la CPE, que las cláusulas estratégicas puedan ser un obstáculo a la libre competencia, se niega la cualidad de herramienta de política pública de la contratación, relegándola a actuaciones accesorias de ejecución del gasto y se cuestiona la adecuación de usar los contratos como medio para moldear los comportamientos de las operadoras económicas.

Frente a estas críticas debemos argumentar lo siguiente:

- Como ya hemos dicho la CPE tiene como base, además de un claro fundamento jurídico, el interés general al que la CE consagra el actuar administrativo.⁷⁰
- Por otra parte, “[e]n la contratación pública late una indudable tensión entre el servicio al interés público y el principio de libre competencia” (Gallego Córcoles, 2017a, p. 92). Tensión que, a nuestro juicio, ha tenido su reflejo en la evolución histórica mediante la cual se ha introducido la visión estratégica de la contratación pública y que en la actualidad se trasluce en las diversas interpretaciones que realizan los tribunales y órganos de recursos contractuales sobre las posibilidades y límites de la introducción de dichas cláusulas en los contratos públicos. Sin embargo, la doctrina ha dejado claro que las consideraciones sociales o ambientales no pretenden ser un límite a la competencia sino que permiten “dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE” (Gimeno Feliú, 2022, p. 3). Con todo, ambas cuestiones no tienen por qué ser incompatibles.
- En cuanto al paradigma que propugna que, cuando se contrata, no se está haciendo política pública es difícil de sostener en un mercado en el que quienes consumen son cada vez más conscientes del poder de la demanda y del impacto en la oferta que producen sus decisiones de compra. Quien compra verde fomenta, al hacerlo, la producción de bienes y servicios de esas cualidades. Quien no lo hace, promueve

⁶⁹ Por ejemplo, un cuestionamiento en la materia se puede deducir de las reflexiones de Serrano Chamizo sobre la CPE (Serrano Chamizo, 2018, p. 2). Igualmente, hace referencia a estas posturas escépticas Medina Arnáiz (2012, p. 215 y 2009, p. 3).

⁷⁰ No ahondaremos en este aspecto puesto que ya lo hemos desarrollado más arriba.

productos y prestaciones que tienen un impacto ambiental agudo. Quien compra de manera socialmente responsable promueve mercados sensibles a consideraciones sociales. Quien obvia esas consideraciones, fomenta el mantenimiento de una oferta de bienes y servicios ineficiente desde el punto de vista social.

No existe un término medio, una vía que se mantenga neutra y no impacte en el mercado influenciándolo en uno u otro sentido. Obviar consideraciones ecológicas, sociales, de igualdad de género, de accesibilidad universal, que son objetivos de las políticas públicas, promueve mercados en los que los bienes y servicios se producen en condiciones y con características que se alejan de las mismas, fomentando el desarrollo y la comercialización de mercancías insostenibles para el planeta y para nuestra sociedad.

No hay posibilidad de realizar una contratación que se abstenga de afectar los comportamientos empresariales en un sentido u otro. La Administración cuando contrata interviene en el mercado influenciándolo. No es posible actuar como demandante de bienes y servicios sin que esa demanda tenga un impacto en la configuración de los mismos.⁷¹ Por tanto, lo que debe plantearse el Sector Público no es si quiere tener efecto sobre el sector privado, sino qué efecto quiere tener. Este argumento, íntimamente relacionado con la premisa sobre la ausencia de neutralidad de género de la actuación de los poderes públicos, lo retomaremos más adelante.

- Por otra parte, Medina Arnáiz (2011, p. 67) nos recuerda que la Comisión, en el marco de las consideraciones medioambientales, ya en 2006 subrayaba el papel ejemplarizante que deben asumir las entidades del Sector Público en materia de concienciación sobre la necesidad de adquirir bienes y servicios que cumplan determinadas características medioambientales. Cuestión que es claramente extensible al ámbito de las consideraciones sociales y de igualdad.
- Pero más allá de dar ejemplo, una actuación en términos distintos resultaría incoherente, en la medida en que se promovería la adopción voluntaria por parte de las empresas de una determinada política de responsabilidad social, mientras la Administración no actúa de igual modo (Medina Arnáiz, 2011, p. 79 y 2013 pp. 252-253). Coherencia que debe buscarse igualmente en el orden político entre las medidas

⁷¹ Como ejemplo de lo que venimos diciendo: comprar papel reciclado impulsa políticas de consumo respetuosas con el medioambiente; no indicar que ese papel debe ser reciclado, impacta inevitablemente (se quiera o no) en el mercado del papel invirtiendo recursos públicos en una demanda que pone en tela de juicio las políticas medioambientales.

adoptadas en Europa y los Estados miembros en el marco de las políticas sociales, de igualdad y medioambientales y las consideraciones a este respecto que se integran en los contratos del Sector Público, en tanto, estos últimos definen “el comportamiento de las entidades públicas como consumidores responsables” (Medina Arnáiz, 2020, p. 84). Cabría preguntarse ¿qué sentido tiene promover un determinado modelo social (en este caso promover un modelo de igualdad) mediante una vía (subvenciones, ayudas, etc.), si mediante la contratación se invierten recursos en otro totalmente distinto?

4.1.3. OPORTUNIDADES Y BENEFICIOS

Una vez revisados los fundamentos de la CPE podemos concluir al menos tres bondades de este nuevo paradigma de la contratación:

A. Potencialidad de la Contratación Pública

La contratación pública es una herramienta no sólo necesaria, sino transcendental para fomentar la materialización de objetivos de la política pública. Así, no atender a consideraciones de política social y medioambiental a la hora de seleccionar a la contratista supone menospreciar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance (Gimeno Feliú, 2014, p. 41). Por el contrario, establecer estas cuestiones en la selección de la contratista sería acorde con el objetivo que impone el principio de igualdad de poder comparar ofertas de características similares, (Gimeno Feliú, 2014, p. 55) en tanto se podrá exigir determinada calidad empresarial por referencia al cumplimiento “de ciertos estándares sociales y ambientales” (Gimeno Feliú, 2014, p. 55) a todas aquellas empresas que deseen realizar ofertas en un determinado procedimiento.

Por otra parte, no debemos olvidar el nada despreciable monto de recursos públicos que mueve la contratación, lo que la convierte en un instrumento con un gran potencial para tener un impacto real sobre los comportamientos del sector privado. Ya hemos señalado que la compra pública moviliza una gran cantidad de recursos, lo que la convierte en “un potente instrumento para la realización de otros cometidos públicos” (Medina Arnáiz, 2011, p. 45) como las políticas sociales, medioambientales o de innovación.

A contrario sensu, debemos concluir que desligar la contratación pública de estos objetivos supondría desaprovechar los valiosos recursos públicos, perder oportunidades y medios (que la Administración no puede desperdiciar ni menospreciar) para llevar a término las políticas sociales, medioambientales o de igualdad.

B. Eficacia de la actuación administrativa

Como consecuencia de la anterior, hay que señalar que la contratación pública es útil para orientar la actividad económica hacia fines sociales “de modo tanto o más eficaz que otros instrumentos jurídico-públicos” (Burzaco Samper, 2016, p. 306). No sólo útil, sino crucial, porque existiendo en la actualidad grandes retos en la ejecución de políticas públicas medioambientales y sociales y reconociendo que el sector privado tiene una función transcendental en su implementación, debemos concluir que “las decisiones de las autoridades públicas sobre cómo contratan con ellos pueden ser igual de importantes que las decisiones sobre regulación y tributación”⁷² (Semple, 2015, p. 3).

En efecto, frente al escepticismo que temía que la introducción de cláusulas estratégicas diluyera los principios de competencia y transparencia. Se puede decir que esto no ha sucedido así (Handler, 2015, p. 23). Además, la CPE es una herramienta eficaz para el logro de una mejor actuación administrativa.

C. Eficiencia en el uso de los recursos públicos

Según Gimeno Feliú (2014, pp. 16-18), la finalidad estratégica de la contratación se fundamenta en tres principios eficiencia, transparencia e integridad. En cuanto al principio de eficiencia, que encuentra arraigo constitucional en el art. 31.2 CE y fundamento en el considerando segundo de la Directiva 2014/24/UE, supone revisar el actuar público en términos de rentabilidad. Rentabilidad que ha de entenderse en estrecha relación con el cumplimiento de fines sociales, medioambientales o de innovación en tanto la consideración de los mismos permite la adecuada comprensión sobre cómo deben canalizarse los fondos públicos. Es decir, la eficiencia se valora también en términos de los beneficios sociales concretos que aporta el contrato (Herce Maza, 2023, p. 93)

⁷² La traducción es nuestra.

Además, la concurrencia en un único instrumento de intervención de varios fines redundaría en el principio de eficiencia en el uso de recursos públicos. En efecto, determinados unos objetivos, la Administración debe aprovechar cada una de sus actuaciones, de tal manera que se creen sinergias y ahorros en el uso de los limitados fondos públicos. Porque ¿cómo puede justificar la Administración el aumento de costes a largo plazo que puede suponer no utilizar todos los medios de los que dispone para el logro de sus objetivos?

La lógica nos dice que no instrumentalizar la contratación conduciría a un indudable alargamiento de los plazos en los que la Administración podrá lograr sus objetivos de interés general, con el consecuente malgasto de recursos públicos y la generación de ineficiencias. Es más, la introducción de consideraciones estratégicas en la contratación supone, en muchos casos, un retorno directo de beneficios para el poder adjudicador, en términos de ahorro de costos (Semple, 2015, p. 3). En esta línea, “un ejercicio de sentido común nos debería llevar a la conclusión de que sería más coherente utilizar los fondos públicos contratando con aquellas empresas que no sólo evitan perjuicios, sino que cooperan en la cohesión social y la sostenibilidad ambiental” (Lesmes Zabalegui, 2011, 3er párrafo).

Por otra parte, las limitaciones presupuestarias en el Sector Público y los efectos de la crisis en la disponibilidad de recursos han puesto en el centro del debate “la eficacia del sistema público de pedidos” (Gimeno Feliú, 2021, p. 19) y la racionalización de las estructuras administrativas (Rodríguez-Arana Muñoz, 2013, p. 32). En este sentido, la visión estratégica de la contratación permite aunar en un mismo instrumento diversos objetivos aprovechando “sinergias para impulsar la sostenibilidad en distintas dimensiones (económica, social, medioambiental y de gobernanza)” (Medina Arnáiz, 2020, p. 81).

En otro orden de beneficios, y delimitando el análisis a la contratación pública socialmente responsable (CPSR) la Comisión Europea señala los siguientes beneficios de la misma (Comisión Europea, 2021, pp. 10 y 11):

- detectar el incumplimiento de normas: la CPSR, permite, como hemos dicho, evaluar la adecuación a la legalidad del actuar de las operadoras económicas, cuestión que refuerza Semple (2015, p. 3) quien subraya que introducir consideraciones sociales y

medioambientales ofrece la posibilidad de realizar un escrutinio de las políticas públicas.

- fomentar mercados con conciencia social, en los que se alienta la producción de bienes y servicios más sostenibles socialmente y la creación de empresas que, más allá de los beneficios económicos, pretenden tener un impacto social positivo en su comunidad;
- promover una gobernanza socialmente responsable que responde a la creciente demanda pública de que los gobiernos actúen de forma socialmente responsable, atendiendo a los valores y las necesidades de la sociedad;
- apoyar la integración y la inclusión de colectivos en situación o riesgo de exclusión;
- garantizar un gasto público efectivo a través de una contratación pública estratégica que ofrece “oportunidades para emplear los presupuestos previstos con el fin de contribuir de manera positiva e innovadora a los retos sociales” (Comisión Europea, 2021, p. 11).

Son claras, por tanto, las bondades de la CPE y de la introducción de cláusulas estratégicas en los contratos del Sector Público. Los beneficios que puede reportar a las instituciones y a la ciudadanía son muchos. Sin embargo, los poderes adjudicadores no han logrado desarrollar todo el potencial de la CPE (Medina Arnáiz, 2012, p. 227).

En el marco planteado, el liderazgo institucional público se torna clave para transformar el paradigma de la contratación de tal manera que la misma mejore la productividad del modelo económico y sirva de política impulsora de una mejor garantía de los derechos sociales (Gimeno Feliú, 2022, pp. 3-4). Más aún, en el actual contexto que nos ha dejado la pandemia del COVID-19 es crucial que los fondos europeos que tienen por objeto la recuperación y la resiliencia, y que se ejecutan a través de la contratación, se alineen con el concepto de desarrollo sostenible e inclusivo y respondan a modelos basados en la garantía de los derechos sociales (Gimeno Feliú, 2022, p. 4).

En efecto, la propia Comisión Europea (2021, p. 5) considera que las cláusulas sociales pueden contribuir a contrarrestar las consecuencias negativas de la COVID-19 con los limitados fondos públicos; por lo que recomienda a las autoridades hacer uso de todos los medios de los que dispongan para compensar los efectos socioeconómicos negativos de la pandemia. Para ello, es indispensable “alejarse de la una lógica basada en la búsqueda del precio más bajo e introducir consideraciones relacionadas con la integración social, la

igualdad, el empleo justo e inclusivo y los suministros éticos” (Comisión Europea, 2021, p. 5).

4.2. TEORÍA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO (PEG)

No sólo la CPE, sino también la teoría de género es fundamento de las cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres. En concreto, en el marco de este último desarrollo doctrinal y normativo, la propuesta de introducir dichas consideraciones en los contratos públicos se ha ido construyendo a partir de la estrategia del *mainstreaming* de género o de la dimensión transversal de la PEG (EIGE et al., 2022, p. 7). Entre otras consideraciones, dicha estrategia pretende dotar de un análisis de género previo a toda actuación pública, de tal manera que con la actuación subsiguiente se puedan eliminar o mitigar aquellos posibles impactos que agraven o perpetúen las desigualdades entre mujeres y hombres.

Pero este carácter transversal no es una invención sin fundamento del desarrollo teórico de género, sino que deriva de las cualidades del principio de igualdad protegido en todas las constituciones modernas y pilar de la PEG. La transversalidad es la herramienta que se propone para implementar una adecuada perspectiva de género al objeto de asegurar una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. Así, la visión de género ha permeado los distintos espacios y herramientas con las que trabaja la Administración.

Desde este punto de vista, la introducción de la perspectiva de género en la contratación pública deviene instrumento ineludible. En efecto, la introducción transversal de la perspectiva de género en las distintas áreas sustantivas de la Administración que partió de su reconocimiento internacional en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995), desembocó a principios de este siglo en una preocupación por la integración del género en los presupuestos públicos, gestándose lo que se ha denominado como *presupuestos sensibles al género*.

Como parte de estos últimos, y entendiendo la contratación como instrumento del gasto público, la estrategia del *mainstreaming*, más avanzado nuestro siglo, comienza a realizar propuestas para integrar el género en la contratación en lo que se ha denominado *gender-responsive public procurement*, *gender-sensitive public procurement* o, en su traducción al español, *contratación pública sensible al género*. Por tanto, si bajo el paraguas de la CPE, las cláusulas de igualdad se enmarcan entre las cláusulas sociales; en el marco de la

teoría de género, las mismas son consecuencia necesaria de la introducción transversal del género en los presupuestos públicos.

En todo caso, antes de pasar a profundizar en el concepto de lo que proponemos llamar contratación pública estratégica de género, desgranaremos los fundamentos jurídicos y doctrinales que soportan esta segunda perspectiva: la del principio de igualdad y el *mainstreaming* de género.

4.2.1. FUNDAMENTO JURÍDICO

El principio de igualdad es fundamental en los ordenamientos jurídicos modernos y un pilar de los derechos humanos. En concreto, su traducción en materia de igualdad entre mujeres y hombres ha sido reconocida y desarrollada en todos los niveles y esferas de la vida.

En el ámbito internacional, el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su carácter transversal se ha trasladado a numerosas disposiciones (tratados, resoluciones, recomendaciones, informes, declaraciones, etc.). En cualquier caso, el reconocimiento de este principio como derecho humano vino de la mano de la proclamación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres⁷³ (CEDAW, por sus siglas en inglés) en 1979. En la misma los Estados se obligan a eliminar cualquier tipo de discriminación contra las mujeres mencionándose específicamente aquellas que surgen en la vida política y pública (arts. 7 a 9), en los ámbitos de la educación (art. 10), el empleo (art. 11) y la salud (art. 12); en la vida económica y social (art. 13) y en el ámbito rural (art. 14). Igualmente, se reconoce la igualdad entre la mujer y el hombre ante la ley (art. 15) y le garantiza a la primera sus derechos civiles (arts. 15 y 16).

En el mismo sistema universal de protección de derechos humanos (sistema de las Naciones Unidas) el carácter transversal de la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) se reconoció expresamente por primera vez en la Plataforma de Acción de Beijing proclamada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas que tuvo lugar en 1995 (Lombardo, 2003, p. 7). En dicho documento se pide a las

⁷³ La CEDAW fue adoptada y abierta a la firma mediante Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979. La misma entró en vigor a nivel internacional el 3 de septiembre de 1981. El instrumento de ratificación de dicha Convención se publicó en el BOE nº 69, de 21/03/1984, pp. 7715 a 7720, [https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/12/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1979/12/18/(1)).

autoridades que integren la perspectiva de género en las políticas desarrolladas en las distintas esferas de la vida⁷⁴ y se reconoce la necesidad de que tanto los gobiernos, como otros agentes sociales adopten “una política activa y visible de integración de una perspectiva de género en todas las políticas y programas, a fin de que se analicen, antes de adoptar decisiones, sus posibles efectos en las mujeres y los hombres” (Naciones Unidas, 1995, p. 28). Perspectiva que, por otra parte, resulta indispensable para asegurar el éxito de las políticas y medidas cuyo objetivo es garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y mejorar la condición de la mujer (Naciones Unidas, 1995, p. 20).

Por último, hay que recordar que en la Agenda 2030 se reconoce la desigualdad de género como un reto fundamental para el desarrollo (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 5) y se establece como 5º objetivo la consecución de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, considerando el mismo como cuestión indispensable para el logro del progreso en el resto de objetivos y metas. Así, en la Agenda se reconoce ese carácter transversal de la perspectiva de género entendiéndose que no será posible el pleno desarrollo sostenible mientras se siga negando a las mujeres el disfrute de sus derechos humanos y sus oportunidades. Por ello, “la incorporación sistemática de una perspectiva de género en la implementación de la Agenda es crucial” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 7). Finalmente, el objetivo 5.c se concreta en “aprobar y fortalecer políticas acertadas y leyes aplicables para promover la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y las niñas a todos los niveles” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, p. 21).

En el marco de la OIT han sido aprobados varios convenios relativos a la igualdad de género en el ámbito laboral. En concreto, la propia OIT⁷⁵ señala cuatro convenios clave: el Convenio nº 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (1951), el Convenio nº 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958), el Convenio nº 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, referido a quienes

⁷⁴ En concreto en la Plataforma de acción se analizan los retos para la igualdad que subsisten en cuanto a la pobreza, las niñas, la educación, la salud, la economía, los ámbitos de toma de decisiones, el medio ambiente, los medios de comunicación, los derechos humanos de las mujeres, los conflictos armados, la violencia contra la mujer y los mecanismos institucionales para el adelanto de las mujeres o, en España, institutos de las mujeres (Naciones Unidas, 1995).

⁷⁵ [86](https://www.ilo.org/gender/Aboutus/IL0andgenderequality/lang-es/index.htm#:~:text=Los%20cuatro%20Convenios%20clave%20de,%20y%20el%20Convenio%20(n%C3%BAm. Consultada el 19 de junio de 2022.</p></div><div data-bbox=)

tienen responsabilidades familiares (1981)⁷⁶ y el Convenio nº 183 sobre la protección de la maternidad (2000)⁷⁷. Todos ellos, protegen distintas manifestaciones del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo.

También en el ámbito de la Unión Europea las políticas de género se originaron con el objetivo de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el empleo, reflejándose en la normativa europea de los años 70. Sin embargo, en la actualidad, se han extendido a otros ámbitos (Sarter, 2015, pp. 59-60).

En este sentido, hay que recordar que el primer reconocimiento expreso de la igualdad entre mujeres y hombres vino de la mano del Tratado de Roma que en su art. 119 disponía que “cada Estado miembro garantizará, a lo largo de la primera etapa y mantendrá seguidamente, el principio de igualdad de remuneración entre los trabajadores masculinos y las trabajadoras femeninas por un mismo trabajo”⁷⁸ (art. 119 Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1956⁷⁹).

Posteriormente, ya en 1976, se aprobó la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁸⁰ cuyo objeto era la materialización del principio de igualdad entre mujeres y hombres en el empleo. La misma ha sufrido varias modificaciones hasta la actual Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁸¹ en cuyo considerando segundo se recuerda que:

“La igualdad entre hombres y mujeres es un principio fundamental del Derecho comunitario en virtud del artículo 2 y del artículo 3, apartado 2, del Tratado, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Dichas disposiciones del Tratado proclaman la igualdad entre hombres y mujeres como una «misión» y un «objetivo» de la Comunidad e imponen una obligación positiva de promover

⁷⁶ BOE nº 271, de 12/11/1985, pp. 35521 a 35523 [https://www.boe.es/eli/es/ai/1981/06/23/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1981/06/23/(1)).

⁷⁷ Este convenio no ha sido ratificado por España.

⁷⁸ La traducción es nuestra.

⁷⁹ Documento 11957E/TXT. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/teec/sign>. Consultada el 22 de junio de 2022.

⁸⁰ DOCE nº L39/40, de 14/02/1976, pp. 70 a 72.

⁸¹ DOUE nº L 204, de 26/07/2006, pp. 23 a 36.

dicha igualdad en todas sus actividades” (Considerando 2º Directiva 2006/54/CE).

En efecto, el principio de igualdad entre mujeres y hombres forma parte fundamental del derecho europeo y está reconocido en el TUE. En el art. 2 de dicho tratado la igualdad se reconoce como valor fundamental de la UE y que caracteriza la sociedad conformada por los Estados miembros de la Unión. Por otra parte, la igualdad es objetivo de la UE, en tanto, “[l]a Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño” (art. 3 TUE). Igualmente, en el artículo 9 se obliga a sí misma a respetar el principio de igualdad de la ciudadanía europea en todas sus actividades.

En el art. 6 de la misma norma “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...) la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. En este sentido, en el art. 23 de la Carta de derechos fundamentales de la UE,⁸² no sólo se obliga a la garantía de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos,⁸³ sino que se adoptan las llamadas *acciones afirmativas*, *acciones positivas*, *medidas positivas* o *discriminación positiva*, admitiéndolas como herramientas para el logro de la igualdad.

Estas medidas fueron definidas, ya en 2004, por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (COCEDAW, por sus siglas en inglés) en su 30º periodo de sesiones, en referencia a lo dispuesto en el art. 4 de la CEDAW. En este sentido subraya los siguientes caracteres de las mismas (COCEDAW, 2004, pár. 18):

- Su temporalidad.
- Su finalidad de acelerar la participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida en condiciones de igualdad.
- No son una excepción al principio de no discriminación, sino una estrategia para lograr la igualdad sustantiva, de facto o real.

⁸² DOCE nº C 364 de 18/12/2000, pp. 1 a 22.

⁸³ Quizá por los orígenes de las políticas de género en la UE que Sarter señala, el artículo hace mención expresa a los siguientes ámbitos: empleo, trabajo y retribución.

- A menudo se aplican para reparar las consecuencias de la discriminación que las mujeres han sufrido en determinado ámbito.

Por otra parte, en el art. 8 del TFUE se traslada normativamente el concepto de *mainstreaming* de género cuando se dispone que “en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. En la misma línea, en el art. 10 TFUE se obliga a la UE a luchar contra la discriminación por razón de sexo en todas sus actuaciones.

De igual modo, en el art. 153.1 TFUE se considera una competencia de la UE completar la acción de los Estados miembros en materia de iguales oportunidades para mujeres y hombres en el mercado laboral e igual trato en el trabajo. Se establece, también, la obligación del Parlamento Europeo y del Consejo de adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre ambos sexos en materia de empleo y ocupación “incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para trabajo de igual valor” (art. 157.3 TFUE). Finalmente, se reitera la posibilidad de recurrir a las medidas afirmativas en el acceso y la promoción al empleo admitiendo la adopción de medidas que otorguen “ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales” (art. 157.4 TFUE).

El carácter transversal del principio de igualdad fue reconocido ya en 1996 en la Comunicación *Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*, documento en el que se constata la necesidad de incorporar la perspectiva de género no sólo en aquellas medidas dirigidas específicamente a mujeres, sino en todas las políticas y acciones comunitarias, así como en todos los niveles (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996b, p. 2). En esta comunicación se definen y adoptan dos conceptos:

- Por un lado, el *mainstreaming* de género, entendido como principio adoptado por la Comunidad y de relevancia trascendental, y que se define como la integración de la igualdad entre los sexos en todas las medidas; es decir, se trata de “no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la ejecución de medidas específicas en favor de las mujeres, sino de movilizar explícitamente –con vistas a la igualdad– todas las

acciones y políticas generales”⁸⁴ (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996b, p. 2).

- Por otro lado, la perspectiva de género, que se define como “la perspectiva de las diferencias socioculturales entre los sexos con vistas a la igualdad” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996b, p. 2). Y que será herramienta esencial en la aplicación transversal de género (*mainstreaming*) en tanto la misma supone tener “en cuenta activa y visiblemente en el diseño de las [medidas] sus posibles efectos sobre las situaciones respectivas de los hombres y de las mujeres” (Comisión de las Comunidades Europeas, 1996b, p. 2).

En la misma línea, el TJUE ha considerado siempre que la igualdad entre mujeres y hombres es un principio de derecho de la UE del que deriva un “verdadero derecho fundamental” (Freixes, s.f., p. 9), antes incluso de que se consagrara como tal en la Carta de derechos fundamentales (art. 23)⁸⁵. Las resoluciones de dicho tribunal han sido claves a la hora de construir un concepto de discriminación que incluye las discriminaciones indirectas contra las mujeres; es decir, aquellas medidas amparadas en las normas que producen efectos discriminatorios (Freixes, s.f. p. 19).⁸⁶

En todo caso, la UE, preocupada por la igualdad entre ambos sexos en el ámbito laboral, ha dictado una serie de normativa y disposiciones de *soft law* en diversas materias específicas: conciliación de la vida familiar y laboral⁸⁷, permiso parental⁸⁸, igualdad

⁸⁴ Subrayado en el original.

⁸⁵ Así, por ejemplo, unos meses antes de que la Carta fuera proclamada el TJCE, en el asunto 50/96, Deutsche Telekom AG y Lilli Schröder, de 10 de febrero de 2000, el alto tribunal consideraba que “A la luz de dicha jurisprudencia, procede considerar que la finalidad económica perseguida por el artículo 119 del Tratado, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre las empresas establecidas en distintos Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental” (ECLI:EU:C:2000:72, ap. 57).

⁸⁶ La doctrina del alto tribunal en materia laboral no sólo ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, sino que ha establecido la inversión de la carga de la prueba en alegaciones de discriminación por razón de sexo (Freixes, s.f., p. 19).

⁸⁷ Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (DOUE n° L 188, de 12/07/2019, pp. 79 a 93).

⁸⁸ Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DOUE n° L 68, de 18/03/2010, pp. 13 a 20).

retributiva⁸⁹, participación equilibrada en procesos de toma de decisiones⁹⁰, adopción de medidas positivas en favor de las mujeres⁹¹; y ha propuesto normas en materia de equilibrio de género en altos cargos de compañías que coticen en bolsas⁹².

En cuanto al marco nacional, la CE reconoce el principio de igualdad entre mujeres y hombres (art. 14) y determina el deber de todos los poderes públicos de establecer las condiciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2. CE). Por tanto, el principio de igualdad se integra por dos aspectos: uno declarativo, relacionado con la igualdad formal y que tiene que ver con su reconocimiento, fundamento para su disfrute; y otro activo, relacionado con la igualdad efectiva o real, que obliga a una actuación de los poderes públicos de tal manera que la igualdad sea una realidad.

Ese aspecto activo, a su vez, exige dos comportamientos de la Administración:

- aquel dirigido a crear las condiciones en las que la igualdad se materialice;
- el encaminado a eliminar cualquier tipo de obstáculo que impida su logro.

En este sentido, la actuación de los poderes públicos debe guiarse por estas dos obligaciones. No bastará, por tanto, con el desarrollo de políticas que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres, sino que será preciso que la actividad del Sector Público identifique y elimine los obstáculos con los que se encuentra la garantía efectiva del principio de igualdad. Para la consecución de este último objetivo la Administración podrá hacer uso de distintas estrategias entre las que encajarían las acciones afirmativas y el *mainstreaming* de género.

Pero el principio de igualdad, tiene en el ordenamiento jurídico, un hermano sin el cual no puede comprenderse por completo, el principio de no discriminación. Así, el Tribunal

⁸⁹ Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (DOUE nº L 132, de 17/05/2023, pp. 21 a 44).

⁹⁰ Recomendación 96/694 del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión (DOUE nº L 319, de 10/12/1996, pp. 11 a 15).

⁹¹ Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DOCE nº L 331, de 19/12/1984, pp. 124 a 125).

⁹² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (COM/2012/614 final de 14/11/2012).

Constitucional ha reconocido la diferencia entre ambos principios, señalando que el primero obliga a que las normas no establezcan consecuencias jurídicas distintas a dos supuestos sustancialmente idénticos; sin embargo, no discriminar implica la prohibición de un trato diferenciado no justificado en una medida de acción afirmativa, es decir, la aplicación de reglas distintas a situaciones equiparables o de la misma regla a situaciones diferentes (González Bustos, 2023, p. 146).

El desarrollo de estos principios, en cuanto a la igualdad de género se refiere, se recoge en la Ley Orgánica 2/2007, de 23 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁹³ (LOI). La misma define su carácter transversal que obliga a las administraciones públicas en todas sus actuaciones: bien se trate del desarrollo de disposiciones normativas, del diseño de las políticas públicas, de la definición de los presupuestos o de la implementación de cualquiera de sus actividades (art. 15 LOI). Esta norma insiste en la cualidad de principio informador del ordenamiento jurídico de la igualdad entre mujeres y hombres (art. 4 LOI), además de establecer la obligación de los poderes públicos de implementar medidas correctoras de situaciones de desigualdad (art. 11) a través de acciones afirmativas o medidas positivas.

La misma LOI habilita a las administraciones públicas a introducir condiciones especiales de ejecución que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo (art. 33 LOI), así como a considerar estos criterios en casos de empate (art. 34 LOI), de tal manera que, ante ofertas igual de ventajosas, se prefiera la adjudicación a favor de quien cumpla determinadas consideraciones de igualdad de género.

Sin embargo, estas previsiones se vuelven escasas considerando el actual estado de la normativa contractual que, desde el 2007 a la fecha, ha sufrido ya dos modificaciones en las que se ha ido avanzando hacia una más completa integración de consideraciones de igualdad en la contratación. Es más, la disposición misma resultaba conservadora en 2007, época en la que leyes autonómicas de igualdad, como la de Euskadi (Ley 4/2005, de 18 de

⁹³ BOE nº 71 de 23/03/2007, pp. 12611 a 12645, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con>.

febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres⁹⁴) ya preveían, la posibilidad de introducir criterios de adjudicación en materia de igualdad de género (art. 20).⁹⁵

En todo caso, el Tribunal Supremo reconoció e interpretó de manera extensiva la dimensión transversal del principio de igualdad entre mujeres y hombres que la propia LOI prevé realizando dos precisiones:

- Por un lado, que:

“por lo que hace a las Administraciones públicas, el objetivo o meta de la igualdad de hombres y mujeres podrá ser perseguido en la totalidad de sus actividades, esto es, cualquiera que sea el instrumento formal en que estas se manifiesten (procedimiento, acto o contrato), cualquiera que sea su contenido (regulador, de servicio público, fomento, policía, etc.[]) y cualquiera que sea la materia sectorial a que esté referida” (Sentencia del Tribunal Supremo – TS – 5294/2012, de 17 de julio de 2012, FD 6º).

- Por otro, que la limitación de las medidas de igualdad en materia contractual únicamente a las condiciones de ejecución resulta contraria a la transversalidad proclamada por la LOI, ya que la misma supondría que la igualdad pueda ser perseguida por cualquiera de “los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula” (STS 5294/2012, de 17 de julio de 2012, FD 6º, ECLI:ES:TS:2012:5294).

⁹⁴ BOPV nº42, de 02/03/2005 y BOE nº 274, de 14/11/2011, pp.117277 a 117315, <https://www.boe.es/eli/es-pv/l/2005/02/18/4/con>.

⁹⁵ Es de subrayar que la Ley 1/2022, de 3 de marzo, de segunda modificación de la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres de Euskadi previó un cambio en esta situación que ha cristalizado en el actual Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres (BOPV nº 60, de 27/03/2023 y BOE nº 89, de 14/04/2023, <https://www.boe.es/eli/es-pv/dlg/2023/03/16/1/con>). Así, introduce consideraciones de género en la contratación pública, tanto en las especificaciones técnicas, como en el objeto del contrato o en los criterios de solvencia técnica. Por otra parte, en materia de criterios de adjudicación invierte la regla general de justificación de la relación con el objeto del contrato, obligando al establecimiento de estas cláusulas salvo que se justifique que el objeto del contrato no tiene ninguna relación o impacto en la igualdad entre mujeres y hombres. Si bien la consideración de esta inversión es más acorde con el carácter transversal del principio de igualdad, consideramos que, dada la regulación actual de la LCSP y las normas europeas en la materia, no se podría obviar la justificación de la vinculación con el objeto contractual, por lo que, esta disposición conlleva inevitablemente la obligación de los órganos de contratación del Sector Público de Euskadi, de justificar tanto la vinculación con el objeto del contrato (por mandato europeo y vía LCSP) como la ausencia de la misma (por mandato de la Ley de Igualdad de Euskadi). Por último, obliga al menos a introducir una condición especial de ejecución en materia de igualdad distinta a la de realizar un uso no sexista del lenguaje y las imágenes, salvo que se justifique la citada ausencia de vinculación con el objeto del contrato.

En definitiva, la transversalidad de la perspectiva de género y su introducción en el ámbito contractual tiene fundamento legal más que suficiente, más allá de la base doctrinal que comentaremos a continuación.

4.2.2. FUNDAMENTO DOCTRINAL: *MAINSTREAMING* DE GÉNERO

A lo largo de los fundamentos jurídicos nos hemos centrado en la dimensión transversal del principio de igualdad de género, en tanto la misma es causa y finalidad de la herramienta del *mainstreaming de género* o *gender mainstreaming* y que ahora vamos a revisar desde un punto de vista doctrinal.

En primer lugar, es preciso detenernos un momento en el concepto de género o perspectiva de género, que se define como “una categoría de análisis de las relaciones entre mujeres y hombres” (Tamayo Acosta, 2019, p. 96). La teoría de género se fundamenta en la premisa de que aquello que consideramos *masculino* y *femenino* son construcciones socio-culturales aprendidas y no realidades naturales o biológicas (Tamayo Acosta, 2019, p. 96). Premisa que ya reflejó en su día Simone de Beauvoir con su famosa frase “[n]o se nace mujer: se llega a serlo” (Beauvoir, 2014, p. 371). El género, a diferencia del sexo, es una cuestión normativa, un canon impuesto a quien quiere encajar en la construcción social de lo femenino o masculino y que “no se corresponde con algo dado por la naturaleza” (González Marín, 2019, p. 108).

Dichas construcciones han sido naturalizadas a través de un proceso social conforme al cual las mujeres adoptan un rol subordinado frente al de los hombres, convirtiéndose sus diferencias biológicas en fundamento y explicación razonada de las desigualdades y discriminaciones de género a las que se las somete. Así, bajo esta premisa, la capacidad de dar a luz de las mujeres sería una diferencia sexual, sobre la que se ha construido todo un sistema de desigualdad de género que impone a las mujeres las labores de cuidado de otros seres humanos con base en su supuesta mayor y mejor capacidad natural para atender las necesidades de otros (una construcción aprendida, pero naturalizada).

Como se aprecia, en este sistema se dota a las diferencias sexuales de significados adicionales a través de las connotaciones de género (Gallo Campos y Salinas Beristáin, 2007, p. 26). Además de naturalizar una determinada apreciación de género caracterizando ciertos comportamientos como naturalmente masculinos y otros como esencialmente

femeninos, el sistema establece una estructura entre ambos roles que se define por varios aspectos:

- En primer lugar, se establece una barrera, un muro entre aquello que es femenino y lo que es masculino. La característica fundamental de este muro es su falta de permeabilidad, so pena de reprobación social; es decir, los roles que cada sexo debe cumplir están estrictamente delimitados y no pueden ser otros, de tal manera que se aplica un juicio social negativo a aquellas personas que los transgredan en uno u otro sentido.
- En segundo lugar, se conforma en estructura desigual en la que todo lo que tiene que ver con lo masculino tiene un mayor valor en la sociedad que lo relacionado con el mundo femenino. Así, los trabajos masculinizados están mejor pagados, las actividades realizadas mayoritariamente por hombres se valoran como más complejas y de mayor responsabilidad, las características asociadas a los hombres están mejor consideradas en el escalafón social (seriedad, determinación, individualismo...). En la otra cara de la moneda, los trabajos feminizados son los que acumulan los salarios más bajos, las tareas de cuidado no se asocian a ningún plus de responsabilidad, se entienden como de escasa complejidad y no demandantes de habilidades específicas; las características de género asociadas a las mujeres, como la dulzura o la empatía, son obstáculos para lograr trabajos bien remunerados.

Igualmente, este carácter tiene como consecuencia otras dos situaciones que vertebran las estructuras patriarcales:

- Lo masculino se erige en “paradigma de lo humano” (Gallo Campos y Salinas Beristáin, 2007, p. 27), en tanto es punto de referencia para la medición e interpretación del mundo en todos sus aspectos. La investigación se prepara y ejecuta en función de un sujeto común que adquiere los caracteres masculinos, el diseño y desarrollo de programas públicos atiende a un sujeto estándar que refleja normalmente las necesidades e intereses de los hombres.
- Se establecen relaciones de poder entre hombres y mujeres que someten a las segundas en prácticamente todos los aspectos de la vida y que desembocan en múltiples tipos de discriminaciones y de violencias de género. Estas discriminaciones y violencias las sufren las mujeres por el hecho de serlo; es decir, por la posición de sometimiento a que dichas relaciones les condenan, supuestamente, por naturaleza.

Para eliminar dichas desigualdades es precisa una herramienta que sea capaz de cuestionar la lógica que asocia a una diferencia biológica un determinado comportamiento social como si de una consecuencia inevitable y natural se tratara: la perspectiva de género es esa herramienta.

La PEG posibilita utilizar el género como una categoría de análisis de la realidad social, política, científica y normativa. Así, dicha perspectiva permite identificar las construcciones sobre la masculinidad y la feminidad naturalizadas que fundamentan discriminaciones y opresiones para, a partir de esa identificación, reconstruir las relaciones de poder entre mujeres y hombres con fundamento en el principio de igualdad y reformulando las causas que originaron dichas desigualdades de género.

Con base en la teoría de género comenzaron a desarrollarse en los años setenta las primeras políticas públicas en materia de igualdad (Rey Aramendía, 2020, p. 333) cuyo objeto principal era la adopción de medidas específicas dirigidas a las mujeres y las niñas para lograr romper con las dinámicas de subordinación en las que se encuentran. Así, se instituyeron mecanismos (agencias, institutos, departamentos, áreas, ...) para el avance de las mujeres en los distintos niveles gubernamentales y en las organizaciones supranacionales e internacionales y se desarrollaron políticas dirigidas a distintos grupos de mujeres para combatir su situación de exclusión.

Sin embargo, en un análisis del camino recorrido a través de esas políticas, la comunidad internacional fue consciente de que, para avanzar en su objetivo, era preciso redoblar los esfuerzos. Así, en los años 80 se comienza a desarrollar la estrategia de las acciones positivas (Rey Aramendía, 2020, p. 333) que parte del reconocimiento de que las condiciones de partida de mujeres y hombres no son las mismas en la sociedad, por lo que se pretende adoptar medidas que posicionen a las mujeres en una situación de ventaja frente a los hombres, en tanto dicha ventaja compensará la situación de desigualdad de la que parten.

Finalmente, en los años 90 del siglo pasado comenzó a tomar fuerza en el ámbito internacional una nueva estrategia en el marco de las políticas de igualdad de género: el *mainstreaming* o transversalidad.⁹⁶ Ya hemos indicado que dicha estrategia del

⁹⁶ Hay que advertir que si bien dicha estrategia pretende lograr con mayor eficacia y celeridad la igualdad de género, no se plantea como sustitutiva de las anteriores, sino como complementaria a las mismas; por lo

mainstreaming encontró respaldo y oficialidad en la Plataforma de Acción de Beijing en la que se define esta dimensión transversal de la igualdad por referencia a dos cuestiones:

- En primer lugar, supone integrar la perspectiva de género no sólo en políticas específicas dirigidas a las mujeres, sino en todas las políticas, programas y actuaciones de las autoridades, de manera transversal. Es decir, se integra la perspectiva de género de una manera horizontal.
- En segundo lugar, implica que a la hora de adoptar esas medidas transversales será preciso realizar un previo análisis del diferente impacto que las mismas tendrán en hombres y mujeres, en el entendido de que éstas tendrán efectos diferenciados entre mujeres y hombres en función de sus distintas necesidades e intereses.

En el mismo sentido, el EIGE⁹⁷ define el *mainstreaming* como la estrategia que tiene por objeto la materialización de principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres y la eliminación de todo tipo de discriminación. El *mainstreaming* conlleva “integrar la perspectiva de género en la preparación, el diseño, la implementación, el seguimiento y la evaluación de las políticas, las medidas regulatorias y los programas de gasto”⁹⁸. En esta idea redunda Rey Aramendía (2020, pp. 335-336), quien señala que el *mainstreaming* se sustenta en la introducción de la perspectiva de género en todas las etapas de las políticas públicas, situando en el primer plano de dichas políticas el análisis desde la perspectiva de género. En este sentido, el objeto del *mainstreaming* de género sería eliminar las causas estructurales de la discriminación contra las mujeres (Rey Aramendía, 2020, p. 336).

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en sus conclusiones acordadas (1997/2) definió el *mainstreaming* como

“el proceso de evaluar las implicaciones que para mujeres y hombres tiene cualquier acción planeada, incluidas la legislación, las políticas o programas, en todas las áreas y niveles. Es una estrategia para convertir las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como las de los hombres, en una dimensión

que numerosas instituciones advierten que adoptar actuaciones basadas en la transversalidad no debe excluir otro tipo de medidas que pudieran ser necesarias para el logro de la igualdad (Office of the Special Adviser on Gender Issues, 2002, p. vi).

⁹⁷ <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming> consultada el 21 de junio de 2022.

⁹⁸ <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming> consultada el 21 de junio de 2022. La traducción es nuestra.

integral del diseño, implementación, supervisión y evaluación de las políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de tal manera que mujeres y hombres se beneficien de igual manera y la desigualdad no se perpetúe. La meta final es la igualdad de género”⁹⁹ (ECOSOC, citado por Office of the Special Adviser on Gender Issues, 2002, p. v)

Señala Lombardo (2003, p. 7) que la definición de *mainstreaming* más detallada nos la ofrece el Grupo de expertos del Consejo de Europa quien hace referencia a la incorporación de la perspectiva de género “en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas” (Consejo de Europa, citado por Lombardo, 2003, p. 7). Con base en los trabajos de este grupo de expertos la autora resume las características de este cambio de enfoque institucional de la siguiente manera (Lombardo, 2003, pp. 7-8):

- Se amplía el concepto de igualdad de tal manera que el mismo abarca la igualdad *de facto* y no solo *de iure*.
- Se incorpora la perspectiva de género en la agenda política dominante, considerando de manera particular los aspectos de la misma que pueden afectar a las mujeres y hombres de manera diferenciada.
- Se asegura la participación de las mujeres en las instituciones y en los procesos de toma de decisiones; para lo cual se busca el equilibrio en la representatividad de ambos sexos (al menos el 40% de mujeres).
- Se priorizan las políticas de igualdad de género y aquellas que tienen un fuerte impacto en la vida de las mujeres.
- Se produce un cambio en la cultura institucional y organizativa replanteándose los procesos, mecanismos y actores políticos de tal manera que sea posible la introducción sistemática y horizontal de la perspectiva de género. Para ello, es indudablemente necesario que quienes intervengan en los mismos conozcan cómo incorporar la perspectiva de género y tengan las herramientas y técnicas adecuadas para ello.

Por su parte, el EIGE¹⁰⁰ considera como dimensiones del *gender mainstreaming* la representación paritaria de mujeres y hombres y la inclusión de la perspectiva de género en el contenido de las políticas públicas.

⁹⁹ La traducción es nuestra.

¹⁰⁰ <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming> consultada el 21 de junio de 2022.

En cuanto al primero de los aspectos señalados, el EIGE pone el acento en que el desequilibrio en la participación de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisiones tiene efectos en los resultados de las mismas, en tanto se pierde la visión, experiencias y conocimientos de una parte importante de la población. La participación equilibrada, por el contrario, mejora los procesos de decisión y los resultados obtenidos. En todo caso, esta dimensión del *mainstreaming* justifica cambios a nivel organizacional y estructural para permitir el acceso y promoción de las mujeres en los espacios de toma de decisiones, diseño y planeación de políticas, seguimiento y evaluación.

En lo tocante a la introducción de la perspectiva de género en los contenidos de las políticas, recuerda el EIGE que muchas medidas que son entendidas como actuaciones neutras al género (*gender-neutral*) (en la comprensión de que benefician a todas las personas receptoras de las mismas) en realidad son ciegas al mismo (*gender-blind*) porque no toman en cuenta el impacto diferenciado que las mismas tendrán en mujeres y hombres. En otras palabras, las actuaciones administrativas no son neutras al género por definición. Para asegurar que éstas tienen un impacto de género positivo, o al menos neutral, será preciso realizar el previo análisis en la materia.

En línea con esta última consideración, Rey Aramendía (2020, p. 332) entiende que una de las aportaciones del *mainstreaming* es que parte de la base de que las políticas públicas afectan de manera distinta a mujeres y hombres y que son estas mismas diferencias las que debieran reconfigurar el diseño y ejecución de dichas políticas. Así, la autora insiste en la idea de que las políticas públicas se insertan en una sociedad patriarcal y son deudoras de la misma por lo que, si no consideran la perspectiva de género pueden perpetuar las desigualdades entre mujeres y hombres (Rey Aramendía, 2020, p. 335).

En efecto, tal y como señala el Emakunde

“con carácter general, se considera que las normas son neutras respecto al género, porque se han diseñado pensando en el beneficio de la población en su conjunto y, por tanto, de forma igual para todas las personas, sin hacer distinciones entre mujeres y hombres” (Emakunde y Ortiz de Lejarazu, 2013, p. 33).

Sin embargo, una actuación que no tiene en cuenta consideraciones de género, no genera resultados neutrales; todo lo contrario, reproduce la estructura de género preexistente,

manteniendo las desigualdades o, en todo caso agravándolas. Así, el EIGE insiste en el hecho de que una actuación que no tiene en cuenta las desigualdades de género de las que se parten, no es neutra al género, sino ciega al mismo (EIGE, 2016, p. 9).

Para poder aseverar que una actuación es neutra al género habrá de partirse de un análisis previo de impacto del mismo, tal y como se avanzaba en la Cuarta Conferencia de Beijing. Por ello, es indispensable que las autoridades consideren las diferentes necesidades e intereses de mujeres y hombres, las desigualdades en el acceso y control de los recursos y el impacto de estereotipos y roles tradicionales de género antes de diseñar e implementar un determinado programa o política.

De entre los métodos y herramientas para el *mainstreaming* de género, el EIGE destaca la compra pública sensible al género.¹⁰¹ Efectivamente, la contratación pública, como actuación administrativa que es, tiene un impacto en las vidas de hombres y mujeres. Las autoridades deberían conocer ese impacto antes de diseñar, licitar y ejecutar el contrato a efectos de que puedan preverse, corregirse y neutralizarse los efectos negativos que dicho contrato pueda tener en la vida de las mujeres. Será la única manera de que el mismo no contribuya a perpetuar estructuras discriminatorias para las mujeres y sea instrumento de transformación de la sociedad hacia una mayor igualdad.

4.2.3. OPORTUNIDADES Y BENEFICIOS

El beneficio principal de la introducción de la perspectiva de género de manera transversal en el actuar administrativo es la contribución a la garantía de los derechos humanos de mujeres y hombres y al logro de la justicia social (Office of the Special Adviser on Gender Issues, 2002, p. vi). Es decir, la estrategia de la transversalidad es fundamental para la garantía del principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Este beneficio es de tal relevancia que sustenta por sí solo el uso del *mainstreaming*. Sin embargo, dicha estrategia, presenta a juicio de la doctrina otras ventajas.

Según el EIGE¹⁰²; la introducción, mediante la estrategia del *mainstreaming*, de la perspectiva de género en las políticas públicas y en la labor legislativa garantiza una mejor

¹⁰¹ <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming> consultada el 21 de junio de 2022.

¹⁰² <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/what-is-gender-mainstreaming> consultada el 21 de junio de 2022.

calidad y mayor relevancia de las mismas para la sociedad en tanto las actuaciones de las autoridades atenderán a dos cuestiones:

- Las medidas responderán de manera más efectiva a las diversas necesidades de la ciudadanía: hombres y mujeres.
- Las intervenciones garantizarán que las desigualdades de género no se perpetúan.

Como hemos señalado, las actuaciones que no realizan un previo análisis de impacto de género parten de la presunción errónea del carácter neutral de las mismas. En efecto, las distintas características de hombres y mujeres y su diferente posición en la sociedad permean todos los ámbitos de la vida. Presumir que una actuación afectará de manera igual a dos grupos con condiciones de partida tan distintas y con diverso acceso a los recursos y a las oportunidades, tendrá como consecuencia actuaciones que atienden a las necesidades de un único grupo social, el que se considera estándar, el referente habitual: los hombres.

Esto es, sin duda, trasladable a cualquier actuación administrativa. Así, incluso en el ámbito de los presupuestos, que pudieran dar apariencia de neutralidad (en la medida en que no hacen referencia particular a mujeres, ni a hombres), los estudios han demostrado que no introducir el principio de igualdad implica reproducir los sesgos de género, provocando impactos presupuestarios desiguales entre los grupos y, por tanto, resultados inequitativos. En efecto, ya en 1995 el Banco Mundial (citado por Elson, 1999, p. 3) calculaba que la incidencia del presupuesto público en la educación de niños y niñas tenía un carácter desigual (el gasto efectivo final en los niños era mayor que en las niñas en varios países).

De esta manera, sólo las necesidades de los hombres, y habitualmente sus necesidades fruto del rol tradicional de género que les ha sido impuesto por la sociedad, serán tomadas en cuenta, olvidando las necesidades de las mujeres, así como los intereses estratégicos de género (es decir, aquellas consideraciones que pueden contribuir a transformar los roles tradicionales de género).

De la misma forma, no considerar estas cuestiones supone ver un problema parcialmente porque implica hacer diagnósticos con información limitada, lo cual redundará en actuaciones de impacto limitado que perpetuarán las estructuras de género preexistentes.

Por tanto, es indudable que el *mainstreaming* de género redundará en una mejor recogida de información que fundamente el actuar administrativo, en una mayor calidad de los datos

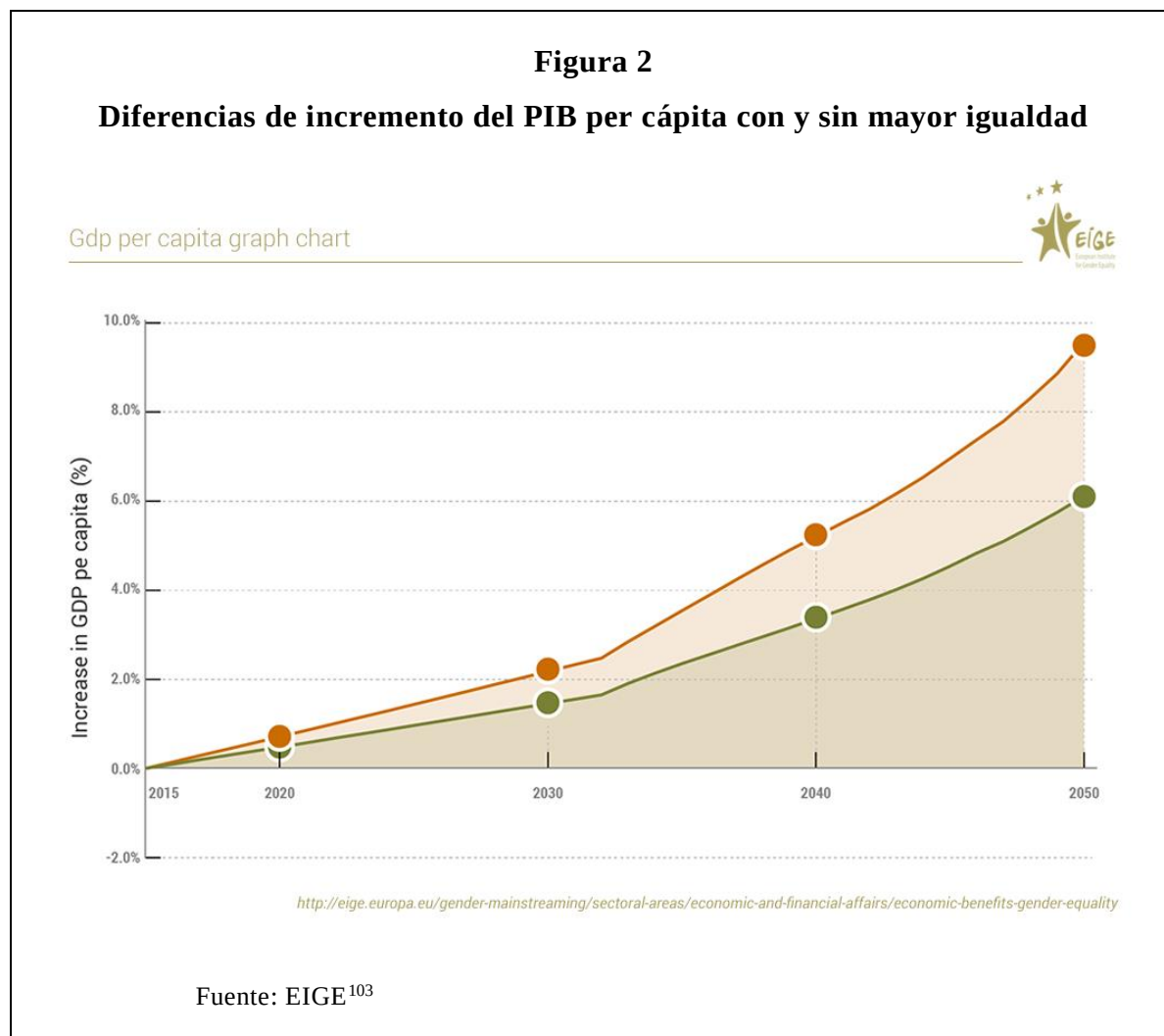
que se obtienen, en una mayor representatividad de las muestras, y por tanto en una mejor planeación, diseño, ejecución, seguimiento y evaluación del actuar administrativo. Es decir, el *mainstreaming* mejora la calidad del actuar de la Administración.

Más allá de todas estas consideraciones, la estrategia transversal de la perspectiva de género tiene, en términos de eficiencia económica, una serie de ventajas nada despreciables en el marco de una herramienta como la contratación pública que, desde sus inicios, se ha sometido a las necesidades del mercado único, la libre competencia y el desarrollo.

En su informe de 2017, el Foro Económico Mundial señalaba que cerrar la brecha de género a nivel mundial supondría un aumento de 5,3 trillones de dólares en el PIB mundial para 2025 (World Economic Forum, 2017, p. viii).

En efecto, ya en 1999 Elson indicó que la desigualdad de género resulta ineficiente (Elson, 1999, p. 12). Así, la autora llama la atención sobre diversos análisis realizados en distintos campos (agricultura, educación, mercado laboral, bienestar, medidas de ajuste estructural y cargas de trabajo) que recalcan que la introducción de la perspectiva de género suponía beneficios en la productividad, incrementos en el PIB, incrementos de los salarios de las mujeres y tenía efectos positivos en la inversión doméstica en nutrición, salud y educación de la infancia (Elson, 1999, pp. 12-13).

En igual sentido se pronuncia el EIGE que llama la atención sobre el impacto positivo en el PIB per cápita que tiene la igualdad de género, impacto que se ve acelerado con el paso del tiempo. En efecto, se estima que una mayor igualdad de género en la UE aumentaría el PIB per cápita entre 6,1 y 6,9% para 2050, lo cual suponen entre 1,95 y 3,15 trillones de euros (EIGE, 2021, p. 14), tal y como refleja el propio EIGE en la gráfica de la **figura 2**.



Lo mismo reitera en 2016 la OIT en cuanto al ámbito empresarial; en el que señala que existen 6 motivos (Gómez et al., pp. 23-25) por los que resulta clave promover la igualdad en las empresas:

- La igualdad de género en la empresa permite acceder a toda la reserva de talento. Se ha mencionado en numerosas ocasiones que la falta de introducción de la perspectiva de género en las estructuras y organizaciones empuja a las mujeres fuera de los mercados laborales con la consecuente pérdida de su talento y su impacto económico. Por otra parte, la mayoría de personas con niveles educativos superiores son mujeres, por lo que, desde este punto de vista, éstas acaparan la mayoría del talento (Gómez et al., 2016, p. 20). Sin duda, retenerlo tendrá efectos positivos en el mercado y el crecimiento.

¹⁰³ Descargada de la página <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/economic-and-financial-affairs/economic-benefits-gender-equality> consultada el 26 de junio de 2022.

- Supone una inversión, en la medida en que permite acceder a las diferentes experiencias y perspectivas de las mujeres que pueden ser beneficiosas para la empresa. La empresa invierte en capital humano diverso.
- Permite conocer la perspectiva de las clientas¹⁰⁴. Hay que tener en cuenta que las mujeres son la mayoría de las consumidoras, “toman hasta el 80% de las decisiones de compra de bienes de consumo en hogares y organizaciones, controlan hasta el 70% de las compras a nivel mundial, y anualmente gastan más de 100.000 millones de dólares en todo el mundo” (Gómez et al., 2016, p. 22).
- Reduce riesgos y costes asociados a actuaciones discriminatorias contra las mujeres.
- Mejora el entorno laboral para las mujeres que se sentirán bienvenidas, lo cual permitirá a la empresa beneficiarse de todos sus talentos.
- Aumenta el rendimiento de la empresa; la igualdad de género es herramienta de rentabilidad, en tanto las compañías con mayor equilibrio en los puestos directivos obtienen mejores resultados (Gómez et al., 2016, p. 20).

Estas conclusiones son extrapolables al ámbito organizacional administrativo y deben ser consideradas en el diseño y ejecución de las políticas públicas.

En definitiva, podemos resumir las ventajas de la estrategia del *mainstreaming* como sigue:

- Garantía del principio-derecho fundamental a la igualdad.
- Mejora la calidad de las políticas públicas que atienden a las necesidades de todas las personas, abandonando diseños parcializados, no representativos de los distintos grupos sociales y que, por tanto, perpetúan roles y estructuras discriminatorias de género o agravan las brechas entre ambos sexos.
- Reconocimiento y utilización de todo el potencial transformador que el análisis de impacto de género imprime a las actuaciones públicas en términos de justicia social.
- Mayor eficiencia de la actuación de las autoridades al desarrollar actuaciones que aprovechan todo el potencial y talento de la ciudadanía en su conjunto disfrutando de los beneficios sociales y económicos que esto conlleva.

¹⁰⁴ Advertimos aquí que esta es una realidad fruto de los roles sociales de género que es importante transformar.

4.3. CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA DE GÉNERO (CPEG)

Revisados los distintos aspectos de la CPE y de la PEG, entraremos a analizar cómo con base en estas dos teorías se configura un marco apto para introducir una estrategia de género en la contratación pública. Para ello, en primer lugar, trataremos de delimitar el marco teórico que daría fundamento a las cláusulas de igualdad; y, en segundo lugar, revisaremos los tipos de cláusulas que es posible incorporar dentro de este concepto y los caracteres de las mismas.

4.3.1. CONCEPTO Y CARACTERES

Después del repaso realizado, concluimos que hay dos desarrollos teóricos que fundamentan la introducción de las cláusulas de igualdad en los contratos públicos, cada uno de los cuáles presenta sus ventajas y, por supuesto, sus limitaciones. Una de las vías trae causa del marco teórico de la contratación pública estratégica y, dentro de la misma, encuadra las cláusulas de igualdad en lo que se denomina la contratación pública CPSR. La otra, se integra en el desarrollo doctrinal de la estrategia del *gender mainstreaming*, y permea la contratación en un sentido horizontal como consecuencia inevitable de transversalizar el género en el ámbito de los presupuestos públicos. La primera de las corrientes se desarrolla en el terreno del derecho administrativo de los contratos públicos; la segunda de ellas, parte de un desarrollo que cuelga del ámbito de los derechos humanos y, por tanto, de las previsiones constitucionales en materia de derechos fundamentales.

En el desarrollo histórico planteado, la contratación pública ha sufrido una especie de vis expansiva en razón de la cual ha derribado los estrictos muros que rodeaban el objeto primordial de los contratos públicos (la adquisición de bienes y servicios) para mirar, desde lo alto (con una perspectiva más amplia), el ámbito en el que esta parte tan especial y específica del derecho administrativo se inserta. Este cambio le ha permitido trascender los límites previos de las adquisiciones públicas para concluir en la necesidad de su instrumentalización estratégica.

Mientras tanto, y en paralelo a esta evolución, la introducción transversal de la perspectiva de género se ha erigido como herramienta *sine qua non* para el logro de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, ha ido descendiendo de la generalidad que caracteriza a los derechos humanos y fundamentales hacia la especificidad de cada materia pública. Ha transitado este camino permeando, primero, todos los ámbitos de actuación de las

administraciones públicas, y, después, cada uno de los instrumentos al servicio de los poderes públicos. Así, ha llegado a concretarse en la compra pública, proponiendo herramientas específicas para la integración de la perspectiva de género en la contratación de los entes públicos.

Sea como fuere, ambas dos teorías, aunque desde distintos orígenes, concluyen en la necesidad de integrar cláusulas de igualdad en la contratación pública dando vida a un nuevo concepto, que se nutre de ambas perspectivas y que, a nuestro juicio, no debe prescindir de los elementos de ninguna de ellas. Es por ello que en este trabajo nos referiremos al mismo, no como contratación pública socialmente responsable, ni como contratación pública sensible al género, sino como contratación pública estratégica de género, en un afán de integrar en dicho concepto toda la extensión del término que considerar ambos desarrollos teóricos permite.

Para delimitar este nuevo concepto partiremos de los fundamentos expuestos en los apartados anteriores de este trabajo y del desarrollo de sus conceptos y caracteres en dos propuestas concretas: la contratación pública socialmente responsable y la contratación pública sensible al género.

A. CPE y contratación pública socialmente responsable (CPSR)

En primer lugar, hay que aclarar que la concreción de la contratación pública estratégica en el ámbito social; es decir, la propuesta de instrumentalizar los contratos públicos para el logro de objetivos de la política social se ha denominado también contratación pública socialmente responsable (CPSR). En este sentido, revisaremos aquí los caracteres de la CPE y, en concreto, de la CPSR en tanto es en el marco de las consideraciones sociales en el que han tenido entrada las cláusulas de igualdad de género en la contratación pública.

Ya hemos mencionado que, para la comisión, esta estrategia supone utilizar los contratos públicos para el logro de resultados sociales positivos. En concreto, establece que la misma

“tiene por objeto abordar la repercusión que los bienes, servicios y obras adquiridos por el Sector Público tienen en la sociedad. Reconoce que a los compradores públicos no solo les interesa comprar al menor precio posible u obtener la mejor relación calidad-precio posible, sino que también quieren garantizar que la contratación genere beneficios sociales y evite la aparición de

efectos sociales adversos durante la ejecución del contrato o los mitigue”
(Comisión Europea, 2021, p. 4).

De esta manera, la contratación pública se considera “un instrumento estratégico para gastar el dinero público de manera eficiente y sostenible” (Comisión Europea, 2021, p. 5). Así, el primer carácter que hay que destacar de la CPE y la CPSR es precisamente esa visión estratégica de los contratos públicos: la contratación pública sirve a intereses estratégicos de política social. Para ello el contrato público, como ya hemos explicado, se instrumentaliza, se convierte en una herramienta más de la que la Administración dispone para alcanzar sus objetivos sociales.

Así, vemos cómo la Comisión relaciona el concepto de CPSR con la sostenibilidad, pero también con la recuperación socioeconómica que busca lograr la UE tras la pandemia de la COVID-19, y reconoce que la contratación debe ser instrumentalizada para asegurar que los recursos para la recuperación tengan como efecto el logro de los mayores beneficios sociales y económicos posibles. Para ello, es indispensable alejarse de lógicas que ponen el acento en la minimización de los precios y resulta fundamental introducir consideraciones relativas a la “integración social, la igualdad, el empleo justo e inclusivo y los suministros éticos” (Comisión Europea, 2021, p. 5).

De esta segunda referencia obtenemos dos características más de la CPSR. Por un lado, nos recuerda la Comisión la búsqueda de la eficiencia en el gasto público, reparando en las sinergias que se producen cuando se instrumentalizan los contratos con un doble objetivo: la compra y el fomento de políticas sociales. Por otra parte, se pone el acento en la búsqueda de la sostenibilidad social. Esta última idea nos traslada al ya mencionado concepto de calidad en el que Europa pone el acento. No son tan relevantes los ahorros económicos que se obtienen en la compra pública, sino la inversión en bienes y servicios de alta calidad, entendida esta desde el punto de vista de sostenibilidad social.

En todo caso, un cuarto carácter de la CPSR es que la misma encaja las cláusulas de igualdad en el ámbito social, por lo que destaca medidas fundamentalmente en el ámbito laboral o relativas al rol tradicionalmente asignado a las mujeres en una sociedad patriarcal. Así se refiere a la conciliación de la vida familiar y laboral, la reducción de la segregación horizontal, la garantía de la igualdad de trato en el puesto de trabajo y en el acceso al

empleo, la igualdad retributiva por trabajo de igual valor y la promoción del acceso al empleo de personas en situación de exclusión (Comisión Europea, 2021, pp. 6-7).

En todo caso, hay que recordar que la Comisión Europea, ya en 2001, definió los aspectos sociales en la contratación como descriptivos de muy diversos ámbitos, pudiendo remitir:

“tanto a las medidas por las que se garantiza el respeto de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad de trato y no discriminación (por ejemplo, entre hombres y mujeres), como a las legislaciones nacionales en materia social, así como a las Directivas comunitarias al respecto. La expresión «aspectos sociales» abarca también las cláusulas preferentes (por ejemplo, para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo) o las actuaciones o discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 28.)

En el mismo sentido, el Consejo de Ministros del Gobierno de España señala que la CPSR permite promover oportunidades en materia de empleo e inclusión social, integrar medidas de accesibilidad para personas con algún tipo de discapacidad, considerar el comercio justo, asegurar el cumplimiento de las normas sociales y de los derechos de las personas trabajadoras y promover la adopción voluntaria por parte de las empresas de mayores compromisos de responsabilidad social. “Todo ello permite impulsar el avance progresivo de la sociedad por la senda del desarrollo sostenible e integrador” (Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, introducción).¹⁰⁵

Por otra parte, el mismo órgano define la CPSR como:

“aquélla que hace referencia al proceso a través del cual los órganos de contratación del Sector Público estatal contratan obras, suministros o servicios o celebran contratos de concesión de obras o de concesión de servicios tomando en consideración para el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento correspondiente y durante la ejecución del contrato resultante de

¹⁰⁵ Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Publicada en BOE nº 125, de 25/05/2019, pp. 55960-55970, <https://www.boe.es/eli/es/o/2019/05/21/pci566>.

este procedimiento, criterios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017” (Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, acuerdo 3º)

Una nueva característica, por tanto, es que considera la inclusión de cláusulas de igualdad tanto en el diseño, como en el procedimiento de licitación, como durante la ejecución del contrato mismo.

Bernal Blay (2008), por su parte, imprime un cariz un tanto diferente a este concepto llamando la atención sobre lo que el designa como la responsabilidad social de la contratación pública. El autor considera que, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino una herramienta sometida a fines públicos (entre estos, los fines sociales),

“podría concluirse que quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen una responsabilidad de atender a dichos fines públicos, incluidos los sociales. Quizá pueda hablarse por ello, de una *responsabilidad social de la contratación pública*.” (p. 214).

Insiste el autor en que dicha responsabilidad social no puede consistir, porque no es esa la función de los órganos de contratación, en la certificación del cumplimiento de una serie de normas. Más bien, las cláusulas sociales deben plantear distintos estándares de compromiso de las empresas licitadoras con determinados intereses sociales que van más allá de los mínimos exigibles legalmente (Bernal Bay, 2008, pp. 215-216). En este sentido, nos topamos aquí con otro carácter de la CPSR, supone la introducción de cláusulas sociales que exigen más allá de los mínimos establecidos en la norma. Es decir, las obligaciones previstas en las leyes son exigibles a las operadoras económicas sin necesidad de que las mismas se introduzcan en el clausulado de un contrato. La CPSR implica ir más allá de esa legalidad para promover, recordemos, comportamientos de las empresas beneficiosos en términos de sostenibilidad social. Si bien, como hemos señalado con anterioridad, algunas cláusulas pueden introducirse para asegurar el adecuado cumplimiento de la legalidad.

Resumiendo, son caracteres de la CPE y, en concreto de la CPSR, los siguientes:

- Se concibe la contratación pública como una estrategia. Como consecuencia de esto, se instrumentalizan los contratos públicos para el logro de objetivos de la política social.

- Se busca la eficiencia en el gasto público, en tanto se conjugan dos finalidades en el contrato: la compra pública y el fomento de políticas de carácter social.
- El concepto de calidad cobra peso, una calidad medida en términos de sostenibilidad social. El precio pierde relevancia y el contrato se entiende como inversión social.
- La vía para la implementación de esta estrategia son las cláusulas sociales entre las que se encuentran las consideraciones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres. En este marco, las cláusulas de igualdad se entenderían:
 - Como aquellas cláusulas referidas específicamente a la situación de las mujeres (acceso al empleo, segregación vertical u horizontal,...) o a roles que se les asignan como propios (medidas de conciliación)
 - Como cláusulas mayormente relativas a las condiciones laborales de las mujeres.
 - Como cláusulas que van más allá de la legalidad exigible.
- Implica introducir consideraciones y cláusulas sociales en el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento y la ejecución del contrato.
- Una verdadera estrategia requiere de un proceso de planificación y evaluación.¹⁰⁶

B. PEG y contratación pública sensible al género

La introducción de la perspectiva de género en los presupuestos públicos ha derivado, como ya señalamos, en lo que se denomina contratación pública sensible al género (*gender-responsive public procurement*, GRPP, por sus siglas en inglés). El EIGE define la GRPP como “una herramienta de *mainstreaming* de género para promover la igualdad de género a través de la contratación pública”¹⁰⁷ (EIGE et al., 2022, p. 11). Esta herramienta, como ya hemos avanzado en el fundamento doctrinal de la PEG se asocia con los presupuestos de género en la medida en que considera a los contratos públicos como parte del gasto público, concluyendo que la GRPP puede entenderse como “un medio para implementar presupuestos sensibles al género”¹⁰⁸ (EIGE et al., 2022, p. 12).

En este sentido, en la guía de la Generalitat de Catalunya se considera que la introducción de la perspectiva de género en la contratación es un mandato normativo que deriva de la

¹⁰⁶ Añadimos aquí esta característica que desarrollaremos en el apartado correspondiente de este trabajo y que deriva del planteamiento de la CP como estrategia.

¹⁰⁷ La traducción es nuestra.

¹⁰⁸ La traducción es nuestra.

obligación de introducir de manera transversal dicha perspectiva en toda la actuación administrativa, al mismo tiempo que se fundamenta en la LCSP (Institut Català de les dones, 2018, p. 4).

Por tanto, una primera característica de la GRPP es que la misma concibe la contratación pública como herramienta de ejecución de los presupuestos públicos y pretende integrar la perspectiva de género en atención al carácter transversal de la misma. Esa horizontalidad llevaría a la consideración de la PEG en los contratos, de la misma manera que es tenida en cuenta en otras actuaciones de carácter accesorio de la Administración. Sin embargo, esto no cambia la esencia de la contratación que se sigue comprendiendo como un procedimiento administrativo, un trámite burocrático, sobre el que hay que actuar en virtud de esa transversalidad.

Otra característica distintiva de la GRPP es la consideración del impacto de género del contrato. En efecto, la PEG supone que las autoridades públicas, así como las empresas que les proveen, toman en cuenta el impacto diferenciado que las prestaciones que se contratan tienen en mujeres y hombres, perfilando contratos que reducen las desigualdades de género. Para ello, podrán considerarse cuestiones como las desigualdades en las personas que ejecutarán las prestaciones objeto del contrato, las que puedan surgir fruto del modo de ejecución del mismo, o aquellas que puedan producirse entre las personas usuarias o receptoras de los bienes o servicios que se pretenden contratar (EIGE et al., 2022, p. 11). En definitiva, supone que “quienes compran y quienes suministran examinan el impacto de todas las actividades contratadas en las necesidades, intereses y preocupaciones de mujeres y hombres, y diseñan y ejecutan contratos de tal manera que se reduzcan las desigualdades de género”¹⁰⁹ (EIGE, 2022, p. 8).

Por otro lado, una tercera característica de esta perspectiva es la insistencia en la disposición de las capacidades adecuadas para integrarla. En efecto, la introducción de la misma “no supone necesariamente un mayor coste, sino que requiere mayor conocimiento y capacidad” (EIGE, 2022, p. 8). A juicio del EIGE, para poder utilizar esta herramienta de *mainstreaming* de manera adecuada es preciso que exista el suficiente conocimiento sobre la materia, así como que se hayan desarrollado las capacidades necesarias para ello. De la misma opinión es Sarter (2019, pp. 6-7) quien subraya que para la integración de la

¹⁰⁹ La traducción es nuestra.

perspectiva de género en la contratación será preciso contar con los recursos necesarios entre los que incluye los conocimientos en ambas materias (contratación pública y mainstreaming de género); redes de intercambio, recursos e incentivos.

Por otra parte, la consecuencia de la aplicación de un análisis de impacto de género en los contratos públicos implica que las cláusulas de género que en los mismos se introduzcan no tienen que estar necesariamente relacionadas con el ámbito laboral y, sobre todo, deberá imponerse una especial cautela al considerar cláusulas de igualdad a aquellas que pueden reproducir roles tradicionales de género. Es decir, las cláusulas y consideraciones de igualdad que se introduzcan en el contrato deberán responder al resultado del previo análisis realizado.

En este sentido, en cuanto a los ámbitos que afecta la GRPP, Sarter (2019, pp. 4-5) llama la atención sobre el impacto que la misma puede tener en dos en concreto:

- En el personal que desarrollará las labores objeto del contrato: en este caso, la GRPP permite introducir consideraciones tales como la promoción del acceso de las mujeres en sectores laborales masculinizados o hacer referencia a las condiciones laborales y salariales de aquellas.
- Más allá del personal que ejecutará la prestación: la GRPP permite asegurar la calidad de los servicios y garantizar que los mismos son accesibles para todas las personas.

Igualmente, el EIGE menciona que la aplicación de la perspectiva de género en la contratación pública implica atender no únicamente al impacto de la compra en las personas destinatarias de bienes o servicios, sino también considerar las implicaciones que dicha perspectiva integra en términos del procedimiento de licitación y las posibilidades de acceso al mismo, por ejemplo, por empresas lideradas por mujeres (EIGE, 2021, p. 29).

Esta última perspectiva sobre la GRPP es la que adopta fundamentalmente el Banco Mundial (BM) que entiende la contratación con perspectiva de género como una herramienta clave para potenciar exponencialmente el empoderamiento económico de las mujeres y construir sociedades más equitativas. Con este fin, el BM plantea atender en sus adquisiciones a consideraciones de igualdad que permitan facilitar el acceso de las mujeres y de las empresas lideradas por ellas a los procedimientos de compra pública (Mc Gann y Ali, 2021, párr. 1º y 5º). En efecto, las empresas lideradas por mujeres siguen siendo

beneficiarias de muy pocos contratos públicos (Tillipman, 2021), por lo que los esfuerzos de igualdad deben considerar esta vertiente.

Por último, la GRPP implica que el análisis del impacto de género del contrato y de las necesidades diferenciadas de género de mujeres y hombres debe alcanzar a todos los momentos del procedimiento de contratación desde el diseño hasta la evaluación (Sarter, 2019, p. 5). Con este objetivo, será preciso en primer lugar, que, antes siquiera de iniciar el procedimiento, se realice un análisis de las desigualdades existentes y se identifiquen posibles medidas que contribuirán a promover la igualdad de género. En segundo lugar, habrá que plantearse cómo un bien o servicio puede ser diseñado de tal manera que tenga un impacto positivo en la igualdad entre mujeres y hombres. Diseñado el objeto del contrato, habrá que adaptar al mismo las distintas cláusulas, sin olvidar la evaluación del impacto de género que el contrato ha tenido (Sarter, 2019, p. 6).

Por tanto, una última característica de esta perspectiva es el hincapié que la misma hace en las cuestiones de diagnóstico previo y evaluación.

En todo caso, de las anteriores reflexiones podemos deducir que la GRPP tiene los siguientes caracteres:

- Es consecuencia del carácter transversal de la perspectiva de género, *gender mainstreaming*, y entiende la contratación sensible al género como una vertiente de los presupuestos con perspectiva de género. En este sentido no altera la naturaleza de la contratación pública la cual se comprende como una labor accesoria del actuar administrativo, un procedimiento burocrático por el que es necesario transitar.
- Toma en cuenta el impacto diferenciado de género que las prestaciones que se contratan tienen en mujeres y hombres, buscando reducir las desigualdades o evitar que las mismas se perpetúen.
- Exige conocimientos y capacidades tanto en materia de igualdad de género como en materia de contratación pública para poder aplicarla a cabalidad.
- Abarca consideraciones relativas no sólo a las personas que ejecutarán las prestaciones objeto del contrato (y, por tanto, a sus condiciones laborales); sino a aquellas que puedan producirse entre las personas usuarias o receptoras de los bienes o servicios que se quieren adquirir. Igualmente, se refiere al modo de ejecución del contrato y a las empresas que pueden ser beneficiarias de los contratos públicos. Pretende un impacto global en todos los aspectos en los que el contrato puede influir

en materia de igualdad. Las cláusulas de igualdad no se limitan al ámbito laboral, dependen de los resultados que arroje el previo análisis realizado.

- Es necesario atender a consideraciones de igualdad en todos los momentos del procedimiento de contratación desde su diseño hasta su evaluación.

C. Contratación pública estratégica de género

Resumidos los caracteres de la CPSR y de la GRPP, procede reflexionar sobre cómo los mismos configuran un espacio propio para la CPEG, en el que confluyen notas de una y otra corriente doctrinal; pero que, ante todo, debe ser comprendida en la integralidad de todas las posibilidades que ofrecen ambos desarrollos teóricos.

Antes de revisar los caracteres de la misma, debemos empezar definiendo la CPEG como una estrategia para promover la igualdad de género mediante la instrumentalización de los contratos públicos. La misma parte de un análisis del impacto diferenciado de género que los contratos pueden tener no sólo en el mercado de trabajo o sector en el que se inserta, sino en los procedimientos de contratación y en las personas que se beneficiarán de los bienes o servicios contratados. La CPEG también considera el impacto de género de la propia decisión de compra o adquisición.

Definida de esta manera, podríamos caracterizar la CPEG a través de los siguientes aspectos que retoman las dos fuentes de las que se nutre y cuyo resumen se dibuja en la tabla del **anexo I** de este documento:

- La primera característica a la que debe atender una contratación pública estratégica de género es precisamente ese carácter estratégico. La contratación pública no es únicamente un procedimiento administrativo específico que es preciso tramitar para obtener bienes y servicios, sino que es una herramienta, un instrumento más del que la Administración dispone para fomentar políticas de igualdad entre mujeres y hombres. La contratación pública sirve, por tanto a una estrategia de género que busca apoyar objetivos de las políticas de igualdad; una estrategia de género que instrumentaliza los contratos públicos para el logro de esos fines.
- En segundo lugar, en la medida en que la CPEG contribuye al logro de dos objetivos (compra y estrategia de género) supone una gestión eficiente de los recursos públicos, en tanto se generarán ahorros y sinergias en el actuar administrativo.

- Además, la calidad entendida en términos de género cobra especial relevancia. El precio no es el factor de decisión más relevante en el contrato, sino la medida en que el mismo contribuye a un mayor rendimiento de género; es decir, el valor que en términos de igualdad aporta ese bien o servicio. La contratación no se entiende en términos de gasto, sino desde una perspectiva de inversión en materia de igualdad de género.
- Para la integración de una estrategia de género en la contratación pública será indispensable realizar un análisis del impacto de género que los contratos pueden tener tanto en las personas que ejecutan la prestación, como en las usuarias/os o destinatarias/os de los bienes y servicios, como en cualquier otro aspecto o prestación prevista en el contrato e incluso de la propia decisión de compra o adquisición. Por tanto, el resultado de este análisis determinará la estrategia de género a seguir con el contrato. La CPEG es mucho más que introducir cláusulas de igualdad en un contrato, implica un análisis previo y posterior de la estrategia de género deseada y de la manera en que puede materializarse mediante el concreto contrato.
- De la misma manera, la contratación pública estratégica de género no puede ser considerada por un simple encaje en el marco de las cláusulas sociales. Aunque sin duda tendrá cuestiones en común con ellas, la CPEG sobrepasa el ámbito de lo social, entendido este como inclusión en el mercado laboral y condiciones de trabajo en el mismo. Así, la perspectiva de género utilizada como herramienta transversal empuja a las cláusulas de igualdad a analizar el impacto de género de cada contrato más allá del mercado de trabajo, sobre las personas destinatarias de esos servicios o sobre la cultura de género que se mantiene en nuestra sociedad. Las cláusulas de igualdad de género no tienen por qué referirse a la situación de las mujeres y, en todo caso, no tienen por qué atender a necesidades prácticas de las mujeres por el rol que se les asigna en la sociedad (aunque pueden hacerlo), por ejemplo, las medidas de conciliación. Las cláusulas de igualdad pueden pretender la satisfacción de intereses estratégicos como el cambio de las estructuras y relaciones de poder de género. En todo caso, la estrategia perseguida dependerá del análisis de impacto de género del contrato.
- Igualmente, el carácter transversal de la perspectiva de género obliga a considerar la misma en todos los momentos del procedimiento de contratación, así como en la ejecución del contrato. Por ello, las cláusulas de igualdad podrán integrarse en cualquier momento de dicho procedimiento y cumpliendo cualquier función admitida

en las normas de contratación (prescripciones técnicas, solvencia, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución, etc...).

- Más allá de las distintas fases del procedimiento de contratación, una contratación estratégica de género presta particular atención a las fases de planificación, diseño y evaluación, en tanto las mismas permitirán conocer la efectividad de la estrategia de género buscada. Estas fases permiten establecer indicadores, metas y medir los logros alcanzados al instrumentalizar el contrato de conformidad con una estrategia de igualdad. Igualmente, posibilitan reajustar las estrategias perseguidas para sucesivas contrataciones.
- En una contratación pública que se debe a una estrategia de género las cláusulas de igualdad deben ir más allá de la legalidad establecida buscando promover en las operadoras económicas comportamientos beneficiosos en la materia. Ahora bien, la contratación estratégica de género puede servir para garantizar que las empresas cumplen a cabalidad las normas procedentes.
- Finalmente, para una adecuada instrumentalización de los contratos; será indispensable proveer los recursos y generar el conocimiento preciso tanto en materia de contratación estratégica como en lo relativo a la perspectiva de género, de tal manera que los contratos públicos puedan servir a una verdadera estrategia de género.

4.3.2. IMPACTO DE GÉNERO DE LOS CONTRATOS

A efectos del análisis que estamos desarrollando, partimos de la clasificación que de los contratos realiza Valcárcel Fernández (2013, pp. 333-334). Para determinar la posibilidad de la inclusión de consideraciones de género, la autora distingue entre dos tipos de contratos que podríamos denominar como sigue:

a) **Contratos en materia de género:** nos referimos a aquellos cuyo contenido esencial es dar respuesta a una necesidad de género. Así, en aquellos contratos que tengan como objeto brindar servicios de atención a la violencia de género, servicios sociales a mujeres en situación de exclusión o riesgo, realizar estudios con perspectiva de género, ... la inclusión de consideraciones de género a lo largo de los distintos momentos contractuales será sin lugar a dudas, no sólo posible, sino indispensable.

b) **Contratos en ámbitos distintos a los de la igualdad entre mujeres y hombres:** más allá de la propia finalidad del contrato, una institución puede buscar la consecución de un

fin complementario a la simple adquisición de un bien o servicio determinado. Valcárcel Fernández (2013) los define como aquellos “contratos que en principio podrían no tener ninguna relación con las cuestiones de género” (p. 334). Con base en ese carácter transversal del principio de igualdad procede la inclusión de consideraciones de género, en la medida en que se busca lograr un fin complementario al principal, también de interés público.

Consideramos que hay que tomar con cautela esta segunda clasificación, porque a nuestro juicio la gran mayoría de contratos tienen un impacto diferenciado de género, otra cuestión, es que no se haya realizado el análisis pertinente y, por tanto, quien los promueve no haya podido identificar qué relación tienen los mismos con la igualdad. Esto sucede muy a menudo en contratos de obras y suministros, así como en la contratación de determinados servicios públicos. Debemos llamar de nuevo la atención sobre la necesidad de que quien promueva, asesore y tramite los contratos no sólo tenga conocimientos en materia de contratación, sino en términos de igualdad de género, para poder identificar de manera precisa la relación que los contratos tendrán con la igualdad. Este análisis previo es la única vía para asegurar que dichos contratos no supondrán, en la práctica, una forma de perpetuar o incluso ahondar desigualdades de género.

Por tanto, a nuestro juicio este segundo grupo debe revisarse en atención a dos cuestiones:

- Por un lado, nos encontramos con aquellos contratos que, aunque su ámbito específico no sea el de la igualdad, tienen un impacto diferenciado de género muy claro que se puede apreciar incluso desde el planteamiento de las prescripciones técnicas del contrato. En estos casos, la falta de identificación de dicho impacto, se puede deber a múltiples causas relacionados todas con la que ya hemos señalado (desconocimiento), como por ejemplo la complejidad del contrato, la novedad del mismo o la reciente introducción de la perspectiva de género en el sector.

En este grupo podríamos incluir contratos de proyectos de obras y obras cuya ejecución debería tener en cuenta, por ejemplo, el uso diferenciado de género de los espacios públicos, o la protección de las víctimas de violencia de género en un juzgado. También podrían hacerse consideraciones de género en un contrato relativo al transporte público en función de los usos diferenciados que del mismo hacen hombres y mujeres (influidos por la todavía mayor carga de las labores de cuidado que las mujeres asumen). Todos estos objetos se suelen licitar sin consideración de

género alguna, a pesar de que el impacto que producen en las personas usuarias de los servicios y bienes contratados es sustancialmente distinto entre hombres y mujeres.

En todo caso, hemos de precisar que en este tipo de contratos las consideraciones de género no tienen por qué mencionarse de manera expresa como tales, lo cual no desvirtúa su inclusión, ni significa que su fundamento no sea el principio de igualdad. Así, siguiendo los ejemplos anteriores, prever en un contrato de obras de un palacio de justicia la construcción de espacios separados para víctima y agresor en casos de violencia de género es una consideración de género, aunque no se exprese como tal en el proyecto de obra (del mismo modo que disponer la realización de una rampa de entrada de determinada inclinación no tiene por qué hacer mención expresa a la palabra accesibilidad y, sin embargo, no por ello pierde su fundamento en la misma). En este sentido, hay que recordar que la contratación pública estratégica de género es mucho más que la simple introducción de cláusulas de igualdad y que las consideraciones que se establezcan dependerá del análisis previo de impacto de género realizado.

Insistimos en este tipo de contratos porque creemos que es habitual que ni los órganos de contratación los mencionen expresamente o los consideren, ni los órganos jurisdiccionales que resuelven recursos contractuales entiendan la vinculación que con el objeto contractual tienen las consideraciones de género. Sin duda, es un ámbito en el que la materialización del principio de igualdad exige avances concretos y rápidos.

- Por otro, hemos de reconocer que existen contratos en los que la perspectiva de género tiene un impacto casi nulo. Estos, a nuestro juicio, serían puramente a los que Valcárcel Fernández se refiere como contratos que en principio no tienen relación con el género. Pongamos por caso una compra de material de oficina. A pesar de que el contrato pudiera no tener una relación con la perspectiva de género, no olvidemos que la Administración puede querer satisfacer un segundo objetivo con ese contrato: un objetivo de igualdad de género. Así, habrá que considerar cuestiones como:
 - Por un lado, que las normas de contratación nos permiten revisar el cumplimiento de los derechos humanos en la cadena de suministro de los productos que estamos comprando y que en muchos casos podremos verificar el cumplimiento del principio de igualdad entre quienes producen dichos bienes o incluso podremos

exigir la garantía de unas condiciones laborales mínimas en un sector fundamentalmente feminizado.¹¹⁰

- Por otro, que los contratos se enmarcan siempre en un sector de trabajo que puede tener una determinada estructura de género sobre la que la Administración estratégicamente pretende influir.

A pesar de que en ambos casos existe una vinculación del contrato con la igualdad de género, en estos últimos dos ámbitos es donde probablemente más dificultades encontremos a la hora de justificar la exigida vinculación de las cláusulas con el objeto contractual.

4.3.3. LAS CLÁUSULAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Como hemos señalado la contratación pública estratégica de género es mucho más que las cláusulas de igualdad, en tanto implica la adopción de una estrategia que pasa por un previo análisis de impacto de género y que termina en una evaluación de los resultados obtenidos con la misma. Sin embargo, dicha estrategia deberá materializarse en la práctica en una serie de cláusulas con perspectiva de género en el marco de un contrato.

Hemos adelantado que dichas cláusulas no tienen por qué mencionar expresamente la igualdad, ni referirse todas a la situación de las mujeres, ni limitarse al ámbito laboral. En efecto, ya hemos avanzado varias de las consideraciones de género que es posible realizar en los contratos públicos. Sin embargo, siempre hay que tomar en cuenta que las listas o menciones que aquí podamos hacer no son exhaustivas y que, dependiendo del objeto contractual y del análisis de género que de él se haga, las posibilidades que las cláusulas de igualdad ofrecen son variadísimas.

En todo caso, a efectos de poder analizar las posibilidades y límites de las cláusulas de igualdad de género en los contratos públicos, vamos a tratar de clasificar aquí, a grandes rasgos, las posibles cláusulas de igualdad que pueden introducirse en los contratos públicos. Para ello, podríamos clasificarlas en función de tres cuestiones: del ámbito en el que tienen repercusión, del tipo de medida que se propone tomar y de su relación con las disposiciones normativas

¹¹⁰ Más adelante revisaremos este tema en referencia a autores que han analizado la cadena de suministro en sectores feminizados como el textil (ver Pigrau Solé et al. 2020).

A. En función del ámbito en el que impactan

En este caso, podríamos dividir las cláusulas que influyen en la estructura y organización del mercado de trabajo y cláusulas cuyo impacto trasciende el ámbito empresarial. En efecto, Sarter (2019, pp. 4-5) distingue entre aquellas cláusulas que promueven la igualdad entre la fuerza de trabajo y aquellas que impulsan la igualdad más allá del ámbito laboral. Entre este último grupo encaja la autora las consideraciones que permiten asegurar una mayor igualdad en cuanto a las personas usuarias de los contratos. Consideramos que, en el mismo, también debemos añadir aquellas cláusulas que impactan en la cultura de género.

En cuanto a las cláusulas que tienen como fin modificar el mercado laboral hay que recordar que son las que mejor encajan en el marco de las cláusulas sociales y que tienen un fundamento claro, en la medida en que el mercado de trabajo es el ámbito primordial en el que se mueven los contratos públicos y, por tanto, su espacio de influencia por excelencia. En este sentido, podemos distinguir aquellas que redistribuyen los porcentajes de participación de mujeres y hombres en los distintos sectores y las relativas a la conciliación de la vida familiar, personal y profesional:

- Redistribución de la participación: las cláusulas que responden a este fin se fundamentan en las desigualdades de género que se reflejan en la brecha salarial de género, la segregación vertical¹¹¹ y horizontal¹¹², la dificultad de acceso de las mujeres al mercado laboral remunerado (que se acentúa si además de ser mujer pertenecen a un colectivo excluido o en riesgo de exclusión como ser víctimas de violencia de género, tener algún tipo de discapacidad, etc.), la mayor precariedad de su situación laboral o la predominancia del desempleo femenino de larga duración. En este sentido, las consideraciones de género que se pueden integrar en los contratos públicos estarían dirigidas a eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres el acceso a un empleo remunerado, mediante, por ejemplo, el aumento de la proporción de mujeres:

¹¹¹ La cual impide a las mujeres el acceso a puestos de trabajo de toma de decisiones a través del famoso techo de cristal.

¹¹² Entendida ésta como la división en función del género de la fuerza laboral en los distintos sectores; siendo, que la mano de obra femenina se concentra en el sector servicios y la masculina en la industria. División que coincide con una brecha salarial, al estar peor remunerados los sectores feminizados. La Comisión Europea en su guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas denomina a este concepto segregación sectorial u ocupacional (Comisión Europea, 2021, p. 6).

- en general, como lucha contra el desempleo femenino.
- en sectores masculinizados como la industria, el transporte o las telecomunicaciones, con la intención de transgredir la segregación horizontal.¹¹³
- o en puestos de toma de decisiones, a efectos de quebrar el techo de cristal.

Pero también podemos encontrar consideraciones relativas al salario de las mujeres como la garantía de obtener un mismo salario por trabajo de igual valor, o medidas que disminuyan la brecha salarial, por ejemplo, mediante los incentivos a subir los salarios en los sectores feminizados, en tanto suelen ser los peor pagados.

Igualmente, podría considerarse una cláusula de igualdad útil en relación a una determinada estrategia de género el fomento de una proporción equilibrada entre mujeres y hombres en la empresa.

Por otra parte, este tipo de consideraciones pueden incluir otras medidas que fomenten la permanencia y promoción de las mujeres en sus puestos de trabajo a efectos de luchar contra la expulsión de las mujeres del mercado laboral y asegurarles las mismas oportunidades que a los hombres en cuanto a carrera profesional; entre ellas, podemos señalar: las facilidades para recibir formación en el empleo; aquellas que tengan como objeto la creación de un clima laboral acorde con la igualdad (como la formación en materia de género al personal); u otras dirigidas a erradicar la violencia de género en el puesto de trabajo (como las relativas a la existencia de protocolos frente al acoso sexual o por razón de sexo).

- En cuanto a las medidas de conciliación y corresponsabilidad, tienen su fundamento en el reconocimiento social de las labores de cuidado. Ortiz González-Conde (2017, pp. 318-330) nos recuerda que debemos distinguir entre las políticas de conciliación que han tenido como sujeto destinatario a las mujeres, poniendo sobre ellas nuevamente el peso de las labores de cuidados; y las políticas de corresponsabilidad que buscan la implicación de los hombres en dichas labores de atención a personas dependientes de la familia.

¹¹³ A efectos de establecer este tipo de cláusulas nos parece fundamental la reflexión que realiza Lesmes Zabalegui (2019, p. 14) en el sentido de subrayar lo inadecuado de exigir un determinado porcentaje de mujeres entre el personal cuando el contrato se ejecuta en el marco de un sector claramente feminizado.

En todo caso, la diferencia que maneja el autor nos llevaría a distinguir entre dos tipos de cláusulas en la materia:

- Las cláusulas relativas a la conciliación. Si bien las mismas, como señala Ortiz González-Conde reproducen roles tradicionales de género, en tanto mantiene el peso de los cuidados sobre las mujeres, es posible que su uso se instrumentalice para evitar la opción de las mujeres por el trabajo a tiempo parcial o la expulsión de las mismas del mercado de trabajo, en la medida en que esta opción venga determinada por la necesidad de conciliar labores de atención a familiares¹¹⁴ con labores profesionales
- Junto a estas medidas podemos encontrar las de corresponsabilidad en las tareas de cuidado, cuya finalidad es evitar que sean las mujeres quienes sigan asumiendo predominantemente dichas tareas; para ello, promueven espacios en los que los hombres asuman sus obligaciones en este ámbito. Hay que precisar que estas últimas, por su definición impactan también más allá del mercado laboral, al redefinir roles de género adoptados en nuestra sociedad, por lo que las mismas andarían a caballo entre esta clasificación y la siguiente.

Con estos dos fines se pueden determinar medidas como bolsas de horas o tiempo, flexibilización del lugar de trabajo (como mediante el teletrabajo), reducciones de jornadas, ampliación de permisos de maternidad, paternidad, lactancia, previsión de permisos retribuidos para el cuidado de familiares (consultas médicas de menores de edad, asistencia a personas mayores, asistencia a tutorías infantiles...); aumento del tiempo destinado a excedencias, flexibilización de los horarios de trabajo como la posibilidad de adaptar la jornada de trabajo o la duración y distribución de la misma para hacer efectivo el derecho a conciliar la vida personal, familiar y profesional.

Si nos referimos a las cláusulas cuyo impacto sobrepasa el ámbito laboral, debemos realizar una nueva distinción entre aquellas medidas dirigidas a las personas beneficiarias o usuarias de los servicios o productos que se vayan a prestar y las que impactan en la cultura de género de la sociedad.

- En cuanto a las medidas que se refieren al impacto en las personas beneficiarias o usuarias. En tanto la ejecución de una prestación puede impactar en las personas usuarias o beneficiarias de ese bien o servicio, otra medida que contribuiría a producir

¹¹⁴ Cuyo peso recae, todavía, principalmente en las mujeres.

un cambio cultural sería la obligatoriedad de que el personal que ejecute el contrato reciba formación de género, de tal manera que pueda ejecutar la prestación atendiendo a estas consideraciones. Igualmente, la exigencia de que la prestación se diseñe o ejecute conforme a parámetros de género, es una cláusula que impacta más allá del mercado laboral. Hay que considerar que los suministros y obras que se contratan están destinados a su uso por determinados colectivos, en este sentido, conocer el impacto diferenciado que los mismos pueden tener en esos colectivos puede ser una vía para determinar cláusulas de igualdad de género.

- En lo que se refiere a las consideraciones de igualdad que inciden en cambios en la cultura de género y los roles que tradicionalmente se asignan en ella a mujeres y hombres, debemos referirnos a cuestiones como el uso no sexista del lenguaje o de imágenes estereotipadas en la producción de documentación, comunicaciones, difusión de mensajes, etc. En efecto, en ocasiones, la contratación de bienes y servicios implica la generación de documentación e imágenes cuya difusión será amplia (piénsese, por ejemplo, en la contratación del diseño de una campaña de comunicación, o del desarrollo de una guía, manual, programa, redacción de un estudio, etc.¹¹⁵). En este ámbito, encajarían también todas aquellas medidas que puedan trastocar los roles tradicionales de género como las medidas de corresponsabilidad mencionadas en la anterior clasificación.

B. En función del tipo de medida en materia de igualdad que se propone tomar

Considerando los caracteres del principio de igualdad, podemos clasificar todas estas posibles cláusulas entre aquellas que responden a medidas para promover la igualdad y las que ponen en marcha medidas de acción positiva, acciones afirmativas o de discriminación positiva.

- Medidas que promueven la igualdad en términos generales. A grandes rasgos, dentro del primer grupo estarían las consideraciones relativas al uso de lenguaje e

¹¹⁵ Ponemos como ejemplos evidentes estos; sin embargo, estas consideraciones son extensivas a cualquier servicio, suministro u obra que se vaya a poner a disposición de personas usuarias de servicios o trabajadoras. Por ejemplo, la contratación de unas simples máquinas de vending que vinieran adornadas con imágenes en la propia máquina o en las pantallas para la selección de los alimentos podría estar reproduciendo roles estereotipados de género, si no se define de otra manera en los pliegos del contrato.

imágenes no sexistas, las medidas de corresponsabilidad o conciliación de la vida personal, familiar y laboral, etc.

- En cuanto a las consideraciones que promueven acciones afirmativas, nos referiríamos a medidas que premian el empleo de mujeres en sectores masculinizados, en puestos de toma de decisiones, o en general su contratación en aras a conseguir una representación equilibrada entre sexos en un determinado sector. Hay que tener claro que este segundo grupo de medidas no tiene carácter discriminatorio, en tanto buscan eliminar obstáculos reales que impiden el logro de la igualdad. Es por ello que no puede considerarse que son violatorias de dicho principio, porque su finalidad es, precisamente, garantizarlo.¹¹⁶

C. En función de su relación con las disposiciones normativas

Arrowsmith (2010) realiza una nueva clasificación que distingue entre cláusulas que reproducen los mandatos legales y aquellas que van más allá de la legalidad impuesta:

- Cláusulas que reproducen mandatos legales: puesto que la obligatoriedad de cumplir con las normas es indiscutible, conviene cuestionarse los motivos por los que podría convenir introducir en los contratos públicos cláusulas que reproduzcan los mismos. En este sentido, Arrowsmith (2010, p. 154) señala cuatro motivos: en primer lugar, evitar que los gobiernos se asocien con comportamientos ilegales; en segundo lugar, otorgar una herramienta adicional de cumplimiento de la norma o de sanción de los incumplimientos, así como reducir las posibles vulneraciones de la ley en la medida en que ciertas operadoras puedan reaccionar de manera más efectiva a la posibilidad concreta establecida en una cláusula del contrato que a la futura o hipotética amenaza que la norma contiene; en tercer lugar, asegurar un campo de actuación no discriminatorio, en el sentido de que aquellas empresas que no cumplen sus obligaciones pueden tener ventajas competitivas con aquellas que asumen la carga que la legalidad impone; y finalmente, evitar que el gobierno financie actividades ilegales o incluso criminales a través de los contratos públicos.

¹¹⁶ Esta me parece una consideración importante a tener en cuenta a la hora de evaluar la adecuación de estas cláusulas en los recursos que frente a ellas se puedan establecer.

- Cláusulas que sobrepasan el mandato legal: en este caso Arrosmith (2010, p. 159) indica dos posibles razones: por un lado, garantizar que las autoridades contratan con quienes aseguran el más alto nivel de estándares posible; y por otro, asegurar la eficacia de las medidas sociales deseadas, en tanto la contratación pública se presenta como instrumento de política más efectivo que las sanciones penales que implican dificultosos procedimientos legales, lo que podría justificar la inversión en los objetivos sociales mediante la contratación.

La clasificación planteada por la autora es un debate que aún se deja entrever a nivel doctrinal. Es cierto que, en diversas resoluciones, los tribunales han determinado que los contratos públicos y su clausulado no pueden ser la vía para innovar la legislación o la normativa laboral;¹¹⁷ Cuestión que ha sido tomada como base por algunos órganos de contratación para incluir cláusulas especiales que simplemente remiten a disposiciones legales.

Ante este planteamiento debemos precisar que el cumplimiento de la legalidad en un determinado sector es una obligación para las empresas que no es necesario introducir en un contrato. En efecto, “cumplir las normas obligatorias en materia social y laboral durante la ejecución del contrato no es opcional, sino preceptivo” (Comisión Europea, 2021, p. 6).

De esta manera, consideramos que, en general, las cláusulas de igualdad deben ir más allá de la legalidad, retomamos aquí las consideraciones de Bernal Blay, quien subraya que los órganos de contratación no tienen como finalidad acreditar el cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales de las empresas, “sino establecer un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos legalmente exigibles, cuando ello resulte posible, y no colisione con otros intereses también dignos de protección” (2008, p. 216). En este sentido, insiste Selma Penalva (2017) que “si lo que se quiere premiar es el especial compromiso de los concurrentes con determinados fines de interés social, si no se mejora el mínimo exigido por la ley, no podrá hablarse de una verdadera implicación social [...]” (p. 303). En el mismo sentido, señala Horgué Baena (2023, p. 25) que no es suficiente con repetir las obligaciones vigentes en materia sectorial,

¹¹⁷ Es preciso señalar aquí que, a pesar de las consideraciones del alto tribunal, mediante un contrato nunca se podrá innovar la legislación, por mucho que se intente, en tanto las empresas que no lo cumplen pueden seguir operando en el mismo mercado sin sanción alguna (Semple, 2015, p. 17). En efecto, las consideraciones de igualdad establecidas en un pliego en concreto afectan a las empresas que participen en esa licitación, pero no imponen obligaciones generales en un determinado sector.

la CPE debe añadir valor social o ambiental. Finalmente, De Guerrero Manso (2023) concluye que la compra pública estratégica busca lograr “resultados adicionales al mero cumplimiento de la normativa, ya sea social, laboral o medioambiental” (ap. II).

Por otro lado, si se convierten las cláusulas de género en una simple remisión a normativa en la materia, el carácter estratégico de la contratación devendría inútil, por cuanto que poco puede impulsar un instrumento al logro de objetivos de igualdad si se limita a repetir los mínimos legales previamente establecidos. La contratación debe tender en el marco legal actual a acelerar el logro de los objetivos impuestos en la materia dando un paso más que el que establece la ley.

Así, en el ámbito de las cláusulas de género, no tendría sentido, más que como recordatorio, señalar que la contratista estará obligada a asegurar igual retribución a mujeres y hombres en la ejecución contractual. Esto ya es una obligación legal, obligación cuyo incumplimiento debe ser sancionado. Sí cabría, sin embargo, atender a los obstáculos que el cierre de esa brecha presenta; por ejemplo, el determinar qué trabajos son de igual valor o establecer consideraciones que impactan en los condicionantes que están generando esa diferencia salarial entre mujeres y hombres (temporalidad del empleo femenino, empleo a tiempo parcial, reducciones de jornadas para el cuidado de personas dependientes, ...).

Cuestión distinta es que en aspectos que implican la exclusión de las empresas de los procedimientos de contratación como las prohibiciones de contratar se remita al cumplimiento, por parte de las operadoras económicas, de la más estricta legalidad. En efecto, las cláusulas previstas en la norma requieren el incumplimiento de un deber o la comisión de un delito o infracción y que, además, el mismo haya sido declarado así por el órgano competente. Igualmente, una condición especial de ejecución podría establecer medidas que le permitan a la Administración comprobar que la empresa cumple las normas de igualdad que afectan a la ejecución del contrato.

4.3.4. OPORTUNIDADES Y BENEFICIOS DE LA CPEG

Como concepto que integra los dos desarrollos teóricos mencionados la CPEG tendrá los mismos beneficios y oportunidades que ambos suponen. Más allá de los ya mencionados aprovechamos este apartado para destacar las siguientes bondades de la CPEG.

En este sentido, el EIGE esgrime 5 argumentos que ponen de manifiesto la importancia de integrar la perspectiva de género en la contratación pública europea y que resumimos a continuación (EIGE et al., 2022, pp. 14-16):

- Impulsa el crecimiento sostenible e inclusivo en el UE: se aprovecha el importante porcentaje del PIB invertido en la contratación para, a través de una perspectiva de igualdad de género, mejorar el crecimiento económico per cápita¹¹⁸, aumentar la capacidad del mercado europeo de producir internamente más bienes y servicios y ser más competitivos en mercados internacionales.
- Tiene un considerable potencial para promover la igualdad de género: y, por tanto, para materializar objetivos europeos e internacionales en dicha área. Los poderes adjudicadores son instituciones consumidoras con un peso relevante en el mercado europeo que con sus prácticas pueden reproducir desigualdades de género, disminuirlas o incluso evitarlas (EIGE, 2021, p. 4). Por otra parte, impacta en las consideraciones relativas a una mejor relación calidad-precio (*value for money*), en la medida en que el logro de una mayor igualdad tiene un impacto positivo en los beneficios que se obtendrán. Más allá de que la igualdad es un beneficio social en sí mismo.
- Contribuye a cerrar la brecha salarial y a crear empleo inclusivo: puede contribuir a asegurar el cumplimiento de las obligaciones legales en materia social, a integrar social y laboralmente a mujeres que sufren múltiples discriminaciones y lanza un mensaje claro y contundente al mercado sobre las prácticas aceptables para las autoridades.
- Apoya los esfuerzos hacia una contratación pública sostenible y socialmente responsable: las tres consideraciones son totalmente compatibles y se refuerzan entre ellas. Así, considerar las específicas necesidades de las mujeres en la compra de uniformes alargará la vida útil de los mismos, atender a medidas de seguridad en el trabajo mejorará la situación de mujeres y hombres; aplicar criterios ecológicos en sectores como los de limpieza, textil, producción de comida, conllevará una mejora de las condiciones de las personas trabajadoras que son en su mayoría mujeres.
- Fortalece la institucionalización del *mainstreaming* de género: por un lado, genera oportunidades para promover cambios organizacionales con gran impacto en las

¹¹⁸ Se refiere aquí el EIGE al crecimiento económico asociado a la implementación de políticas de igualdad de género que ya se ha analizado en el apartado correspondiente a las oportunidades del *mainstreaming* de género de este trabajo.

relaciones de género, como aquellos que pueden afectar al equilibrio entre la vida familiar, personal y profesional; por otro, es un acicate para ampliar la integración transversal de la perspectiva de género en otros ámbitos de actuación administrativa o en otras herramientas al servicio de las autoridades.

Además de estas cinco ventajas el EIGE hace referencia a dos más:

- mejora la eficiencia del gasto público en la medida en que la integración de consideraciones de género en los contratos permitirá que los mismos respondan a las necesidades de un mayor número de personas, mujeres y hombres, al atender sus diferentes necesidades y preocupaciones (EIGE, 2021, p. 6).
- es una contratación pública justa y buena porque ofrece oportunidades a las autoridades públicas para distribuir de manera más justa los recursos promoviendo un mejor nivel de vida tanto para hombres como para mujeres, no sólo como personas destinatarias de servicios y bienes públicos; sino como propietarias de empresas que se encuentran habitualmente con dificultades para acceder a los beneficios de las licitaciones públicas (EIGE, 2021, p. 29).

Por otra parte, en el marco de la CPEG, debemos recordar, con base en ambas corrientes doctrinales, que prácticamente toda actuación de la Administración tiene un impacto de género, independientemente de que el mismo se haya buscado o no. De esta manera, actuar sin tomar en cuenta consideraciones de género puede redundar en el aumento de las desigualdades y en la profundización de la brecha entre mujeres y hombres. Queramos o no, los pliegos que definen los contratos públicos impactan en el modelo social y de igualdad promovido en el sector privado, contribuyendo a configurar no sólo las características del sector empresarial, laboral y económico al que se dirigen, sino también delineando el imaginario colectivo sobre los roles de género; en la medida en que el sector empresarial es reflejo y factor de influencia en la sociedad en la que se inserta, pero, también, en tanto las consideraciones establecidas en los pliegos pueden trascender el ámbito de la propia empresa contratista.

En este sentido, la ausencia de consideraciones de género en los pliegos invertirá recursos en empresas cuyo modelo empresarial se aleja de la igualdad, reforzando así, estructuras sociales alejadas de este objetivo. Una contratación pública estratégica de género, producirá, sin embargo, un efecto positivo de género en el sector económico y laboral al que se dirige, promoviendo espacios en los que existe una comprensión, concienciación e

implicación en la garantía de los derechos de las mujeres. Tiene también el potencial de impactar en la cultura de género, redefiniendo el rol de las mujeres en los espacios públicos y la distribución de las tareas de cuidado. Por otro lado, puede ser una palanca para introducir la perspectiva de género en sectores novedosos.¹¹⁹ En todo caso, finalmente, tendrá un efecto sobre el imaginario colectivo de género.

La diferencia no es poca, porque obviar el potencial de la contratación supone ahondar una brecha que al mismo tiempo se trata de cerrar con subvenciones, ayudas y otros instrumentos. Instrumentalizar la contratación, por el contrario, multiplica los resultados de la actuación de la Administración produciendo economías en el uso de los recursos públicos que se alinean entorno al logro de un mismo fin.

Así, si la contratación estratégica de género tiene como fin actuar sobre una realidad de tal manera que se vea modificada (en el sentido de acercarse cada vez más al logro de la igualdad efectiva), las características que configuran esa realidad son la causa de la CPEG, en la medida en que su existencia y persistencia justifican la necesidad de que la Administración siga actuando sobre las mismas.

¹¹⁹ Por ejemplo, en sectores como la arquitectura y la ingeniería (y elegimos estos sectores como ejemplo, por su marcada masculinización) en los que el hecho de que las administraciones comenzaran a exigir especialistas en el desarrollo de proyectos de obra con conocimientos sobre la introducción de la perspectiva de género tendría un impacto considerable en los mismos. Ese impacto no se limitaría, en todo caso, a un intento de equilibrar la representatividad de las mujeres en el sector, sino al diseño de ciudades y espacios públicos con una perspectiva de género (urbanismo con PEG) cuyo ámbito de influencia alcanza al imaginario social y a los roles predeterminados de género.

5. POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE IGUALDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN: PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE, PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL

En 2011 Medina Arnáiz escribía, a propósito del paquete de directivas de 2004, que, salvados los requisitos de que las cláusulas sean conformes con los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, no restrinjan la competencia y se publiquen en los pliegos o en el anuncio de licitación, las Directivas “permiten acoger pautas de adecuación de los contratos a requerimientos sociales y medioambientales” (Medina Arnáiz, 2011, pp. 58-59). Si las directivas de 2004 lo permitían, está claro que las de 2014 lo aconsejan y su transposición en la LCSP así lo refleja como principio transversal en el art. 1.3 LCSP. Sin embargo, pasados más de diez años de esa afirmación, la introducción de cláusulas de estas características no es tan habitual como para que la contratación se haya tornado la herramienta estratégica que se pretendía.

En efecto, éste no ha resultado un ámbito sencillo ni de interpretación unánime, generando que, en la actualidad, todavía haya muchos contratos infrautilizados desde un punto de vista estratégico, así como la existencia de numerosos recursos sobre la adecuada introducción de dichas consideraciones en los pliegos de los contratos públicos. De hecho, a pesar de las disposiciones normativas en vigor, la mayoría de los contratos sigue adjudicándose con base en un único criterio: el precio (Medina Arnáiz, 2020, p. 83). Esto ha llevado a las instituciones europeas a señalar que la contratación estratégica se está infrautilizando (Comisión Europea, 2017a, p. 5).

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos de los órganos europeos y de las distintas autoridades públicas por fortalecer la CPE mediante normas de diversos rangos y guías en la materia; las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales se han mostrado: por un lado, más limitativas, impidiendo el desarrollo de la contratación estratégica; y por otro, contradictorias, dificultando la labor de los órganos de contratación que no saben a qué criterio acogerse.

En este contexto, procede a continuación realizar un análisis de las posibilidades y límites que la contratación pública estratégica de género puede encontrar. Para ello, se revisarán los distintos momentos del procedimiento de contratación que dividimos en: preparación del expediente, procedimiento de licitación y ejecución del contrato. En este marco, se

analizarán las posibles funciones que una cláusula de igualdad puede tener: objeto del contrato, prescripción técnica, prohibición de contratar, cláusula de solvencia, criterio de adjudicación y condición especial de ejecución, principalmente.

En todo caso, hay que considerar que la correcta incorporación de consideraciones estratégicas en una u otra cláusula va a requerir un análisis de legalidad en la medida en que se habrá de determinar su conformidad a derecho; así como un análisis de oportunidad, que estará relacionado con el examen por parte de la Administración de las características de igualdad que debe cumplir el bien o servicio que pretende adquirir y de las del mercado en el que adquirirá el mismo (Medina Arnáiz, 2017, p. 76).

Finalmente, antes de entrar en el análisis hay que recordar que la voluntad de la norma tanto europea como española ha quedado meridianamente clara en dos artículos transcendentales:

- En el caso de la Directiva 2014/24/UE en el art. 18 que establece los principios de la contratación, se obliga a los Estados a garantizar el cumplimiento durante la ejecución de los contratos de las obligaciones de carácter laboral, social y medioambiental adoptadas en los convenios colectivos, el derecho nacional, el europeo y en las disposiciones de derecho internacional. En concreto las contenidas en los tratados recogidos en el anexo X del texto. Esta disposición es de carácter vinculante, no optativo para los Estados, y se introdujo a propósito con este carácter después de 18 meses de negociación (Van den Abeele, 2014, p. 9). Según Van den Abeele (2014, p. 9), para la interpretación de este artículo debemos atender a los considerandos 37 a 39 de la directiva, en los que se señala que se refiere a las normas aplicables en el lugar en el que se prestan los servicios o se realizan las obras, siempre que las mismas cumplan el derecho de Europa. El incumplimiento de las obligaciones se puede considerar falta grave que puede ser sancionada con la exclusión de la operadora del procedimiento de adjudicación. En todo caso, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los convenios del anexo X, no es impedimento para aplicar condiciones de empleo y trabajo más favorables.

Esta disposición se reproduce en el art. 201 LCSP que enlista los tratados internacionales a cumplir en el anexo V de la misma.

- La LCSP prevé que:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social” (art. 1.3 LCSP).

Este precepto refleja una voluntad clara de quien legisla de introducir la contratación estratégica; los poderes públicos deben entender que están abocados a considerar en todas las fases del procedimiento los aspectos estratégicos, de lo contrario el art. 1.3. perdería su sentido. El mismo no es una mera declaración de intenciones, si no un mandato concreto y directo a las autoridades públicas.¹²⁰En efecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias (JCCAC) deduce de las disposiciones de la LCSP la obligación de introducir en todas las licitaciones cláusulas sociales y medioambientales, siempre y cuando estén vinculadas con el objeto del contrato y no sean discriminatorias (Informe 6/2018, s.f.).

5.1. PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE

En este apartado revisaremos las actuaciones de preparación del expediente que es preciso considerar desde una perspectiva de género. La preparación del expediente es un paso fundamental para obtener unos pliegos conformes a derecho, debidamente justificados y que tengan un verdadero impacto estratégico de género. Para ello, además de adoptar determinadas decisiones, en este momento procede definir el objeto contractual y las especificaciones técnicas del contrato, dos aspectos que delimitarán el objeto del mismo y cómo contribuirá a una estrategia de género.

¹²⁰ No piensan lo mismo otros autores que no consideran que el art. 1.3 LCSP tenga contenido material, más allá de expresar la voluntad de la norma de hacer factible la introducción de objetivos complementarios en los procedimientos de contratación (Horgué Baena, 2023, p. 24).

5.1.1. PLANIFICACIÓN

Uno de los mayores retos de la contratación estratégica es la planificación. Planificación que hay que entender en dos vertientes: por un lado, requiere de una adecuada previsión de los contratos que se van a ejecutar en los meses siguientes y de cómo los mismos pueden, y deben, volverse un instrumento útil de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres; por otro, se requiere un análisis detallado de las circunstancias de cada contrato que permita determinar las posibilidades de que el mismo contribuya a una estrategia de género, qué tipo de cláusulas de igualdad conviene introducir y qué función deberán cumplir las cláusulas de género que se incluyan (criterio de solvencia, de adjudicación, condición especial de ejecución,...).

La primera de las vertientes requiere un análisis general, que permita determinar qué contratos de los que se planea licitar son los más apropiados para ser utilizados como herramienta de la estrategia de género institucional. La segunda, por otra parte, precisa un análisis más concreto de cada uno de los contratos, y del clausulado de los mismos.

A. Planificación institucional

En cuanto a la primera vertiente, los contratos públicos encajarían en un marco más amplio relativo a la planificación en materia de género y se plantearían, en términos generales, como un instrumento para el logro de los objetivos previstos en esta estrategia. Esto requiere, en un primer nivel, de un compromiso político plasmado a través de los instrumentos de planificación del Gobierno y de acciones concretas de planificación general en materia de contratación pública estratégica de género.

Hay que recordar que las instituciones cuentan con numerosos instrumentos para planificar en el marco de una contratación estratégica de género. La misma puede ser tomada en cuenta, no sólo en instrucciones, acuerdos de órganos directivos o circulares que tengan carácter vinculante y que versen específicamente sobre contratación; sino también puede ser considerada en los instrumentos de planificación de otras políticas públicas (igualdad de mujeres y hombres, empleo, políticas sociales, ...) mediante el planteamiento de objetivos, metas e indicadores relativos a una contratación estratégica de género.

Está por demás señalar que esta labor excede de aquella que pueden realizar los servicios que tramitan los expedientes contractuales o de aquellos que los promueven. El

compromiso con esta planificación estratégica debe originarse en las esferas más altas de los poderes públicos, no sólo estableciendo normas e instrucciones que fomenten el uso de cláusulas estratégicas de género en los contratos públicos, sino promoviendo la realización de evaluaciones de impacto de género que permitan adecuar prioridades y calendarios.

Todos estos instrumentos, suponen, como hemos señalado, la materialización de un compromiso político de la institución con la CPEG. Pero para que ésta se lleve a la práctica requiere de un proceso de diagnóstico, determinación de metas, evaluación y reajuste de objetivos que debe darse en un nivel general.

En efecto, la Comisión Europea (2021, pp. 20-22) considera indispensable llevar a cabo cuatro actuaciones: evaluar los riesgos, clasificar los contratos en función de su relevancia, establecer metas relacionadas con los objetivos que se quieren conseguir; así como dar seguimiento y controlar los avances que se realicen. Revisaremos estas actuaciones a continuación.

En cuanto al primer paso propuesto por la Comisión, la evaluación de riesgos, a nuestro juicio, la misma debe formar parte de un diagnóstico adecuado de la situación, que implica un análisis de impacto de género. En términos generales supone ponderar qué impacto de género puede tener la adquisición de determinados productos o qué sectores cuentan con mayores desigualdades de género. En concreto, aplicando la herramienta que propone la Comisión (2021, pp. 20-22), podrían evaluarse los riesgos atendiendo a:

- Condiciones de trabajo y mano de obra: se procederá a analizar, por ejemplo, en qué sectores hay un mayor riesgo de brechas salariales entre mujeres y hombres, se mantienen estructuras de feminización o masculinización de la mano de obra, existen datos que reflejan la persistencia de techos de cristal o hay dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral.
- Continuidad de los servicios: se deberá considerar de qué manera la introducción de cláusulas de género puede afectar a las personas usuarias de los servicios en función de su sexo y de sus necesidades y cómo la introducción de determinadas cláusulas pudiera afectar a la continuidad de estos.
- Objetos contractuales: se deberá evaluar qué servicios, suministros u obras deben considerar la perspectiva de género en sus definiciones o especificaciones técnicas, o cuáles tienen posibilidades de tener un gran impacto en las desigualdades de género.

Para el desarrollo de un diagnóstico adecuado Sanmartín Mora (2023a, p. 1) nos recuerda la relevancia de la recopilación y el tratamiento de datos. Los datos son fundamentales a la hora de justificar determinadas decisiones sobre la inclusión de cláusulas de igualdad y deben ser el fundamento del actuar estratégico de la Administración. Los datos permiten efectuar análisis precisos y realizar una planificación de género basada en evidencias (Orser et al, 2021, p. 277).

Igualmente, forma parte de dicho diagnóstico, la realización de consultas con partes interesadas y expertas, más allá de aquellas otras que se puedan realizar por cada órgano de contratación a la hora de diseñar el contrato concreto.

En un segundo momento, es preciso clasificar los contratos en función de su relevancia. A estos efectos, la Administración debe contar con una adecuada previsión de los contratos que van a licitarse en el corto y medio plazo, de tal manera que puedan ser clasificados en función de sus posibilidades de impacto de género y priorizados con base en las circunstancias detectadas en el diagnóstico.

En tercer lugar, será preciso establecer metas. Las metas permiten responder a criterios de transparencia y eficiencia de la actuación administrativa y son la base para medir los progresos y el avance en materia de CPEG. Las metas permitirán controlar el avance en la consecución de la estrategia, así como redireccionar las actuaciones que no estén resultando efectivas.

Por último, es necesario dar seguimiento y controlar el cumplimiento de las metas establecidas. La planificación sirve de guía para poder hacer una medición posterior que permita adecuar o mejorar las actuaciones realizadas. Además, planificar adecuadamente, requiere de datos e información (OCDE, 2021, p. 4) que se pueden obtener a través de evaluaciones adecuadas. La planificación, por tanto, es una etapa que está estrechamente ligada con la evaluación de las políticas y estrategias de género y que, al mismo tiempo, se nutre de los resultados obtenidos en la misma.

En todo caso, la planificación implica no sólo el compromiso político de una institución, sino también la profesionalización de aquellas empleadas públicas y empleados públicos que intervienen en la contratación y que deben hacer efectivo ese compromiso. Por tanto, es preciso que se inviertan recursos en la formación y especialización del personal que

tramitará y gestionará los contratos, tratando de asegurar la efectividad de las cláusulas y garantizando que los resultados de la introducción estratégica de género son los adecuados.

En efecto, habrá que considerar que una buena planificación parte de unos recursos humanos con los conocimientos específicos suficientes para integrar la perspectiva de género en los contratos públicos y esto sólo puede lograrse reforzando la capacidad de quienes trabajan en este ámbito (OCDE, 2021, p. 4). Como ya hemos señalado, la introducción de la perspectiva de género en los contratos “no supone necesariamente un mayor coste, sino que requiere mayor conocimiento y capacidad”¹²¹ (EIGE, 2022, p. 8).

B. Planificación de cada contrato

Más allá de la planificación institucional general, a la hora de afrontar un concreto contrato es transcendental iniciar el proceso con la planificación. Ésta nos permitirá conocer las circunstancias del contrato que queremos licitar y determinar tres cuestiones: la viabilidad de instrumentalizar ese contrato en términos de género, qué cláusulas conviene introducir o qué objetivos estratégicos se deben impulsar y qué función deben cumplir esas cláusulas en el contrato; es decir, si debemos considerarlas como objeto del contrato, especificación técnica, prohibición de contratar, criterio de solvencia, de adjudicación, de desempate, referido a bajas anormales o como condición especial de ejecución.

A todas estas cuestiones, la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya (2017, p. 5) añade que la planificación implica también valorar el impacto que las cláusulas puedan tener en el presupuesto base de licitación (PBL). En otros términos, la planificación es sin duda uno de los aspectos principales de la contratación estratégica que requiere, en cualquier caso, que, previo a la introducción de cualquier cláusula, se tengan en cuenta dos cuestiones: la idoneidad de incluir cláusulas estratégicas y cuáles serían las más adecuadas para el concreto contrato y el impacto que dichas cláusulas puede suponer en el presupuesto de la licitación

Para llegar a estas conclusiones, es preciso analizar el contrato que se va a licitar y el marco sectorial y laboral en el que se inserta. En efecto, si no sabemos cómo va a afectar el concreto contrato que queremos ejecutar en el sector empresarial o laboral, qué impacto tendrá en los servicios prestados, cómo está configurada, desde un punto de vista de género,

¹²¹ La traducción es nuestra.

la mano de obra que realizará las prestaciones, qué tipo de desigualdades se reproducen en las cadenas de suministro de los productos que queremos adquirir; en definitiva, si desconocemos el impacto de género de las obras, bienes y servicios que deseamos contratar con mucha dificultad las cláusulas de género que introduzcamos en el contrato tendrán un verdadero efecto estratégico.

Comulga con este planteamiento la OCDE (2021, p. 4) que considera que es preciso una mayor inversión en la fase previa a la licitación, de tal manera que pueda prepararse adecuadamente y asegurar los beneficios a largo plazo que puede reportar; en concreto, la consideración de todas las fases del ciclo de la contratación pública es fundamental para poder incluir la perspectiva de género en el mismo.

Por tanto, el primer paso para integrar una estrategia de género en un contrato es el análisis de impacto de género de este. Debemos partir, para planificar, de revisar la manera en que lo que se pretende comprar afectara a la realidad de hombres y mujeres (EIGE, 2022, p. 11), pero no sólo en aquellos contratos en los que su objeto tenga una obvia relación con la perspectiva de género, si no en todos. Así, en un contrato de servicios de transporte, un buen análisis de género considerará las diferentes necesidades y patrones de comportamiento de mujeres y hombres (uso del transporte público, trayectos habituales, condiciones de seguridad, ...) lo que podrá integrarse en el objeto del contrato (EIGE, 2022, p. 11)

Para conocer qué efectos puede tener un contrato en la igualdad entre mujeres y hombres podemos reflexionar sobre las siguientes cuestiones (EIGE et al., 2022, pp. 11 y 33):

- ¿Pueden los bienes o servicios que se quieren contratar tener diferentes consecuencias para mujeres y hombres en toda su diversidad y cuáles son esas?
- ¿Pueden hombres y mujeres tener diferentes necesidades o partir de diferentes situaciones con respecto al objeto del contrato y cuáles?
- ¿Quiénes serán las personas beneficiarias últimas del contrato: hombres y/o mujeres y cómo el contrato les considerará o les incluirá a ambos?

En el mismo sentido, De Guerrero Manso, (2020, p. 13), propone obtener información y analizar las siguientes cuestiones:

- “Presencia de mujeres y hombres en el ámbito de intervención o sector de actividad, porcentaje que suponen sobre el total de personas trabajadoras y

determinación de si se encuentran infrarrepresentadas (situación que concurre si no llegan al 40%).

- Puestos de trabajo que desempeñan las mujeres y los hombres: cargos de responsabilidad, gestión o dirección.
- Salarios percibidos por las mujeres y los hombres.
- Estabilidad en el empleo.
- Grado de implantación y eficacia de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.
- Existencia y grado de eficacia de las medidas adoptadas previamente, por ejemplo, en el ámbito de la utilización de lenguaje e imágenes no sexistas.”

(De Guerrero Manso, 2020, p. 13).

Toda esta información puede obtenerse de informes, datos estadísticos y otras fuentes de información, pero también puede obtenerse de las operadoras económicas, de personas expertas en la materia o de quienes actúan en un determinado sector a través de procesos participativos en los que el instrumento de las consultas preliminares del mercado puede ser de gran ayuda.

El análisis de las cláusulas de igualdad que conviene introducir en un determinado contrato se debe determinar atendiendo tanto a las características del sector en el que se va a impactar, como con referencia a los caracteres del propio contrato:

- Así, un análisis de las cláusulas procedentes en función del sector puede implicar considerar cuestiones como el número de operadoras económicas que pueden brindarnos el servicio con los requisitos de género que planteamos. En este sentido, será necesario considerar el principio de concurrencia, a efectos de asegurar que la introducción de cláusulas de igualdad no supone una restricción injustificada a la misma. Igualmente, puede ser necesario revisar hasta qué punto de la cadena de suministro es posible influir en un sector determinado, a efectos de precisar las cláusulas de igualdad que procedan.
- En una revisión de las características del contrato, por otro lado, puede ser relevante atender a cuestiones como el impacto de introducir determinadas cláusulas en el presupuesto base de licitación o la duración del contrato. En efecto, un contrato de mayor duración permitirá introducir cláusulas de género que requieran de más tiempo para su implementación o para influir en la compra a proveedores.

En todo caso, según el EIGE et alt. (2022, p. 34) es fundamental realizar una buena evaluación de las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato; es decir, es indispensable tener claro qué objetivos estratégicos de género se pretenden lograr con el contrato y por qué el mismo es el instrumento preciso para ello. Esta evaluación no sólo es importante en términos de planificación, sino que servirá, posteriormente, como base para introducir en el expediente contractual las justificaciones que la ley exige de las cláusulas de género. Como veremos, la justificación en el expediente de los criterios de solvencia, de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, entre otras; así, como la correspondiente referencia y explicaciones a los objetivos de género que se pretenden lograr en la memoria justificativa de necesidad del contrato, resultarán clave a la hora de asegurar que el contrato se ajusta a derecho.

A efectos de esta justificación, es también muy importante que nos planteemos las preguntas oportunas en la etapa de planificación (con este fin, presentamos algunas ideas que resumen las propuestas de este apartado en el **anexo II**). Igualmente, a efectos de que la planificación sea lo más acertada posible, habrá que responder a estas preguntas de la manera más concreta y objetiva posible y haciendo referencia a datos específicos relativos al sector y al propio contrato.

Finalmente, no podemos olvidar que la planificación está muy ligada al seguimiento y control de la ejecución del contrato en la medida en que las dos actuaciones se retroalimentan con información y datos que servirán para mejorar futuras actuaciones en el marco de una contratación pública estratégica de género.

C. Consultas preliminares del mercado

La introducción de consideraciones de género en un contrato exige una adecuada planificación de los objetivos a los que se quiere contribuir, así como un preciso análisis del mercado en el que se va a ejecutar el contrato, para lo cual se erigen como herramienta trascendental las consultas preliminares del mercado reguladas por primera vez en la Directiva 2014/24/UE y transpuestas en el art. 115 LCSP.

Estas consultas se presentan como un mecanismo extremadamente útil para definir, entre otras cuestiones, si es posible introducir consideraciones de género en los contratos

públicos de determinado sector, qué costes implicará y si existen los medios, tecnologías y capacidades para llevarlos a cabo.

Esta herramienta puede ser utilizada también para conocer la opinión de la ciudadanía que usa los servicios objeto del contrato o del propio personal que brinda dichos servicios, así como para obtener opiniones y observaciones de personas expertas (organizaciones no gubernamentales o internacionales, sindicales o empresariales) que puedan dilucidar la manera más adecuada de llevar a cabo una verdadera estrategia de compras públicas (Comisión Europea, 2021, pp. 17-19).

La regulación de estas consultas en el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE les confiere dos finalidades: preparar la contratación e informar a las operadoras económicas acerca de los planes que tiene el órgano de contratación y de los requisitos para contratar. Con este objeto, según la LCSP, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas tanto a las operadoras económicas como a personas expertas, autoridades independientes o colegios profesionales (art.115.1 LCSP).

La norma no establece un procedimiento de consulta específico, pero sí se detallan varias condiciones que deberán cumplirse. Las consultas se publicarán en el perfil del contratante detallando el objeto, la fecha de inicio, las personas a las que se consulta y las razones de su elección (art. 115.1 LCSP). En el caso de que se opte por no limitar las personas a las que se consulta, abriendo la misma a cualquiera que desee participar, consideramos que no será preciso justificar los últimos dos extremos. Igualmente, como resultado de la consulta el órgano de contratación deberá realizar un informe motivado de las actuaciones realizadas (estudios, entidades consultadas, preguntas formuladas y respuestas recibidas) que se incluirá en el expediente de licitación que se abra con posterioridad y deberá publicarse con los pliegos de la misma. El informe también contendrá los motivos por los que no se tendrán en cuenta las consultas realizadas a la hora de elaborar los pliegos, en el caso de que esto suceda (art. 115.3 LCSP).

Por último, las consultas preliminares están sometidas a una serie de límites que deberán considerarse por el poder adjudicador:

- no podrán tener como efecto falsear la competencia (art. 115.2 LCSP), con el objeto de evitar esto el poder adjudicador deberá adoptar todas las medidas necesarias

incluidas las previstas en el art. 41 Directiva 2014/24/UE y transpuestas en el art. 70.1 LCSP.

- no se podrán vulnerar los principios de no discriminación y transparencia (art. 115.2 LCSP).
- no podrán dar como resultado la definición de un objeto contractual tan determinado que se ajuste únicamente a las características de las prestaciones que brinda una única empresa. El mismo deberá formularse de manera abstracta y genérica, de tal forma que la participación en la consulta no pueda suponer ventaja alguna en la adjudicación de la posterior licitación (art. 115.2 LCSP).
- la participación en la consulta no impide la participación en el procedimiento que se tramite con posterioridad (art. 115.3 LCSP).
- el órgano de contratación no podrá revelar las soluciones propuestas por otras personas participantes (art. 115.3 LCSP).

En el marco de la contratación estratégica de género debemos considerar que las consultas pueden ser llevadas a cabo entre operadoras económicas del sector de actividad en el que se pretende intervenir con el contrato, así como con organizaciones y personas expertas en materia de igualdad en dicho mercado; lo cual facilitaría determinar el posible impacto de género del contrato y cómo debe garantizarse la igualdad entre mujeres y hombres a través de sus cláusulas. En todo caso, definir las partes actoras clave en el sector es fundamental para que la consulta resulte representativa y, por tanto, los resultados sean fiables.

En una consulta preliminar del mercado, podremos también conocer (EIGE et al., 2022, p. 38):

- La capacidad del sector para producir los bienes y servicios con perspectiva de género.
- Las posibilidades de las actoras para ejecutar el objeto contractual con dicha perspectiva.
- Los conocimientos de las operadoras económicas sobre las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito del contrato.
- Las propuestas que puedan tener las distintas partes consultadas para considerar estas diferencias en la ejecución del contrato y durante su licitación.
- Los recursos y medios con los que se cuenta para poder responder a estas propuestas y en qué medida es posible dar dicha respuesta.

- La probabilidad de que empresas lideradas por mujeres participe, así como los obstáculos que podría enfrentar.

En esta línea la Comisión Europea (2021, p. 28) plantea las siguientes cuestiones que pueden ser respondidas mediante las consultas preliminares del mercado:

- ¿Es el mercado lo suficientemente maduro como para cumplir los requisitos sociales?
- ¿Tendrá las herramientas técnicas para responder a los requisitos establecidos?
- ¿Cuántos proveedores pueden responder a lo que se pretende? ¿Habrá competencia?

De Guerrero Manso (2020, p. 23) añade que dichas consultas permitirán dilucidar si las cláusulas estratégicas previstas son las más adecuadas o si los requisitos son proporcionales (si la solvencia técnica puede ser discriminatoria, si el precio cubre el costo que pudieran suponer las consideraciones estratégicas o si la ponderación de los criterios de adjudicación es la correcta,...).

En todo caso cabe recordar que la norma establece como límite que la realización de una consulta de mercado no debe concluir en la definición de un objeto contractual tan delimitado que sólo pueda ser atendido por las características técnicas ofrecidas por una de las empresas consultadas, por lo que la definición de la estrategia de género del contrato deberá ser acorde con el principio de concurrencia.

5.1.2. OTRAS CONSIDERACIONES RELACIONADAS CON LA IGUALDAD

A. Las reservas de contratos

Las reservas de contratos se configuran como excepciones al principio de libre concurrencia que permiten limitar las empresas que pueden concurrir a una licitación en función de su forma jurídica (art. 132.1 LCSP). El considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE fundamenta esta posibilidad en el importante papel que desarrollan ciertas entidades en la integración social de determinados grupos como las personas con discapacidad, quienes están en paro, las personas que forman parte de grupos excluidos o que están en situación de vulnerabilidad. Señala la norma que, en condiciones normales, las empresas a favor de las que se admite la reserva pueden encontrar serias dificultades para obtener contratos del Sector Público; por lo que, dada su relevante función de

inserción a través del empleo, se considera conveniente permitir que los poderes adjudicadores puedan reservar la participación en determinados contratos o en ciertos lotes de ellos a este tipo de entidades.

A efectos de este trabajo, es relevante revisar brevemente la regulación de estas reservas con el objeto de analizar las posibilidades que ofrecen a la contratación estratégica de género. Para ello, estudiaremos en primer lugar, las previsiones normativas en la materia.

La directiva mencionada y la LCSP prevén dos tipos de reservas. Así, en el art. 20 Directiva 2014/24/UE encontramos la primera posibilidad de reserva en favor de talleres protegidos o empresas que tienen por objeto la integración laboral de personas con discapacidad. El precepto ha sido transpuesto en la Disposición Adicional 4ª de la LCSP que se refiere a una reserva en favor de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social¹²² y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

En este sentido, la LCSP obliga a las comunidades autónomas a establecer un porcentaje anual de todos los contratos licitados, cuyos códigos CPV (*Common Procurement Vocabulary*) coincidan con los del anexo VI de la LCSP, que deberá licitarse mediante reserva a estos centros y empresas. Señala, además, que a falta de señalamiento de dicho porcentaje el mismo será del 7%.¹²³

¹²² En cuanto a la precisión que hace la LCSP sobre que los Centros Especiales de Empleo deben serlo de iniciativa social, en cuestión prejudicial planteada al TJUE señalaba que el art. 20 Directiva 2014/24/UE “no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad” (STJUE de 6 de octubre de 2021 en asunto C-598/19, ap. 47, ECLI:EU:C:2021:810). El TJUE dejó en manos de los tribunales nacionales la aplicación del juicio de proporcionalidad que determine si en el caso concreto la limitación realizada por la norma es conforme a los principios de la contratación pública. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), quien planteó al TJUE la cuestión prejudicial señalada, concluyó que dicho límite no era conforme a las directivas sobre contratación y suponía una restricción de la competencia. Sin embargo, otros tribunales han resuelto aceptando la precisión de que deban ser de iniciativa social, por lo que no hay unanimidad en este aspecto (Benetti, 2024, ap. III.3).

¹²³ Hay que señalar que la DA 19ª de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (BOE nº 85, de 09/04/2022, pp. 48578 a 48733, <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/04/08/7>) exige una reserva del 50% del importe de adjudicación a favor de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción en los contratos que tengan por objeto la recogida, transporte y tratamiento de residuos textiles y de muebles y enseres.

En cuanto a la licitación de contratos reservados, la misma tiene algunas peculiaridades con respecto al resto. En primer lugar, se exime de la presentación de garantía definitiva (DA 4ª.3 LCSP) y, en segundo lugar, deben quedar claras en la reserva dos cuestiones: que se realiza conforme a la previsión de la DA 4ª (o, en su caso, consideramos que habría que señalar que lo es conforme a la 48ª) con mención expresa a la misma; y que la reserva lo es tanto para centros especiales de empleo de iniciativa social, como para empresas de inserción (resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales – TACRC – 907/2020, de 26 de agosto de 2020) sin que pueda hacerse en favor únicamente de una de ellas.

En todo caso, tiene que quedar claro que poseer la cualidad de ser centro especial de empleo de iniciativa social o empresa de inserción es un requisito de aptitud y no un criterio de solvencia (Moreno Molina, 2022, p. 53). Fruto de ello, Moreno Molina (2022, p. 58) resalta las siguientes recomendaciones que la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON) realiza en su informe especial de supervisión 2021 y que deberían consignarse en los pliegos de los contratos reservados: que los centros especiales de empleo y empresas de inserción que resulten adjudicatarias de contratos reservados deberán mantener dicha calificación e inscripción en el registro durante toda la vigencia del contrato; por otro lado, deberán prohibir expresamente la subcontratación con empresas que carezcan de las mismas cualidades de aptitud exigidas para la reserva, excepto en lo relativo a prestaciones de carácter accesorio y siempre que se justifique debidamente en el expediente.¹²⁴

En cuanto al segundo tipo de reserva que mencionamos, el art. 77 Directiva 2014/24/UE, traspuesto en la Disposición Adicional 48ª LCSP, admite la posibilidad de reservar contratos cuyo objeto son servicios sociales, culturales y de salud que se identifiquen con determinados CPVs del anexo IV LCSP. En este caso las entidades beneficiarias serán aquellas que cumplan los siguientes requisitos:

- que tengan por objetivo la realización de una misión de servicio público relacionada con los servicios sociales, culturales o de salud que se licitan.

¹²⁴ También se pronuncia en este último sentido el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARC/KEAO) en su resolución 129/2019, de 24 de julio de 2019, en la que el órgano señala que la prohibición de subcontratación que prevé el pliego deriva del art. 65.1 2º párrafo LCSP y pretende asegurar el cumplimiento del requisito de aptitud que implica la reserva. Señala, además, este órgano la obligación de justificar esta reserva con fundamento en el art. 116.1 a) LCSP.

- que se reinviertan los beneficios que obtiene la entidad o, en caso de que se distribuyan, se haga con arreglo a criterios de participación.
- que las estructuras de dirección o propiedad de la organización se basen en la propiedad de las personas empleadas, o en principios de participación de las personas empleadas, usuarias o de las partes interesadas.

Por otra parte, la duración máxima del contrato será de tres años y el poder adjudicador no podrá haber adjudicado a la organización un contrato para dichos servicios con arreglo a la DA 48ª en los tres años precedentes. Por último, igual que en el caso de la anterior reserva, el anuncio de licitación deberá referirse a la DA 48ª.

Además de que esta descripción podría aplicarse a las entidades sin ánimo de lucro que gestionan servicios públicos de prestación directa a la ciudadanía, según Álvarez Cuesta (2020, p. 385) esta segunda reserva parece encajar con entidades de economía social como las sociedades cooperativas de trabajo asociado, sociedades laborales o participada. Por tanto, la norma deja claro su interés en promover la participación de las empresas de economía social en la contratación pública.

En efecto, este tipo de empresas mantienen un enfoque distinto al de economía de mercado, promoviendo lo que se ha denominado “economía solidaria” y que supone centrar la atención en las personas y su trabajo, poniendo énfasis en un modelo económico que redistribuye mejor la riqueza (Álvarez Cuesta, 2020, p. 352). Hay que señalar que esto, lejos de suponer un impacto negativo en términos de crecimiento ha demostrado ser una importante herramienta de progreso en el ámbito local, redistribuyendo mejor los recursos y prestando servicios sociales de manera más eficaz (Álvarez Cuesta, 2020, p. 361).

Atendidas estas cuestiones, y en lo que a la contratación pública estratégica de género respecta, hay que subrayar que no existe, por el momento, ni en España ni en la UE, la posibilidad de realizar reservas de contratos para empresas propiedad de mujeres o lideradas por ellas, cuestión que sí se da, por ejemplo, en la regulación de la contratación pública en Estados Unidos (EIGE, 2022, p. 13).

Sin embargo, la regulación de la LCSP permite que se beneficien de la misma aquellas mujeres en riesgo de exclusión social (Pintos Santiago, 2020, ap. II.5.), que tienen algún tipo de discapacidad, o que forman parte del movimiento cooperativista del país, por ejemplo.

Sin duda, beneficiar a los centros especiales de empleo y a las empresas de inserción entre las que se encuentran mujeres que sufren discriminación de manera interseccional (con discapacidad, jóvenes, con problemas económicos, procedentes de instituciones de protección de menores, internas de centros penitenciarios o liberadas condicionales o exreclusas, mujeres con problemas de drogodependencias, ...), supone un beneficio para muchas mujeres que encuentran numerosos obstáculos a la hora de acceder a un empleo y disfrutar de unas condiciones de trabajo dignas (Rodríguez Escanciano, 2019, pp. 66-67). De entre estas empresas, habrá algunas que puedan participar que tengan como asalariadas únicamente a mujeres en situación de exclusión. Sin embargo, no es posible establecer una reserva específica en favor de empresas o centros que cumplan las características señaladas en la DA4ª LCSP y que, además estén únicamente integradas por mujeres, como tampoco es viable reservar a otro colectivo específico.

Por último, la presencia de las mujeres en el tejido cooperativista, en el sector social y en las entidades sin ánimo de lucro que tienen por objeto la prestación de servicios sociales, culturales y de salud es habitual; en parte porque, debido a la segregación horizontal del trabajo, su presencia en estos sectores de actividad es más común que en otros. Por ello, las reservas previstas en la LCSP pueden ser una vía adecuada para favorecer su participación en las licitaciones públicas.

B. Los contratos de servicios especiales del anexo IV LCSP

Relacionado con la segunda reserva señalada en el apartado anterior, está el régimen simplificado que prevé la Directiva 2014/24/UE para determinados servicios sociales, culturales y de salud cuya regulación se prevé en los arts. 74-77 de la norma y que se delimitan mediante su CPV en el anexo XIV de dicha directiva. La transposición de este régimen a la LCSP ha supuesto la previsión, en el anexo IV LCSP, del listado de CPVs referido que refleja los objetos de lo que se ha denominado como contratos de servicios especiales.

En el marco de la contratación estratégica de género, es preciso considerar especialmente este tipo de contratos por varios motivos:

- Como acabamos de señalar, los sectores incluidos en este anexo tienen como característica que en los mismos presta su trabajo un volumen de mano de obra

femenina considerable (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 69) por lo que suponen una oportunidad para establecer criterios relacionados con unas mejores condiciones laborales de las trabajadoras (EIGE et al., 2022, p. 47), a efectos de superar cuestiones como la brecha salarial, la falta de formación o capacitación que permita la progresión profesional, las condiciones de reclutamiento, así como la flexibilidad de horarios, jornadas, salarios, etc...

- Por otro lado, el impacto de género de este tipo de contratos en las personas beneficiarias o usuarias puede ser significativo; pensemos, por ejemplo, en las posibilidades de participación de las mujeres en los servicios deportivos o para la juventud de un determinado municipio (EIGE et al., 2022, p. 47). Por ello, considerar cuestiones de igualdad en este marco, puede ser una vía para eliminar barreras de acceso a las mujeres, promover su participación en los espacios públicos, etc... Además, señala González Bustos (2023, p. 161) que, dentro de los servicios sociales recogidos en este anexo, se incluyen todos aquellos que afectan a las mujeres de manera especial; bien porque engloban servicios dirigidos a colectivos vulnerables de mujeres, como aquellas que están presas, son drogodependientes o tienen algún tipo de discapacidad; bien porque se trata de servicios en los que las mujeres sufren una doble victimización fruto de la interseccionalidad; o bien porque dichos servicios afectan a las mujeres en general.

Por todo ello, queremos aquí resumir las principales características de la tramitación de este tipo de servicios especiales a efectos de su consideración en el marco de una estrategia de género. En este sentido, es relevante subrayar las especialidades que dichos contratos tienen en su adjudicación¹²⁵ y que pueden resumirse en una exigencia específica de solvencia técnica o profesional, una mayor ponderación de los criterios de adjudicación relativos a la calidad, una serie de principios que se aplican a dichos contratos, determinadas especialidades cuando dichos contratos implican prestaciones directas en favor de la ciudadanía y la reserva de contratos establecida en la DA 48ª que deviene del art. 77 de la Directiva 2014/24/UE y de la que ya hemos hablado.

En primer lugar, hay que señalar que conforme deriva de la Directiva 2014/24/UE (art. 4 d)), el art. 22.1 c) LCSP señala que el umbral para considerar que un contrato de los servicios previstos en el anexo IV es armonizado es de 750.000,00€. Por tanto, la

¹²⁵ En esta materia se puede consultar Serrano Chamizo (2017).

regulación de gran parte de estos servicios se regirá por la normativa nacional si bien la norma europea señala que, en todo caso, se deberá atender a los principios de transparencia e igualdad (art. 76.1 Directiva 2014/24/UE). Es relevante que la directiva reconoce la especial configuración de la que precisarán estos servicios como sigue:

“Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales” (art. 76.2 Directiva 2014/24/UE)

Este precepto ha sido trasladado al primer párrafo de la DA 47ª LCSP.

En lo que se refiere a su regulación en materia de solvencia, el art. 90.3 LCSP prevé que, en el caso de que el objeto contractual exija aptitudes específicas en materia social o de prestación de servicios de proximidad, así como otras parecidas, se deberá exigir, siempre y en todo caso, la concreta experiencia, conocimientos y medios que la empresa tenga en las mencionadas materias como requisito de solvencia técnica o profesional.

Por otra parte, el art. 107.1 LCSP permite eximir de la prestación de garantía definitiva, entre otros, en el caso de los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas en riesgo de exclusión social.

En cuanto a los criterios de adjudicación, en el art. 145.3 g) LCSP) se prohíbe el uso del criterio precio o coste como único criterio de adjudicación en los contratos de servicios sociales que fomentan la integración de personas en situación de vulnerabilidad como parte de las personas que ejecutarán el contrato, promueven el empleo de personas con dificultades de inserción laboral o aquellos servicios previstos en la DA 48ª (Horgué Baena, 2023, p. 37).

Igualmente, en los contratos de servicios especiales del anexo IV LCSP los criterios relativos a la calidad de la prestación deberán tener una ponderación mínima del 51%; lo que implica que, en el caso de que dichos criterios de calidad se evaluarán todos conforme a juicios de valor, deberá recurrirse a la figura del Comité de personas expertas prevista en el art. 146.2 a) LCSP.

Por último, la DA 47ª LCSP señala que en los contratos de concesión de servicios del anexo IV, así como en los contratos de servicios del mismo anexo, podrán referirse los criterios de adjudicación a aspectos como:

- la experiencia del personal que ejecute el contrato en la prestación de servicios para personas especialmente desfavorecidas o en la prestación de servicios de similar naturaleza;
- la reinversión de los beneficios en la mejora de los servicios que se presta;
- o la disposición de mecanismos de participación de las personas usuarias y de información y orientación para estas.

Por otra parte, hay que señalar que el art. 312 LCSP establece un régimen específico para los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía, lo cual es habitual en la contratación de servicios sociales. El mismo, establece una serie de prescripciones en las que no vamos a ahondar por no ser ese el objeto de este trabajo, baste apuntar que las mismas configuran estos servicios con aspectos compartidos con los contratos de concesiones. Así, la adjudicataria de estos servicios se somete a obligaciones de cuidado del buen funcionamiento del servicio; de entrega de las obras e instalaciones en el estado de conservación y funcionamiento adecuados; se establece un principio de inembargabilidad de los bienes afectos a estos servicios; la posibilidad de secuestrar o intervenir el servicio; la conservación por parte de la Administración de los poderes de policía; y se admiten causas de resolución previstas específicamente para los contratos de concesión de servicios en el art. 294 letras c), d), y f) LCSP.

Además, la contratista deberá indemnizar los daños producidos a terceras personas, así como los producidos a la Administración. Igualmente, le corresponde garantizar a las personas usuarias el derecho de acceder a la prestación del servicio, si es preciso mediante tarifa; y asegurar la continuidad en la prestación del mismo.

Por último, el artículo señala la obligación de que previamente a la contratación de un servicio de este tipo se establezca su régimen jurídico en el que se regulen los aspectos jurídicos, económicos y administrativos de la prestación del servicio, el alcance de las prestaciones que se brindarán a las personas administradas y se asuma como propia de la Administración dicha prestación. Igualmente, será preciso que se procure la diferenciación de instalaciones y plantillas entre el personal que brinda este servicio y el propio de la Administración.

Por último, recordamos aquí el especial régimen de contratos reservados que prevé para este tipo de servicios la DA 48ª LCSP.

C. La división en lotes

Bello Paredes (2020, pp. 422-423) enlista las dificultades que encuentran las PYMES para participar en las licitaciones públicas, de entre las que podemos destacar la dificultad de acreditación de la solvencia exigida o el importe tan alto de los contratos o los requisitos de garantías. De hecho, los umbrales de solvencia y los importes de garantías, así como la exigencia de garantía provisional, vendrán definidos por el valor estimado del contrato; por lo que, a menor valor estimado, menores trabas a su participación encontrarán estas empresas.

No es de extrañar, entonces, que la doctrina académica concluya que una de las medidas más relevantes previstas en la LCSP para facilitar el acceso al contrato de las PYMES es la división en lotes del objeto del contrato.¹²⁶ Así lo señala la Comisión Europea (2021, p. 32) quien recuerda que las operadoras de menor tamaño, las organizaciones de economía social o las empresas sociales pueden tener más opciones de competir cuando se divide en lotes un contrato, en tanto es posible que las mismas no puedan llevar a cabo todas las prestaciones que se plantean en un contrato pero sí parte de ellas.

En el marco de la contratación estratégica de género, es importante señalar que, si bien no es posible hacer una reserva en favor de empresas dirigidas por mujeres, la participación de PYMES y empresas de economía social puede suponer una mayor participación de empresas lideradas por ellas (EIGE et al., 2022, p. 45) en tanto están

¹²⁶ Así lo estiman Gimeno Feliú (2013, p. 59) y Bernal Blay (2013, p. 183), Bello Paredes (2020, p. 433) y Villarejo Galende y Calonge Velázquez (2020, p. 66).

desproporcionadamente sobrerrepresentadas en el liderazgo de empresas cooperativas, sin ánimo de lucro o de carácter social (Orser et al., 2021, pp. 265-266).

En efecto, se ha comprobado que la presencia de empresas lideradas por mujeres como contratistas del Sector Público está infrarrepresentada en aquellos sectores en los que las empresas lideradas por mujeres se concentran, como venta al por mayor y al por menor y otros servicios (Orser et al., 2021, p. 275). Las PYMES lideradas por mujeres señalan como grandes obstáculos para la contratación con el Sector Público: en primer lugar, que el gobierno no se percibe como cliente potencial (Orser et al., 2021, p. 277); además, en los sectores en los que las empresas lideradas por mujeres se concentran, se consideran como obstáculos la complejidad de los procesos y la dificultad de encontrar oportunidades (Orser et al., 2021, p. 274); finalmente, en el sector de los servicios tecnológicos, científicos y profesionales, las empresas propiedad de mujeres mencionaban, igualmente, como barrera el retraso en recibir los pagos (Orser et al., 2021, p. 276).

Por tanto, adoptar medidas que favorezcan la participación de las PYMES, las empresas de economía social o las asociaciones sin ánimo de lucro, puede ser una estrategia adecuada a nuestros objetivos de política de igualdad. En este sentido, son varias las medidas que la LCSP propone¹²⁷; sin embargo, como hemos señalado, la medida más relevante es la división del contrato en lotes en tanto permite:

- disminuir las cuantías del mismo.
- así como las prestaciones exigibles a la contratista.

El primero de los aspectos, tiene un efecto en los requisitos de solvencia cuyos umbrales a acreditar disminuirán, también lo hará el importe de la garantía definitiva que las empresas contratistas tienen que prestar y conservar durante toda la ejecución del contrato y, con base en el principio de proporcionalidad, se verán afectados otros requisitos exigidos en los contratos como la acreditación de solvencia mediante la adscripción de medios personales o materiales.

¹²⁷ Además de las reservas de las que ya hemos hablado, podemos mencionar que se prevé una solvencia para empresas de nueva creación o medidas contra la morosidad en los pagos (Villarejo Galende y Calonge Velázquez, 2020, pp. 66-67); igualmente, se establecen obligaciones de publicidad, incluida la de publicar el plan anual de contratación; así como medidas antiburocráticas que facilitan la documentación y trámites precisos para participar en la licitación, como la presentación mediante declaración responsable de determinada información a través del Documento Europeo Único de Contratación – DEUC – (Bello Paredes, 2020, pp. 425-430).

El segundo aspecto, permite a las PYMES asumir sólo aquellos lotes que consideran que, en función de la envergadura de su empresa, pueden ejecutar de manera eficaz y eficiente, sin comprometerse en aquellas otras prestaciones que pueden no ser su especialidad, implicar el uso de recursos de los que no se dispone, o ser demasiado volumen de trabajo simultáneo para el tamaño de la empresa. En este sentido, hay que recordar que la norma no sólo permite la división en lotes sino limitar el número de lotes a los que puede acceder o ser adjudicataria una única empresa (art. 99.4 LCSP y art. 46.3 Directiva 2014/24/UE).

En cuanto al régimen de la división en lotes, en primer lugar, hay que señalar que la Directiva 2014/24 ha invertido la tendencia de las anteriores normas europeas, introduciendo una regla que se ha dado en llamar *explain or divide*, en inglés; explica o divide, en español (Miranzo Díaz, 2019, p. 165). El principio se contiene en el art. 46.1 de la directiva europea y ha sido transpuesto en el art. 99.3 LCSP. En este último precepto se recoge la obligación de dividir el contrato en lotes, salvo cuando existan motivos válidos para no hacerlo, procediendo a continuación la norma a definir los motivos que se entiende como válidos:

- Que la división en lotes tenga como resultado una restricción indebida de la competencia. Si bien para poder esgrimir este motivo se deberá pedir informe a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente.
- Que la realización independiente de las prestaciones dificulte la ejecución adecuada del contrato desde un punto de vista técnico o que la naturaleza del propio contrato conlleve la necesidad de coordinar la realización de distintas prestaciones, aspecto que no sería debidamente atendido si se dividiera el contrato en lotes.

Por tanto, la regla general es la división en lotes de los contratos, cuestión que beneficia a empresas de menor tamaño y, entre ellas, a aquellas lideradas por mujeres. Sin embargo, es posible la no división cuando se justifique en los términos señalados en la LCSP. En todo caso, la justificación de la decisión de no dividir el contrato en lotes deberá ser interpretada bajo el prisma del principio de proporcionalidad (Miranzo Díaz, 2019, p. 168). Además, la justificación, según el TACRC (RTACRC 233/2017, de 5 de mayo de 2017) deberá realizarse en los pliegos del contrato, preferentemente en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Por otra parte, hay que señalar que, no se le exige al poder adjudicador ningún requisito a la hora de configurar los lotes en los que se dividirá el contrato, por lo que se estará a la

norma de discrecionalidad técnica (Miranzo Díaz, 2019, pp. 172). En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) ha señalado que la división en lotes puede producirse siempre que los mismos sean susceptibles de aprovechamiento separado o independiente y constituyan cada uno de ellos una unidad funcional (Miranzo Díaz, 2019, p. 175). Por tanto, mientras se mantenga la regla de la unidad funcional, la división podrá darse por: importes, tipos de prestación, territorios, edificios, sistemas a los que afecta la ejecución, o cualquier otra consideración que pueda ser adecuada en función del análisis que del contrato haya realizado el órgano de contratación. En todo caso, eso sí, será preciso motivar la opción de división que se escoja (Miranzo Díaz, 2019, p. 173).

D. El desglose por género del Presupuesto Base de Licitación (PBL)

El art. 100.2 LCSP obliga a realizar un desglose del PBL, que detalle costes directos, indirectos y otros gastos que se hayan tomado en consideración para la determinación de dicho presupuesto y cuyo importe final deberá ajustarse a valores de mercado.

A efectos de la contratación estratégica de género, interesa señalar que dicho precepto impone, también, el deber de que, en el marco de dicho desglose, se realice una desagregación de género y categoría profesional del coste de los salarios de las personas que ejecutarán la prestación, cuando los mismos formen parte del precio total, y partiendo del convenio colectivo de referencia. Hay que precisar que esta obligación ha sido interpretada por el TACRC en el sentido de que sólo es exigible para aquellos contratos de servicios en los que los costes salariales formen parte del precio como un elemento de él (RTACRC 633/2019, de 13 de junio de 2019).

Parte de la doctrina académica interpreta que dicha disposición es concordante con el principio de transparencia retributiva que ha sido incorporado por el Real Decreto Ley 6/2019 que se concreta en el Real Decreto 902/2020 que regula el registro retributivo y la auditoría retributiva (Rodríguez Escanciano, 2021, p. 161). En efecto, conocer la desagregación por sexo del gasto realizado por la Administración, cuando menos en los contratos de servicios en los que la mano de obra es una parte fundamental del precio, sería una poderosa herramienta para poder plantear una contratación pública estratégica de género.

Sin embargo, lo cierto es que la norma no parece tomar en cuenta que, si bien los convenios determinan las retribuciones en función de las categorías profesionales, no presentan distinciones entre los salarios de mujeres y hombres. Esto es así de conformidad con el principio de igualdad, que prohíbe asignar un salario distinto a las personas por pertenecer a un sexo u otro (Larrazabal Astigarraga, 2024, p. 35).

Es decir, el exigido desglose puede resultar fácil de cumplir en el caso de los contratos en los que exista personal a subrogar cuyo sexo se puede conocer, pero se torna imposible en el caso de desconocer la estructura del personal que llevará a cabo la prestación (Juan Gómez, 2022, ap. III.)

En efecto, el cumplimiento de esta disposición no es tarea sencilla para los órganos de contratación quienes podrán hacer un desglose en función de los salarios establecidos en el convenio de referencia para las distintas categorías profesionales, pero, si no se conocen las concretas personas que realizarán la prestación (como aquellas que habrá que subrogar), no podrán determinar cómo se divide el gasto de personal entre mujeres y hombres.

El dilema ha sido resuelto por el TACRC. El tribunal, tomando en cuenta lo dispuesto en el art. 100 LCSP, señala que la obligación del órgano de contratación de desagregar dicho presupuesto por género, en el caso de que no se conozca el sexo de las personas que ejecutarán la prestación, se verá cumplida con señalar expresamente en los pliegos que no es posible detallar en ese sentido el presupuesto porque no existen diferencias salariales por sexo en el convenio de referencia y no es posible conocer el sexo del personal que se adscribirá a la ejecución el contrato. En todo caso, la mención expresa debe constar so pena de nulidad (RRTACRC 861/2018, de 1 de octubre o 506/2019, de 9 de mayo).

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) quien señala que, incluso cuando no sea procedente realizar una desagregación de género porque no hay tal diferencia, se debe indicar esta circunstancia en los documentos contractuales adecuados (RTCCSP 388/2020 de 2 de diciembre de 2020).

De cualquier manera, debemos recordar que en el caso de conocerse la estructura de personal es obligación del órgano de contratación atender el mandato preceptivo de desagregación de los costes salariales en función del sexo de las personas trabajadoras que ejecutarán la prestación.

E. Consideraciones sobre los contratos menores

Antes de revisar las distintas funciones que puede cumplir una cláusula de igualdad en un contrato, es importante precisar que nos vamos a referir a las posibilidades que ofrecen los contratos mayores. Esto no significa que, en muchos casos, las precisiones que realizamos no sean aplicables a los contratos menores regulados en el art. 118 LCSP.

Hay que partir de que la tramitación de los contratos menores es muy breve y no requiere de mucha documentación. Sin embargo, es posible incluir consideraciones relativas a la igualdad de mujeres y hombres en el mismo e integrarlo, así, en la estrategia de género de la Administración.

En efecto, si bien los contratos menores no exigen pliegos tan complejos como los de los mayores, a la hora de solicitar ofertas habrá que determinar en algún documento qué bien o servicio se desea adquirir y detallar el mismo desde el punto de vista técnico, establecer ciertas cuestiones como las condiciones de pago, y otras consideraciones relativas a la compra o ejecución, dependiendo de cada contrato. En este documento podrán incluirse las cláusulas de género que se consideren adecuadas y proporcionales.

Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (JCCAA) admite la posibilidad de incluir cláusulas sociales en las especificaciones técnicas de los contratos menores, pero también en el propio objeto del contrato o incluso reservar contratos menores a las entidades previstas en las disposiciones adicionales de la LCSP (Informe 16/2015, de 4 de noviembre de 2015).

Añadiríamos que nos parece viable incluir condiciones de ejecución relativas a la igualdad de género en la medida en que cumplan los requisitos exigibles a este tipo de cláusulas y, principalmente, sean proporcionales. Por otra parte, las prohibiciones de contratar también aplican a los contratos menores, en tanto la capacidad es un requisito en todos los contratos públicos (Medina Arnáiz, 2009, p. 7).

En todo caso, la introducción de dichas cláusulas deberá justificarse adecuadamente en la memoria de necesidad, integrando el expediente del contrato menor.

Por último, dadas las posibilidades que los contratos menores ofrecen a la contratación estratégica de género, hay que recordar que el primer momento en el que se deben tomar

en cuenta dichos contratos es en la planificación de la estrategia de género para la contratación de la entidad.

5.1.3. DEFINICIÓN DEL OBJETO CONTRACTUAL

Según la Comisión Europea (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 28), la primera ocasión que tienen los órganos de contratación de integrar consideraciones sociales en el contrato es en la definición de su objeto. En éste se establecen las prestaciones o productos que las entidades del Sector Público quieren adquirir y cuyo contenido será desarrollado, delimitado y precisado en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Por tanto, un contrato que atienda a consideraciones estratégicas tendrá la oportunidad de incluirlas desde la definición misma del bien o servicio que se pretende adquirir y este objeto deberá ser coherente con la descripción que de las prestaciones o bienes solicitados se realice en las cláusulas técnicas del contrato. Esto significa que en la contratación estratégica de género podríamos encontrar objetos como, por ejemplo, la contratación de un servicio de diseño de una encuesta con perspectiva de género sobre el uso del tiempo y los espacios públicos en el municipio X o de un servicio de transporte urbano con acciones de reinserción de mujeres en situación de vulnerabilidad.

Según el EIGE et al. (2022, p. 40) incluir consideraciones de género en el objeto contractual tiene como fin visibilizar la relevancia que en esa contratación se les da a los aspectos de igualdad de mujeres y hombres y determina el ámbito del contrato con el que el resto de las cláusulas de igualdad deberán estar vinculadas.

En la práctica, la delimitación del objeto contractual no se realiza únicamente mediante una frase, sino que es preciso identificarlo a través de un código CPV regulado en el Reglamento (CE) 213/2008 de 28 de noviembre de 2007.¹²⁸ Este código se impone a efectos de lograr mayor transparencia en el marco europeo y eliminar las barreras que impidan que empresas de cualquier origen puedan comprender con exactitud qué se desea comprar por las administraciones de otros Estados de la Unión.

¹²⁸ En concreto, el Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV (DOUE nº L74, de 15/03/2008, pp. 1 a 375).

En la actualidad, la clasificación CPV carece de determinaciones medioambientales o sociales y, por tanto, de género, por lo que, si bien es posible introducir cláusulas de igualdad en el texto del objeto contractual, por el momento no es viable incluirlas en la codificación de ese objeto. En todo caso, debemos entender que tal delimitación de género del objeto contractual no supone una contradicción con el código asignado, ni esconde la prestación principal, “ni implica una barrera de entrada contraria al CPV” (Informe de la JCCAA 16/2015, de 4 de noviembre de 2015, ap. III).

Finalmente, debemos recordar que a pesar de que este es, como señala la Comisión, el primer aspecto del contrato en el que puede verse reflejada la estrategia de género que se persigue; sin duda, una buena planificación y análisis previo serán claves para considerar las posibilidades de definir su objeto desde una perspectiva de género y los términos en que deba hacerse.

A. El objeto del contrato y la necesidad a la que responde

La primera cuestión que debemos tomar en cuenta para una adecuada definición del objeto contractual es que éste deberá ser reflejo de las necesidades que se desean cubrir con el contrato en tanto será la satisfacción de éstas la que determine qué se quiere contratar y qué características, forma y contenido deberá tener. Así, la LCSP señala que el objeto contractual podrá definirse tomando en consideración las necesidades o funcionalidades que pretenden satisfacerse (art. 99.1 LCSP). Por tanto, un objeto estratégico podría atender a una descripción funcional del producto o de la necesidad a la que responde el contrato que incluya consideraciones sociales o medioambientales (Pardo López, 2019, p. 57).

En este sentido, la LCSP impone dos limitantes: por un lado, la necesidad a cubrir no puede ser cualquiera, sino que responderá a un concreto interés público; por otro, dicha necesidad deberá enmarcarse en los fines de la institución. Ambos extremos tendrán que justificarse debidamente en el expediente de contratación a tenor del art. 28 LCSP (Casares Marcos, 2017, p. 127).

Por tanto, el expediente de un contrato que atienda a una estrategia de igualdad entre mujeres y hombres habrá de exponer:

- la extensión de las necesidades de género a las que la compra responde, de tal manera que se razone: cómo el servicio a prestar o producto a adquirir no puede ser desligado

de una comprensión de género; cómo la forma más adecuada de cubrir las necesidades detectadas es la adquisición de un servicio, obra o suministro que integra consideraciones estratégicas en materia de igualdad entre mujeres y hombres; o cómo la compra que se pretende realizar es el instrumento adecuado para lograr el impacto de género objeto de una determinada política.¹²⁹

- el interés público que las mismas garantizan, que, sin duda, deriva de la garantía de un principio constitucional y del desarrollo de dicho principio a través de la teoría de género expuesta más arriba en este trabajo; y que conviene relacionar con el carácter transversal de la perspectiva de género.
- y los fines de la institución en los que se encuadran dichas necesidades de género; es decir, cómo las consideraciones de igualdad del contrato contribuyen al logro de los objetivos específicos que tiene encomendado el poder adjudicador (Valcárcel Fernández, 2013, p. 335).¹³⁰

Esta justificación será el punto de partida para ir construyendo un expediente que integre de manera transversal la perspectiva de género y que se iniciará con la definición del objeto contractual. Además, la justificación de la idoneidad del objeto de género para dar respuesta a esas necesidades es un elemento indispensable para considerarla válida de conformidad con el art. 28 LCSP (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias –TACPC– 242/2022, de 3 de octubre).

B. La definición del objeto del contrato: posibilidades, caracteres y límites

B.1.Posibilidades

En el marco de la contratación estratégica una pregunta esencial es saber si es posible introducir en el objeto del contrato cláusulas de género o incluso cuándo se deben incluir en dicho objeto las consideraciones de igualdad.

¹²⁹ Cuando debemos definirlo en unos u otros términos dependerá de los caracteres de la cláusula de género que se haya introducido en el objeto contractual; es decir, si la misma es consustancial a la compra que se quiere realizar, si se incluye para promover un nuevo objetivo de política pública, si determina la prestación principal objeto del contrato, etc...

¹³⁰ Si bien la autora sólo lo menciona para el caso de contratos que no tengan como finalidad servicios dirigidos a mujeres o que su objeto no esté íntimamente relacionado con la igualdad de género, consideramos que las precisiones que realiza son extensibles a todos los contratos públicos con estrategia de género, en los que del expediente de contratación no debe quedar ninguna duda sobre la necesidad y justificación de la inclusión de consideraciones de igualdad.

En general, el objeto contractual debe definirse con referencia a consideraciones de igualdad entre mujeres y hombres cuando las mismas sean una característica técnica del objeto del contrato; es decir, cuando la cláusula social define desde el punto de vista técnico el bien o servicio que se pretende obtener; lo cual implica que dicha consideración de género formará parte, también, del pliego técnico (PPTP) del contrato.

Por otra parte, la doctrina señala la posibilidad, e incluso la conveniencia a efectos de vinculación con el objeto contractual, de introducir en el objeto contractual una referencia a la igualdad cuando la misma haya sido considerada en cualquier cláusula del contrato (por ejemplo, como condición especial de ejecución o criterio de adjudicación). En este sentido, se ha subrayado que nada impide que un contrato responda a diversos objetivos (González Bustos, 2013, p. 153) cuestión que se enmarcaría en el papel instrumental de la contratación estratégica que responde, no sólo al fin de adquirir un determinado producto o servicio, sino al de promover objetivos de otras políticas públicas.

Sin embargo, es con respecto a este segundo grupo de cláusulas –es decir, a aquellas que agregan un objetivo diverso al principal del contrato– que podrían surgir más dudas en cuanto a la posibilidad de introducir cláusulas de género en el objeto contractual, porque, si bien ciertos órganos las asumen¹³¹, otros parecen más reticentes a la admisión de las mismas.

Por otra parte, el TACRC (RTACRC 198/2018, de 2 de marzo de 2018) ha señalado que el objeto contractual podrá incluir consideraciones estratégicas cuando las mismas encajen en la definición que de ese tipo contractual hace la ley¹³², lo cual tendría consistencia con el hecho de que dicha consideración debe formar parte de las características técnicas del contrato.

Con base en esta resolución, se ha afirmado que el tribunal parece limitar la introducción de cláusulas de igualdad en el objeto del contrato a los contratos de servicios; excluyendo los de obras o suministros (Larrazabal Astigarraga, 2021, p. 14).

¹³¹ La JCAA acepta la posibilidad de formular el objeto contractual en términos de dos objetos sucesivos (el objetivo y el social) en su Informe 16/2015, de 4 de noviembre.

¹³² En la resolución en cuestión el TACRC anula una cláusula social que pretendía reducir la pobreza energética y que definía un objeto contractual de suministro de energía eléctrica porque dicha pretensión no encajaba en la definición que en la ley vigente en el momento se realizaba de las prestaciones que podían constituir un contrato de suministro.

A nuestro juicio, no debemos guiarnos por esta limitación. En efecto, ya en 2001, la Comisión Europea admitía el uso de cláusulas sociales en los contratos de obra y servicios y lo veía más dificultoso en los de suministro¹³³. En concreto, señalaba que las posibilidades de integrar consideraciones sociales en los contratos variaban en función del tipo contractual:

“Los contratos públicos de obras y servicios, que ofrecen concretamente la oportunidad de imponer un determinado modo de ejecución, son los que mejor permiten a los poderes adjudicadores tener en cuenta intereses de tipo social. En el caso de los contratos públicos de suministros, y al margen de la elección fundamental del objeto de los mismos («¿qué voy a comprar?»), las posibilidades de tomar en consideración aspectos sociales son más limitadas” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 28).

En este sentido, hay que señalar que la actual guía de la Comisión para la inclusión de cláusulas sociales en los contratos públicos no realiza estas distinciones con respecto a tipos contractuales; además de que la regulación vigente obliga a la introducción de especificaciones técnicas acordes con la “Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como los criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas”(a. 126.3 LCSP) en todos aquellos contratos que vayan a ser usados por personas físicas. Teniendo en cuenta que los contratos que tienen por objeto la adquisición o construcción de objetos o espacios físicos que serán utilizados por la ciudadanía son los de obras y suministros, a nuestro juicio es claro que las limitaciones de introducción de cláusulas sociales por tipo contractual deben quedar superadas.

En efecto, pongamos, por ejemplo, un contrato de suministro de productos textiles en los que claramente las mujeres forman parte de una cadena de producción que las explota a costa de su salud e integridad. ¿no podría, por no ser una especificación técnica de la prenda concreta que se quiere adquirir (entendiendo característica técnica cuestiones como el tipo

¹³³ En todo caso, hay que considerar que el debate sobre las limitantes de cada tipo contractual se sitúa en el marco de la definición del objeto contractual y no cuando las cláusulas cumplen otra función en el contrato porque está claro que:

“Sea para la realización de una obra, sea para la prestación de un servicio público o para la realización de cualquier tipo de prestación siempre es posible que la empresa adjudicataria contrate a personas en situación o riesgo de exclusión social, o que subcontrate parte de su prestación con una Empresa de Inserción.” (Larrazabal Astigarraga, 2012, p. 296)

de ropa, tejido, tamaño, color, transpirabilidad, seguridad, etc), señalar en su objeto del contrato que dicha compra se quiere realizar de conformidad con criterios de género?

A nuestro juicio, en el mercado de los textiles se ofrecen productos que respetan los derechos humanos de las mujeres que participan en él (que aseguran salarios dignos, jornadas adecuadas, igualdad de condiciones entre mujeres y hombres, protección de la salud, etc.); por tanto, añadir esta cuestión en el objeto contractual llevaría a delimitar aquello que se quiere comprar. Es decir, el poder adjudicador no quiere contratar el suministro de cualquier tipo de textiles, sino sólo de aquellos que hayan sido producidos bajo determinadas circunstancias; que respeten los derechos de las mujeres productoras. En este caso, nos parece que tales características son una cualidad de los productos que debe ser tomada en cuenta en el objeto contractual y que es acreditable mediante certificados o etiquetas.

B.2. Caracteres

Volviendo al art. 99 LCSP, el objeto del contrato debe ser determinado; es decir, cierto, delimitado y preciso; por tanto, se plantea aquí la cuestión de cómo afecta la inclusión de las consideraciones de igualdad a este requisito exigido por la norma.

En relación con este carácter exigido por la LCSP, consideramos que la inclusión de cláusulas de género en el objeto contractual puede cumplir dos funciones: o contribuye a determinar el objeto que se quiere adquirir, o amplía dicho objeto con un nuevo objetivo de política pública.

- Cláusulas que contribuyen a la determinación del objeto contractual: las cláusulas de igualdad permiten delimitar cuál es el objeto del contrato (como hemos explicado con el último ejemplo), en tanto a través de éstas el poder adjudicador comunica a las empresas interesadas las características específicas que debe tener el servicio o bien que desea adquirir. Así como, en un contrato de suministro de mesas, señalar que las mismas son de oficina especifica el objeto del contrato; en un contrato de un servicio de diseño de encuesta señalar que la misma debe realizarse con perspectiva de género identifica, de entre todos los posibles diseños, el que se va a exigir a las operadoras económicas que quieran ser adjudicatarias de ese contrato. Por tanto, en

este caso, las cláusulas de igualdad no sólo no son contrarias al requisito de determinación del objeto, sino que contribuyen a su cumplimiento.

- Cláusulas que amplían el objeto para promover políticas de igualdad: distinto es que tras el análisis del impacto de género del contrato se concluya que, si bien el objeto de éste no es determinable mediante una cláusula de género, sí corresponde incluir consideraciones de igualdad en tanto conviene que el contrato se instrumentalice para alcanzar de manera óptima objetivos de las políticas del sector. En ese caso, a efectos de determinar el objeto contractual, consideramos que, en la medida de lo posible, se debería huir de frases genéricas y prediseñadas aplicables a cualquier tipo de contrato y buscar la manera de precisar ese objetivo de política de igualdad que se pretende promover en el objeto contractual. Por ejemplo, (retomando los ejemplos precitados) la contratación de un servicio de transporte urbano con acciones de reinserción de mujeres en situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, en el mismo artículo se señala que ese carácter determinado no implica que el objeto del contrato deba cerrarse a una solución única; es más, la propia LCSP considera que es conveniente abrir el objeto a varias soluciones en aquellos contratos en los que se pretendan incorporar “innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten” (art. 99.1 LCSP).

Es decir, cuando el contrato integre consideraciones de género que mejoran la eficiencia y sostenibilidad de los productos, obras o servicios convendrá definir el objeto contractual de manera abierta sin cerrar dicho objeto a una única solución. Lo cual nos lleva a la posibilidad de que el órgano de contratación establezca variantes, entendidas como distintas soluciones posibles a las necesidades planteadas por el poder adjudicador; cuestión que debe considerarse, a su vez en la definición de las prescripciones técnicas del contrato.

B.3. Límites a la definición de un objeto contractual estratégico

Ya en 2001 la Comisión señalaba que la libertad de elección del objeto contractual no es ilimitada dado que el mismo deberá atender a los principios del derecho europeo, en particular al de libre circulación de mercancías y, por tanto, al principio de igualdad y no discriminación. Así, el objeto de un contrato no podrá restringir la participación en el

mismo a las empresas nacionales y excluir a las extranjeras (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 28).

C. Vinculación con el objeto del contrato y definición

La definición del objeto contractual es algo fundamental en el contrato teniendo en cuenta que la principal exigencia que se le planteará a cualquier cláusula estratégica de género es que la misma debe estar vinculada con aquel. En este sentido, no se consideran cláusulas vinculadas aquellas que exigen requisitos para todos los productos de la operadora que proveerá los bienes o servicios, y no sólo para los que se pretenden adquirir, o las que se refieren a la política general de responsabilidad social de la empresa. Sin embargo, sí están relacionadas con el objeto del contrato las condiciones laborales en las que se produce el producto que queremos comprar (Comisión Europea, 2021, pp. 36-37).

En el marco de la contratación estratégica, la inclusión de cláusulas de género en el objeto de los contratos públicos es una cuestión sometida a un debate doctrinal que se mueve entre dos posturas: la que recomienda definir de manera estratégica el objeto de cualquier contrato en el que se incluyan cláusulas de género y aquella que no ve tal necesidad.

Antes de pasar a analizar ambas posturas, es preciso considerar un asunto sobre el que Pardo López (2019, p. 54) llama nuestra atención: la distinción entre aquellos contratos en los que el objeto es esencialmente social o medioambiental y los que no.¹³⁴

Llevada esta dicotomía al plano de la igualdad, los contratos esencialmente de género se referirían a aquellos en los que la perspectiva de género y el principio de igualdad de mujeres y hombres es consustancial a la prestación que se quiere adquirir; por ejemplo, un contrato de servicio telefónico de atención a víctimas de violencia de género. En éstos, la definición del objeto contractual está relacionada intrínsecamente con consideraciones estratégicas de igualdad de las que no puede desligarse. En este caso, no hay duda de que el objeto del contrato deberá atender a cuestiones estratégicas.

En cuanto al segundo bloque de contratos, nos referiríamos a aquellos en los que la prestación principal no está intrínsecamente relacionada con la igualdad; pero el contrato tiene un impacto en la desigualdad entre mujeres y hombres que se quiere atajar mediante

¹³⁴ Esta distinción es asimilable a la que realiza Valcárcel Fernández (2013, pp. 333-334) y que ya hemos mencionado en el ap. 4.3.2. de este trabajo.

el instrumento de política pública que es el contrato; bien sea por el sector en el que se enmarca, las implicaciones que las prestaciones contratadas tienen, la población a la que se dirige u otros aspectos. En referencia a los mismos, ya hemos señalado que González Bustos (2013, p. 153) propugna que en la definición del objeto contractual se puede integrar la finalidad de género que se persigue con el mismo, ya que nada impide que un mismo contrato pretenda diversos objetivos.

Apuntamos aquí una precisión que difumina los márgenes de la dicotomía presentada por Pardo López: a nuestro juicio, esta teoría de la introducción de diversos objetivos en un contrato podría aplicarse igualmente a los contratos cuyo objeto es *esencialmente* de género. Así, en el ejemplo iniciado arriba sobre el servicio de atención telefónica a la violencia de género, nada obstaría a que se incluyeran en el contrato otro tipo de consideraciones que no formen parte del objeto así definido; por ejemplo, cláusulas ambientales, o criterios de igualdad de género que tengan que ver más con el personal que ejecuta la prestación y, no tanto, con el contenido del servicio que se va a brindar.

En todo caso, es en el marco de este segundo grupo de contratos en el que se plantea el debate de la inclusión de consideraciones de género en el objeto; mismo que ha venido impulsado por las constantes resoluciones del ámbito administrativo en las que se anulan cláusulas estratégicas de género por no estar relacionadas con el objeto del negocio que se pretende.

La postura doctrinal mayoritaria y la que se mantiene, además, en las diversas guías institucionales para incluir cláusulas de igualdad en los contratos públicos (Pozo Bouzas, 2018, p. 6) es la que promueve la presentación en el objeto contractual de las cláusulas estratégicas que serán posteriormente introducidas en el contrato.¹³⁵

La tendencia viene justificada a efectos de garantizar la vinculación de las cláusulas estratégicas que se incluirán en la licitación con el objeto del contrato (Gomez Fariñas, 2019, p. 72). Esta propuesta, si bien entendible (en la medida en que proporciona una salida fácil a los problemas prácticos que los órganos de contratación encuentran para introducir la contratación estratégica), es, a nuestro juicio, cuestionable porque puede derivar en fórmulas que no aportan nada a la contratación estratégica.

¹³⁵ Ver, por ejemplo, Valcárcel Fernández (2013, p. 335) o Lesmes Zabalegui (2005, pp. 73-74).

En efecto, la introducción de referencias estandarizadas sobre igualdad en el objeto contractual, no aporta necesariamente un carácter estratégico a la definición del objeto, ni garantiza automáticamente el cumplimiento de las obligaciones que las normas imponen a las cláusulas de igualdad. Al mismo tiempo, la ausencia de mención en el objeto contractual de consideraciones de género no invalida, a nuestro juicio, el carácter estratégico de un contrato. Es decir, la introducción sistemática de cláusulas estratégicas en el objeto del contrato “puede parecer «estética» o «forzada» puesto que, a menudo, la estrategia de incluir títulos «sugere» que incluyen la apostilla de la socialización no son suficientes para generar una vinculación del objeto del contrato” (Gordo Cano, 2023, p. 76).

Por poner un ejemplo, en un contrato de suministro de máquinas de café en el que se exija, como parte de las cláusulas técnicas que dichas máquinas deben cumplir el requisito de no utilizar, ni en las pantallas ni en ninguno de los paneles de su estructura, lenguaje o imágenes sexistas o que puedan contribuir a la reproducción de los roles de género; si esta fuese la única consideración de género de todo el contrato ¿sería suficiente para introducir las mismas en el objeto del contrato?

Sin duda, la actual situación en la que la interpretación de la vinculación con el objeto contractual es tan inflexible induce a los órganos de contratación a contestar afirmativamente a la pregunta anterior, o a introducir una consideración en el objeto contractual, *por si acaso*. Sin embargo, hay que tener cuidado para no caer en la trampa de sumar complementos estandarizados al objeto (entiéndase, por ejemplo, añadidos tales como la fórmula “con perspectiva de género” o “con cláusulas de igualdad”) en cada uno de los objetos contractuales en los que se quieren incluir cláusulas estratégicas de género, sólo con la intención de evitar un posible problema de falta de vinculación contractual del resto de cláusulas.¹³⁶

A nuestro juicio, no debería ser necesario que un contrato que claramente contiene consideraciones relativas a la igualdad durante el pliego de prescripciones técnicas particulares y a lo largo de sus criterios de adjudicación, solvencia o condiciones especiales de ejecución, por ejemplo, y que, además, venga justificada la relevancia de las mismas en el expediente, precise de esa mención en el objeto del contrato para entender que las

¹³⁶ Esto además pareciera obligar a los órganos de contratación a construir objetos contractuales enormes cada vez que pretendan incluir más de un tipo de finalidad estratégica en el mismo negocio; es decir, a coletillas del estilo “con reducción del impacto medioambiental, atendiendo a las condiciones laborales de las personas trabajadoras y con perspectiva de género”, por ejemplo.

cláusulas están vinculadas con éste, en el sentido exigido por las normas. Es decir, si las características de género del servicio o producto se definen claramente en los pliegos del contrato y se justifican debidamente no puede haber margen de duda sobre su relación con el objeto del contrato.

Este planteamiento nos conduciría a una interpretación más relajada de la vinculación con el objeto contractual y que, hasta el momento, no se ha dado en casi ningún órgano de recursos contractuales, forzando a los poderes adjudicadores a hacer verdaderos malabares para cumplir la obligatoriedad del mandato transversal impuesto por la LCSP, a la par que los requisitos establecidos para estas cláusulas.

Por todo lo anterior, consideramos que hay que tomar con precaución la recomendación de introducir, en todo caso, las cláusulas de género en el objeto del contrato. En efecto, si bien puede ser una estrategia o una vía de escape frente a las dificultades que enfrentan los órganos de contratación, en tanto no se flexibilicen las interpretaciones de los tribunales de recursos contractuales sobre la materia; no debe convertirse en la herramienta fácil, a la vez que hueca, que cumple con la norma, pero no es capaz de materializar el carácter estratégico al que alude el negocio jurídico.

Hay que entender que la introducción en el objeto contractual de aspectos de género, si los mismos no se traducen en el contenido de los pliegos técnicos y demás clausulado, convierte la contratación estratégica en papel mojado. En ese caso, “ni es necesario ni tiene utilidad tal socialización de la denominación contractual. Lo relevante va a ser su contenido real y cómo se justifica la inclusión de aspectos sociales” (Gordo Cano, 2023, p. 76).

En definitiva, frente al problema de interpretaciones restrictivas de la vinculación de las cláusulas con el objeto del contrato sería mucho más interesante y adecuado arbitrar fórmulas para:

- por un lado, flexibilizar la actual interpretación de la relación con el objeto contractual invirtiendo esfuerzos en las justificaciones añadidas al expediente que puedan exponer la manera en que la compra que se quiere realizar impacta en las desigualdades de género o contribuye a disminuir las brechas en este ámbito.
- por otro, concentrar esfuerzos en proporcionar formación especializada a todas aquellas personas que elaboran pliegos contractuales, así como a aquellos órganos que los revisan, a efectos de que puedan comprender las implicaciones que la

adquisición de ciertos bienes y servicios tiene en el logro de objetivos transversales de las políticas de igualdad. En efecto, a nuestro juicio lo que denota esta dificultad en determinar la relación de las cláusulas de género con el objeto contractual es una falta de conocimientos en la materia de quienes juzgan los contratos públicos. La relación con la igualdad de género es evidente y no requiere de mención en el objeto contractual, por ejemplo, en muchos contratos que se mueven en sectores en los que existe una segregación horizontal por sexos de los trabajos, como el ámbito de los servicios sociales, en tanto los mismos son un espacio ampliamente feminizado (Sarter, 2015, p. 56). Lo cual no implica que dicha relación no deba ser debidamente justificada en el expediente contractual en función de la cláusula en la que se convierta, tal y como mandata la LCSP.

5.1.4. PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES (PPTP)

Como hemos señalado con anterioridad, en el objeto del contrato se definen los productos o prestaciones que la Administración desea comprar y cuyas características serán precisadas en las especificaciones técnicas. El pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) cumple, en consecuencia, la función de definir las características técnicas del producto, bien, servicio u obra que la Administración desea adquirir. La definición de las especificaciones técnicas de un contrato es, por tanto, un asunto de gran calado porque las mismas “identifican el objeto del contrato en términos precisos, permiten que las empresas interesadas sopesen si presentan una oferta y proporcionan a los poderes adjudicadores los parámetros técnicos para evaluar, en relación con sus necesidades, las distintas ofertas presentadas” (abogado general sr. Jacobs en asunto C-174/03, apartado 72 y asunto C-6/05, Rec pág I-4557, apartado 78 citado por Medina Arnáiz, 2011, p. 81).

Tanto la Directiva 2014/24/UE (art. 42) como la LCSP (art. 125.1) definen qué debe entenderse por especificación técnica:

“a) Cuando se trate de contratos de obras, el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de la contratación, en las que se definan las características requeridas de un material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador; asimismo, los procedimientos de aseguramiento de la calidad, el impacto social, laboral, ambiental y climático

de dichos materiales, productos o actividades que se desarrollen durante la elaboración o utilización de los mismos, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas), la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso y los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida de las obras; incluyen asimismo las reglas de elaboración del proyecto y cálculo de las obras, las condiciones de prueba, control y recepción de las obras, así como las técnicas o métodos de construcción y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan;

b) Cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, aquella especificación que figure en un documento en la que se definan las características exigidas de un producto o de un servicio, como, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad universal y diseño universal o diseño para todas las personas) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la utilización del producto, su seguridad, o sus dimensiones; asimismo, los requisitos aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, las pruebas y métodos de prueba, el envasado, marcado y etiquetado, las instrucciones de uso, los procesos y métodos de producción en cualquier fase del ciclo de vida del suministro o servicio, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad” (art. 125.1 LCSP)¹³⁷

La Directiva 2014/24/UE insiste, además, en que las especificaciones técnicas deben permitir la consecución de objetivos de sostenibilidad (Considerando 74 Directiva 2014/24/UE).

¹³⁷ El subrayado es nuestro a efectos de llamar la atención sobre esta previsión de la LCSP; la misma ha añadido como especificación técnica de las obras el impacto social y laboral de los materiales utilizado, cuestión que no se prevé expresamente en la Directiva 2014/24/UE.

De conformidad con lo anterior, y a efectos de definir el pliego técnico de un contrato en términos de género, parece que será posible introducir consideraciones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres:

- cuando las mismas formen parte de las características del bien o servicio que se desea contratar. Esta sería la opción más evidente, pero utilizada de manera exclusiva podría relegar las consideraciones de género a los contratos de servicios en los que aplicar esta perspectiva resulte indispensable para la ejecución del contrato (estadísticas con perspectiva de género, servicios de atención social o a personas en situación de vulnerabilidad, desarrollo de estudios, informes, programas, investigaciones en los que requiera la aplicación transversal del género, formación o capacitación, ...).
- cuando determinen un método de producción específica en cualquier momento del ciclo de vida del producto que se desea adquirir. En este caso, habrá que revisar si es posible, y además conveniente, la introducción de esta perspectiva en algún momento de la cadena de suministro de los productos que se pretenden adquirir (compra de textiles o determinados productos de alimentación en los que la mano de obra femenina en las cadenas de producción es sustancial y sus condiciones laborales pésimas, por ejemplo).
- cuando las cláusulas de igualdad puedan definir cuestiones relativas al envasado, marcado y etiquetado. En este caso, habrá que revisar si en la actualidad es posible introducir etiquetas relativas a la igualdad de género, como los distintivos de igualdad.

En cuanto a la primera de las opciones, en función del contrato será posible introducir especificaciones técnicas de género que exijan por ejemplo: la realización de diagnósticos de género, el cumplimiento de obligaciones derivadas de las normas de igualdad (De Guerrero Manso, 2020, p. 27), la desagregación por sexo de los datos, el análisis del impacto de género del contrato, la adopción de medidas para que la población femenina participe en las acciones de intervención social o formativas, el uso no sexista del lenguaje o las imágenes, o el desarrollo de documentos o contenidos que atiendan a una perspectiva de género.

Por otra parte, la Comisión ha subrayado que una de las maneras más adecuadas para introducir consideraciones sociales en las bases técnicas es recurrir a su formulación en términos de rendimiento funcional (Comisión Europea, 2021, p. 44). De esta manera, en

un contrato con objeto de género se puede definir el servicio que se quiere adquirir en función de los resultados estratégicos que quieren obtenerse en términos de beneficios o bienestar que se pretende que la población destinataria del servicio obtenga.

En cuanto a los procesos de producción, las normas precisan que las especificaciones técnicas podrán referirse a métodos o formas de producción específica, bien del producto o de algún procedimiento en otro momento de su ciclo de vida “incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este” (126.2 LCSP). Sin duda, el concepto de especificación técnica es amplio y acoge numerosas posibilidades.

En todo caso, la definición de las prescripciones técnicas de conformidad con criterios de igualdad de género estará sometida a los límites que señalan las normas:

- deberán formularse de manera objetiva y transparente (Comisión Europea, 2021, p. 44).
- deberán permitir la libre competencia; es decir no será posible describir los aspectos técnicos de un contrato de tal manera que “limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador” (Considerando 74 Directiva 2014/24/UE). De esta manera, se asegura el cumplimiento del principio de igualdad y se permite el acceso en condiciones de igualdad a todas las operadoras económicas (Comisión Europea, 2021, p. 44). Igualmente, para evitar los límites artificiales a la concurrencia o la vulneración del principio de igualdad, se considera adecuado definir las especificaciones técnicas de un contrato en términos de rendimiento o exigencias funcionales (art. 126.5 LCSP).
- Deberán estar relacionadas con el objeto contractual. Es importante señalar que no elimina el vínculo con el objeto del contrato el hecho de que una especificación técnica no esté relacionada con factores visibles o discernibles del producto o servicio. Por ejemplo, la exigencia de que se usen tintes no tóxicos en la producción es una especificación técnica; sin embargo, las características más generales relacionadas con la seguridad de las personas trabajadoras deberán incluirse en los criterios de selección o condiciones de ejecución (Comisión Europea, 2021, pp. 43-

44). Esta última apreciación de la Comisión contrasta con lo dispuesto por ella misma en referencia a las obras, en las que admite como especificación técnica las disposiciones que tienen por objeto proteger la salud y seguridad de las personas trabajadoras, así como de terceras personas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 29).

- Deben justificarse debidamente en el expediente. Como cualquier otra cláusula estratégica, los tribunales de recursos contractuales han venido exigiendo la justificación de la introducción de especificaciones técnicas de estas características. En este sentido, el TCCSP exige motivación de las prescripciones técnicas en dos sentidos: justificación de la elección de la cláusula concreta de entre todas las medidas posibles a adoptar y de cómo tal cláusula contribuye a mejorar la calidad de la prestación desde el punto de vista estratégico (RTCCSP 293/2021, de 6 de octubre de 2021).

Pasamos a revisar ahora dos de las opciones que posibilitan la introducción de consideraciones estratégicas en los pliegos de contratación: las cadenas de suministro y las etiquetas o certificados, no sin antes advertir dos cuestiones:

- En primer lugar, ambas dos cuestiones se encuentran muy relacionadas en el ámbito social, en tanto la manera más frecuente de acreditar el cumplimiento de determinados requisitos en las cadenas de suministro suele ser mediante etiquetas o certificados.
- En segundo lugar, si bien estos aspectos los trataremos en el apartado de prescripciones técnicas (porque así se hace en la LCSP), los mismos pueden ser tenidos en cuenta en otras cláusulas o criterios del procedimiento de licitación.

A. Cadenas de suministro o cadenas de valor en las empresas¹³⁸

La integración de consideraciones relativas a las cadenas de valor en la contratación tiene como fundamento el interés de la Administración de garantizar una actuación social y ambiental adecuada en el marco de una sociedad globalizada en la que la obtención de un bien se produce a través de largas cadenas de suministro que inician en terceros países. Es

¹³⁸ En la Unión Europea se utiliza el término *cadenas de suministro* para el análisis del impacto en los derechos humanos y la sostenibilidad ambiental de los procesos de producción de bienes y servicios en las empresas. La Organización de las Naciones Unidas ha optado por el término *cadenas de valor* para referirse al impacto de dichos procesos en los derechos humanos, tal y como se recoge en los principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos (OACNUDH, 2011, p. 21).

decir, se entiende que no sólo son importantes las características de dicho producto o el debido comportamiento de la última empresa que suministra a la Administración, sino el de todas las que participaron, antes de aquella, en la producción del mismo. En efecto, poco sentido tendría que los poderes públicos se aseguren de que las contratistas actúan conforme a unos determinados requisitos de carácter laboral, si, por otra parte, tienen como proveedoras o suministradoras últimas a entidades que no respetan las mínimas exigencias de derechos humanos o sostenibilidad, porque sólo se lograría desplazar los efectos negativos del proceso de producción del país cercano al más lejano, pero no combatirlos en su esencia (Tascón López, 2020, p. 338).

En términos de género, el análisis y consideración de las cadenas de suministro es fundamental, así lo señalan Smit et al. (2020, p. 226), en el estudio realizado para la Comisión Europea. En efecto, según la ONU “las mujeres [y las niñas] sufren los efectos adversos de las actividades empresariales de manera diferente y desproporcionada” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019, p. 2). Por otra parte, si bien “hay indicios de que en los últimos años se ha producido una mayor integración de la perspectiva de género en las normas sobre las empresas y los derechos humanos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019, p. 13), recientes estudios señalan que las prácticas empresariales actuales mantienen una actuación ciega al género en cuanto a la debida diligencia en las cadenas de suministro y continúan sin identificar los “riesgos específicos e impactos diferenciados” (Smit et al., 2020, p. 92) a los que las mujeres se enfrentan en esas cadenas. Como consecuencia de esta situación, Naciones Unidas subraya que:

“la mayoría de los Estados y empresas siguen prestando poca o insuficiente atención a las diversas experiencias de las mujeres cuando tratan de cumplir sus respectivas obligaciones y responsabilidades dimanantes de los Principios Rectores. Esta práctica de “adhesión simbólica a las cuestiones de género” tiene que cambiar. Para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y lograr una verdadera igualdad de género, los Estados y las empresas deben colaborar con las organizaciones de mujeres y todos los demás actores pertinentes a fin de realizar cambios sistemáticos en las estructuras de poder discriminatorias, las normas sociales y los entornos hostiles que obstaculizan el disfrute de los derechos humanos de las mujeres en pie de igualdad con los hombres en todas las esferas” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019, p. 13)

Más allá de que la compra de determinados productos tiene un impacto negativo en las personas trabajadoras que producen estos bienes en otros países, y de que muchos de esos efectos reproducen o agravan la situación de discriminación de las mujeres, debemos añadir que existen determinados productos en los que la mano de obra femenina tiene un rol fundamental, por lo que una adecuada planificación y análisis de género de la contratación de este tipo de bienes debería incluir cláusulas de igualdad en las cadenas de suministro. En concreto, sectores como el textil, suponen espacios donde la violencia y discriminación de género se reproduce:

“Las mujeres que trabajan en el sector textil se encargan de los trabajos que requieren menor nivel de cualificación, los peor pagados y los más precarios. A eso se añade la violencia estructural basada en el género, que incluye amenazas y abusos verbales hasta la violencia física de los supervisores, que suelen ser hombres, por no cumplir con sus objetivos de producción. Son frecuentes los casos de comentarios y abusos sexuales en las fábricas textiles, facilitados por un contexto de extrema vulnerabilidad de las mujeres trabajadoras expuestas a la estigmatización y a la pérdida del puesto de trabajo. El embarazo puede impedir el acceso a un puesto de trabajo o comportar la presión para renunciar a él o el despido” (Pigrau Solé et al., 2020, p. 11).¹³⁹

Según la OIT¹⁴⁰, la industria de la confección mantiene a 94 millones de personas trabajadoras en todo el mundo de las que casi el 60% son mujeres (casi el 80% en algunas regiones). Asia sería el continente en el que mayoritariamente se producen los textiles que se distribuyen en el mundo acaparando el 75% del personal que trabaja en este sector y alrededor de 42 millones de trabajadoras mujeres. Estas mujeres suelen formar parte del sector informal de la economía y enfrentar situaciones laborales precarias que incluyen bajos salarios y desigualdad¹⁴¹ o una mayor exposición a la discriminación, la violencia y el acoso.

Por tanto, la probabilidad de que cuando compramos este tipo de productos estemos generando un impacto negativo en la vida de las mujeres es muy alta y esta es una

¹³⁹ La traducción es nuestra.

¹⁴⁰ [https://www.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/discrimination/garment-gender#the-global-garment-industry-a-bird%E2%80%99s-eye-view-\(1\)](https://www.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/discrimination/garment-gender#the-global-garment-industry-a-bird%E2%80%99s-eye-view-(1)), consultada el 10 de febrero de 2024.

¹⁴¹ La “OIT detectó una diferencia salarial media entre hombres y mujeres de alrededor del 18,5% en los sectores de la confección y el calzado en Bangladesh, Camboya, Filipinas, India, Indonesia, Pakistán, República Democrática Popular Lao, Tailandia y Vietnam” (Ibid).

consideración a tener en cuenta a la hora de definir qué productos queremos adquirir y qué criterios de responsabilidad social deberían cumplir.

A pesar de la relevancia del impacto de género en la adquisición de productos con largas cadenas de valor, las cláusulas de igualdad no son tomadas en cuenta normalmente en el diseño de los contratos, tal y como señalan Pigrau Solé et al. (2020, p. 71), en su análisis de la contratación catalana. Los autores llaman la atención sobre la ausencia de impacto exterior de las cláusulas utilizadas en la contratación, así como la imposibilidad de concluir de las mismas si se garantizan o no los derechos humanos y laborales de las personas productoras (Pigrau Solé et al., 2020, p. 71).

Según la Comisión (2021, pp. 8 y 10), prestar atención a las cadenas de suministro es una de las maneras adecuadas para asegurar el respeto de los derechos humanos y el cumplimiento de las normas laborales o sociales en la contratación pública. En concreto la institución señala varios modos de poner el foco en las cadenas de valor:

- “aumentando la transparencia en las cadenas de suministro mediante el control de los subcontratistas y los subsubcontratistas, entre otros medios;
- analizando los riesgos concretos presentes en las cadenas de suministro;
- exigiendo a los contratistas y los subcontratistas que adopten medidas para mejorar las condiciones de los trabajadores en la cadena de suministro y encarar las violaciones de los derechos humanos que pudieran ocurrir o que se detecten en el proceso de producción, y
- fomentando que los proveedores adopten códigos de conducta estrictos en materia de responsabilidad social.” (Comisión Europea, 2021, p. 8)

Finalmente, es importante recordar que es posible considerar dichas cadenas de valor en los requisitos de selección de las contratistas, en los criterios de adjudicación (aunque los principios de vinculación al objeto del contrato y proporcionalidad puedan ser un límite a la hora de interpretarlo) y en las condiciones especiales de ejecución (ya que todas las condiciones serán exigidas a los subcontratistas).

B. Etiquetas y certificados

Un problema que se presenta a la hora de considerar aspectos de derechos humanos en la cadena de suministro es la forma de acreditación del cumplimiento de estos requisitos. En

este sentido, la vía más segura y accesible para los órganos de contratación es la solicitud de etiquetas o certificados sobre las materias que se pretendan exigir. Aunque, hay que recordar que es posible asegurar el cumplimiento de los convenios de la OIT, no sólo a través de etiquetas o certificados sino incluso, cuando no existan, mediante una declaración responsable del proveedor (Sarter et al., 2014, p. 18).

La posibilidad de introducir etiquetas en los pliegos de los contratos ya había sido admitida en términos medioambientales en las directivas de 2004, pero es en el asunto C-368/10, Comisión vs. Reino de los Países Bajos, que el TJUE resuelve mediante sentencia de 10 de mayo de 2012, donde se precisan los términos en los que son admisibles, las funciones que pueden cumplir y las características de las mismas.

Los planteamientos de esta sentencia fueron trasladados a las directivas sobre contratación de 2014 y de ahí a la LCSP de la siguiente manera:

- En primer lugar, hay que precisar que se considera etiqueta “cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos” (art. 127.1 LCSP y art. 2.1. 23) Directiva 2014/24/UE). Es decir, las etiquetas son medios de prueba o de acreditación del cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, y no requisitos en sí mismos.¹⁴²
- Las mismas podrán exigirse como forma de acreditación de que las obras, servicios o suministros que se pretenden adquirir cumplen determinadas características. Por lo tanto, las etiquetas son aplicables a cualquier tipo de contrato de los previstos en la LCSP.
- Por otra parte, estas etiquetas podrán aceptarse en el caso de que los órganos de contratación deseen adquirir bienes o servicios con determinadas características medioambientales, sociales u otras (art. 43.1 Directiva 2014/24/UE y art. 127.2 LCSP). Es decir, se aceptarán etiquetas relativas a aspectos sociales, como medioambientales u otros acreditables por esta vía.
- En cuarto lugar, los requisitos acreditables mediante etiquetas pueden cumplir la función de prescripción técnica, criterio de adjudicación o condición especial de ejecución del contrato (art. 43.1 Directiva 2014/24/UE y art. 147.2 LCSP).

¹⁴² Si bien, como veremos más adelante, algunos tribunales ya aceptan la valoración de determinados certificados o etiquetas.

- En todo caso las etiquetas exigibles deberán cumplir con las siguientes exigencias:
 - Los requisitos que se exigen para obtener la etiqueta deben estar vinculados con el objeto contractual, así como ser “adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan dicho objeto” (art. 127.2 a) LCSP).
 - Los requisitos exigidos para obtener la etiqueta deben basarse “en criterios verificables objetivamente y que no resulten discriminatorios” (art. 127.2 b) LCSP).
 - Las etiquetas aceptadas deben otorgarse de conformidad con procedimientos transparentes y participativos en los “que puedan participar todas las partes concernidas, tales como organismos gubernamentales, los consumidores, los interlocutores sociales, los fabricantes, los distribuidores y las organizaciones no gubernamentales” (art. 127.2 c) LCSP).
 - Las etiquetas deberán ser “accesibles a todas las partes interesadas” (art. 127.2 d) LCSP).
 - Los requisitos exigidos para obtener la etiqueta deben fijarse por un tercero sobre el cual la empresa no puede ejercer influencia decisiva alguna (art. 127.2 e) LCSP).
 - las referencias a estas etiquetas no deben restringir la innovación (art. 127.2 f) LCSP). Este es un requisito que la LCSP añade con base en el considerando 75 de la Directiva 2014/24/UE, pero que el art. 43 de ésta no recoge como tal. En todo caso, si no como requisito a cumplir por las etiquetas, debe considerarse como un límite a la exigencia de las mismas en los pliegos contractuales que el servicio promotor del contrato debe valorar a la hora de desarrollar las cláusulas contractuales.

En cuanto a la formulación en los pliegos de las etiquetas, habrá que atender a las siguientes obligaciones:

- La remisión a etiquetas podrá realizarse siempre y cuando los poderes adjudicadores exijan que se cumplan todos los requisitos precisos para la obtención de la etiqueta. En todo caso, tal exigencia no exime al órgano de contratación de señalar cuáles son esos requisitos que se deben cumplir (art. 127.5 LCSP).

- En el caso de que no sea preciso el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para obtener la etiqueta, el poder adjudicador señalará cuáles de ellos deben cumplirse (art. 43.1 Directiva 2014/24/UE y 127.4 LCSP).
- Serán aceptadas otras etiquetas equivalentes para la acreditación del cumplimiento de los requisitos señalados (art. 127.3 LCSP). Igualmente, si una operadora económica acredita que no le ha sido posible obtener la etiqueta señalada, ni otra equivalente en los plazos establecidos por motivos no imputables a sí misma, el poder adjudicador deberá aceptar cualquier otro medio de prueba válido, siempre que la empresa “demuestre que las obras, suministros o servicios que ha de prestar cumplen los requisitos de la etiqueta específica o los requisitos específicos indicados por el poder adjudicador” (art. 43.1 Directiva 2014/24/UE). En todo caso, la carga de la prueba de la equivalencia recaerá sobre la empresa candidata o licitadora (art. 127.6 LCSP). La necesaria aceptación de etiquetas equivalentes ha sido ya objeto de resoluciones que anulan el recurso a las mismas cuando no se señala expresamente que se acepta esa equivalencia (ver, por ejemplo, RRTCCSP 100/2021, de 8 de abril, 147/2020 de 7 de abril y 185/2020, de 20 de mayo de 2020).
- En el caso de que la etiqueta que se pretende solicitar establezca requisitos que no están vinculados con el objeto del contrato, pero cumpla el resto de las exigencias previstas en la LCSP (salvo la relativa a no limitar la innovación), los órganos de contratación no podrán exigir la etiqueta como tal, pero podrán referirse a los requisitos o aspectos de la misma que les interesen, siempre y cuando estén vinculados con el objeto del contrato y sean adecuados para definir las obras, suministros o servicios objeto del mismo (art. 43.2 Directiva 2014/24/UE y art. 127.2 LCSP).

B.1. Etiquetas sociales relacionadas con la igualdad y distintivos de igualdad

Antes de pasar a analizar qué función puede adoptar una etiqueta en un contrato, conviene revisar las posibilidades que para la igualdad de género ofrecen estas.

En este sentido, lo primero que hay que señalar es que el etiquetado ecológico de productos le lleva la delantera al etiquetado social o de género en cuanto a desarrollo (Medina Arnáiz, 2011, p. 70), lo cual puede deberse a la confusión de sistemas de certificación en el ámbito social así como a la falta de “mecanismos de vigilancia relacionados con el etiquetado social de los productos” (Medina Arnáiz, 2012, p. 236).

En el ámbito social, las etiquetas con reconocimiento más global son las referidas al comercio justo. En la Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo, de 6 de julio de 2006¹⁴³, se establece que el mismo debe cumplir ciertos requisitos establecidos por el movimiento en favor del comercio justo en Europa:

- “a) un precio justo al productor, que garantice unos ingresos justos y que permita cubrir unos costes sostenibles de producción y los costes de subsistencia; este precio debe igualar, por lo menos, al precio y la prima mínimos definidos por las asociaciones internacionales de comercio justo,
- b) parte del pago se debe efectuar por adelantado, si el productor así lo solicita,
- c) una relación estable y a largo plazo con los productores, así como la intervención de éstos en el establecimiento de normas de comercio justo,
- d) transparencia y rastreabilidad en toda la cadena de abastecimiento, a fin de garantizar una información adecuada al consumidor,
- e) unas condiciones de producción que respeten los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),
- f) el respeto del medio ambiente, la protección de los derechos humanos, en particular de los derechos de las mujeres y los niños, así como el respeto de los métodos de producción tradicionales que favorezcan el desarrollo económico y social,
- g) programas de desarrollo de capacidades y capacitación para los productores, en especial para los pequeños productores marginales de los países en desarrollo, para sus organizaciones y para sus respectivas comunidades, a fin de garantizar la sostenibilidad del comercio justo,
- h) el respaldo a la producción y la entrada al mercado de las organizaciones de productores,
- i) actividades de sensibilización sobre la producción y las relaciones comerciales en el marco del comercio justo, su misión y sus objetivos, y sobre la injusticia reinante en las normas del comercio internacional,
- j) el seguimiento y la verificación del cumplimiento de estos criterios, en cuyo marco debe corresponder un importante papel a las organizaciones del hemisferio sur, con miras a una reducción de costes y una mayor participación de las mismas en el proceso de certificación,

¹⁴³ DOUE nº C 303, de 06/07/2006, pp. 865 a 870.

k) evaluaciones de impacto periódicas sobre las actividades relacionadas con el comercio justo;”

Como vemos, además de la exigencia de un precio justo¹⁴⁴, se establecen otra serie de criterios que tienen que ver con las condiciones en que una empresa compra a su proveedora, aunque la etiqueta se otorga al concreto producto o bien y no a la empresa en su conjunto.

Medina Arnáiz (2013, p. 272) señala también los cuestionamientos que han surgido sobre el etiquetado de comercio justo, principalmente en cuanto a los etiquetados FLO (Organización Internacional de Etiquetado Justo). Esta organización concede el sello *Fairtrade* que se otorga al producto por cumplir una serie de criterios, pero no se revisa la cadena de suministro ni se hace valoración alguna sobre las empresas. En este sentido ha sido criticado porque por los estándares que establece limitan el acceso a pequeños productores, así como por permitir ciertos comportamientos en la cadena de suministro que son contrarios a lo que el comercio justo debe promover. De esta manera, grandes multinacionales han accedido a este certificado, en opinión de muchos, subvirtiendo la esencia del comercio justo.

En la otra cara de la moneda estarían las etiquetas WFTO (World Fair Trade Organization) que garantizan que las empresas productoras y comercializadoras han cumplido determinados requisitos sociales:¹⁴⁵

1. Creación de oportunidades para empresas o personas productoras en desventaja económica
2. Transparencia y rendición de cuentas.
3. Prácticas de comercio justas.
4. Un precio justo.
5. Ni trabajo infantil ni trabajo forzoso.
6. Compromiso de no discriminación, igualdad de género y libertad de asociación.
7. Condiciones de trabajo dignas.

¹⁴⁴Medina Arnáiz (2013, p. 257) subraya que según la WFTO un precio justo es aquel que se acuerda a través del diálogo y la participación y que cubre los costes de producción a la vez que permite una producción socialmente justa y responsable.

¹⁴⁵ Traducido de los 10 principios reflejados en la página web de Home of Fair Trade Enterprises: <https://wfto.com/our-fair-trade-system/our-10-principles-of-fair-trade/> . Consultada el 19 de febrero de 2024.

8. Desarrollo de capacidades.
9. Promoción del comercio justo.
10. Protección del medio ambiente y acción climática.

Tanto en las etiquetas WFTO, como en los criterios recogidos por el Parlamento Europeo, se incluyen cuestiones relativas a la garantía de los derechos humanos de las mujeres y las niñas, por lo que las etiquetas de comercio justo podrían ser una vía adecuada para integrar consideraciones de igualdad en la contratación y asegurar una mejora de las condiciones laborales femeninas en la adquisición de productos con largas cadenas de suministros o en sectores feminizados en los que las condiciones laborales de las mujeres son muy pobres, evitando el uso de niñas como mano de obra.

Por otra parte, y en cuanto a etiquetas específicas de sectores feminizados, la Fair Wear Foundation (FWF) tiene como finalidad mejorar las condiciones de trabajo en la industria textil, y basa su trabajo en 8 principios derivados de los convenios de la OIT, así como de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴⁶, que son los siguientes:¹⁴⁷

1. Elección libre del trabajo.
2. Libertad de asociación y derecho a la negociación colectiva.
3. Ausencia de discriminación en el empleo.
4. Ausencia de explotación del trabajo infantil.
5. Pago de un salario digno.
6. Horas de trabajo adecuadas.
7. Condiciones de trabajo seguras e higiénicas.
8. Relación de empleo legalmente vinculante.

La FWF revisa periódicamente los progresos en el cumplimiento de estos estándares de las marcas que solicitan ser miembros de la iniciativa y lleva un registro de las marcas con las que trabajan. Sin embargo, hay que señalar que este movimiento no es una iniciativa con implantación en el sur de Europa.

Igualmente, desde principios de este siglo existe un estándar internacional que certifica el cumplimiento de determinados requisitos ecológicos y sociales en los textiles denominado Global Organic Textile Standard (GOTS) que se fundó con la intención de coordinar, en el

¹⁴⁶ Aprobada por resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.

¹⁴⁷ Traducido de los 8 estándares de trabajo de la Fair Wear Foundation en la página web: <https://www.fairwear.org/about-us/labour-standards> .Consultada el 19 de febrero de 2024.

sentido de unificar criterios, los distintos métodos de certificación de textiles orgánicos cuya existencia causaba confusión entre las empresas productoras, transformadoras y las personas consumidoras. La fundación del grupo de trabajo que consensuó los criterios globales se realizó con base en cuatro organizaciones pilares que representaban la agricultura orgánica en Norteamérica (Organic Trade Association) y Reino Unido (Soil Association); la producción de algodón orgánico en Japón (Japan Organic Cotton Association); y los textiles naturales en Alemania (International Association Natural Textile Industry).¹⁴⁸

De entre los criterios sociales que dicho certificado exige cumplir podemos destacar: la elección libre de empleo, el derecho a la negociación colectiva y la libre asociación, la eliminación del trabajo infantil, la ausencia de discriminación en la producción de los textiles, la seguridad y la salud en el trabajo, ni violencia ni acoso, el pago y la evaluación de la brecha de salario digno para la vida, los horarios laborales adecuados o la ausencia de empleo precario. La evaluación de estos criterios se realiza en todas las etapas del ciclo de vida de los productos textiles, desde la creación de la fibra, hasta la producción del hilo que generará el tejido. La base de datos de GOTS es pública y puede ser consultada por cualquier persona, contiene empresas de muy diversos países que se dedican a las distintas fases de producción en la cadena de los textiles y que utilizan textiles que cumplen los criterios mencionados.

Por otra parte, en materia de textiles, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, por sus siglas en inglés) impulsó la creación de una etiqueta que certifica que la ropa ha sido confeccionada sin trabajo infantil: la etiqueta *Child Labour Free* creada por una ONG neozelandesa y que se otorga a las empresas que se prestan a ser revisadas en una auditoría externa en la que se garantiza que ni la empresa ni quienes les suministran utilizan mano de obra infantil.¹⁴⁹

Más allá de la perspectiva de género que pueda integrarse en los sellos de comercio justo o de sellos específicos de sectores feminizados, en el propio art. 127.2 LCSP se señala con carácter ejemplificativo las etiquetas relativas a la igualdad de género, por lo que cabría preguntarse cuáles son esas etiquetas de género.

¹⁴⁸ <https://global-standard.org/the-standard/story>. Consultada el 9 de marzo de 2024.

¹⁴⁹ <https://nonprofit.xarxanet.org/newss/new-label-identify-child-labour-free-clothing> o <https://www.miteco.gob.es/va/ceneam/carpeta-informativa-del-ceneam/novedades/etiqueta-ropa-libre-esclavitud-infantil.html>. Consultas el 19 de febrero de 2024.

A nivel nacional, hay varios distintivos o sellos en materia de igualdad reconocidos. El distintivo de igualdad del Estado está regulado en el art. 50 LOI y desarrollado por el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre.¹⁵⁰ El mismo se concede mediante convocatorias anuales y tiene una vigencia de 3 años, prorrogables por iguales periodos a solicitud empresarial (Álvarez Cuesta, 2019, p. 108). En, concreto, dicho distintivo exige el cumplimiento de 7 requisitos (art. 4):

1. Inscripción en el régimen de Seguridad social y en el registro público que corresponda cuando proceda
2. Cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social y la Administración tributaria.
3. Ausencia de sanciones firmes por infracciones graves o muy graves en materia de igualdad en el ámbito del orden social (en los 2 o 3 años anteriores a la solicitud).
4. Ausencia de sanciones firmes por infracciones graves o muy graves en materia de igualdad y no discriminación en el acceso a los bienes y servicios (en los 2 o 3 años anteriores).
5. Compromiso explícito en materia de igualdad en las condiciones de trabajo, la organización y funcionamiento interno de la empresa, así como en la responsabilidad social. Compromiso que debe acreditarse por escrito y haberse hecho público.
6. Implantación de un plan de igualdad cuando la empresa estuviera obligada a ello. En caso contrario, se podrá acreditar la implantación de un plan de igualdad o de políticas de igualdad.
7. Balances o informes de seguimiento y evaluación de las medidas o del plan de igualdad al menos un año después de la implantación de aquellas o aquel.

Por tanto, para la obtención de esta etiqueta es necesario, en primer lugar, que la empresa cumpla con una serie de requisitos habilitantes y que recuerdan a las prohibiciones de contratar recogidas en la LCSP (Álvarez Cuesta, 2019, pp. 109-110). Una vez acreditados estos requisitos la comisión evaluará las medidas adoptadas por la empresa en cuanto a las condiciones de trabajo, modelos de organización y otros ámbitos como los servicios, productos y publicidad de la empresa conforme a parámetros predeterminados incluyendo aspectos de la responsabilidad social empresarial (Álvarez Cuesta, 2019, p. 108-114).

¹⁵⁰ BOE nº 265, de 03/11/2009, pp. 91703 a 91712, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/10/26/1615/con>.

Además, existen distintivos otorgados por las instituciones autonómicas en comunidades como Aragón, Asturias, Canarias, Castilla La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Ceuta, Euskadi, Galicia, Madrid, Navarra, Valencia o Murcia.¹⁵¹ Por último, otorgado por el sector privado existe el sello de igualdad de oportunidades que acredita el cumplimiento de la norma SGI 2010 sobre gestión de igualdad de oportunidades en la empresa. Este tipo de sellos no son predicables de un producto en concreto sino de la empresa en su conjunto. En efecto, estos sellos no se refieren a las condiciones de producción o suministro de bienes concretos, sino a comportamientos de las empresas en sus relaciones con el personal empleado, por lo que, como veremos, han presentado más limitaciones a la hora de funcionar como determinadas cláusulas contractuales.

B.2. Función de la etiqueta en el contrato

Si bien la regulación de las etiquetas aparece en el articulado de la LCSP relativo al pliego de prescripciones técnicas, las mismas pueden funcionar, también, como criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución. En cualquiera de estos casos, las etiquetas deberán cumplir todos los requisitos y condiciones señaladas en las normas; y, además, en virtud de la función que las mismas cumplan en el contrato, les serán aplicables los límites correspondientes a esa función, y aquellos que derivan de la propia definición de la cláusula; es decir, una especificación técnica determinará el objeto del contrato, el servicio o prestación que se pretende adquirir; un criterio de adjudicación, permitirá la valoración de la oferta de las licitadoras en condiciones de igualdad, transparencia, competencia y de manera objetiva; y una condición especial de ejecución, definirá la manera en que deben llevarse a la práctica las prestaciones objeto del contrato.

Como hemos señalado, las normas recogen la posibilidad de introducir la exigencia de etiquetas cumpliendo tres funciones: prescripción técnica, criterio de adjudicación, o condición especial de ejecución.

En cuanto a su función como prescripción técnica hay que recordar que el TJUE, en el asunto C-368/10, admitió las etiquetas ecológicas como tales, pero negó la posibilidad de referirse a la etiqueta de comercio justo en litigio como especificación técnica. El órgano consideró que, en tanto la misma se concede de conformidad con requisitos relativos a las condiciones en que una empresa adquiere sus mercancías a otra productora, hace referencia

¹⁵¹ <https://www.igualdadenlaempresa.es/recursos/mapccaa/home.htm>. Consultada el 19 de febrero de 2024.

a las condiciones de ejecución del contrato y no a una característica técnica del mismo tal y como se define en la directiva europea de 2004. Así algunos autores concluyen que, las etiquetas de comercio justo no pueden ser consideradas como especificación técnica (Van den Abeele, 2014, p.12).

Sin embargo, otras autoras señalan que un órgano de contratación puede adquirir productos de comercio justo si así lo desea, en tanto dicha decisión es concordante con las normas de la UE, otra cuestión sería cómo deben ser descritas dichas especificaciones. Es decir, las mismas no deben referirse a una etiqueta concreta, sino a las características de los productos o a su proceso de producción (Medina Arnáiz, 2011, p. 83).

Con este último punto de vista parece concordar la modificación operada en la directiva de 2014. Efectivamente, la sentencia mencionada se juzgó con base en la directiva de 2004; sin embargo, la directiva de 2014 añade una precisión que debemos tener en cuenta: cuando se refiere a las especificaciones técnicas relativas a los procesos y métodos de producción señala que los mismos serán considerados en cualquier fase del ciclo de vida de los suministros o servicios a contratar. Por otra parte, introduce el siguiente párrafo:

“Esas características podrán referirse también al proceso o método específico de producción o prestación de las obras, los suministros o los servicios requeridos, o a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios, siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de este.” (art. 42.1 Directiva 2014/24/UE).

Por lo tanto, consideramos que es viable indicar en el pliego técnico del contrato las características no sólo de comercio justo, sino de cualquier otro aspecto relacionado con la igualdad que deseamos que se hayan cumplido en el proceso de producción o en la cadena de suministro del bien que vamos a adquirir. Es decir, sí será posible referirse a los requisitos para la obtención de esa etiqueta que sean pertinentes al objeto del contrato (Medina Arnáiz, 2011, p. 83).

Si bien la Directiva 2014/24/UE y la LCSP únicamente reconocen la posibilidad de que las etiquetas se establezcan como medios probatorios de las especificaciones técnicas, los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución, la doctrina ha señalado

que determinadas certificaciones también se admiten como criterio de solvencia, cuestión que se deduce de los criterios de solvencia expresados en los artículos 86.1, 93 y 94 LCSP (Román Márquez, 2023, p. 176).

En efecto, el art. 93 LCSP hace referencia a la acreditación de la solvencia mediante la presentación de certificados de calidad, particularmente los referidos al cumplimiento de normas en materia de la accesibilidad y el art. 94 LCSP se remite al sistema EMAS como fórmula para la certificación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental. Ninguno de los casos previstos en la LCSP se refiere específicamente a etiquetas o certificaciones relativas a la igualdad de género o en las que las mismas puedan encajarse; por lo que, a priori, parece que, a no ser que hayamos considerado que la estrategia de género de nuestro contrato es mejorar la vida de las mujeres con algún tipo de discapacidad, no son exigibles las etiquetas de género como medios de prueba en la solvencia del contrato.

Sin embargo, hay que señalar que el TACRC ha precisado que las etiquetas y certificados no son por sí solos un medio de solvencia, si no que pueden operar como medio de acreditación de alguno de los requisitos de solvencia previstos en la LCSP (Román Márquez, 2023, p. 176). Por tanto, a nuestro juicio, en la medida en que una etiqueta de género acredite un determinado criterio de solvencia exigido, debería poder utilizarse como medio de prueba del cumplimiento del mismo, aunque no se haya mencionado expresamente en la norma. Lo relevante es que dicho criterio esté formulado de conformidad con la LCSP. Además, hay que considerar que el art. 89.1 letra g) LCSP expresamente hace referencia a los sistemas de gestión en la cadena de suministro, cuestión que analizaremos en el apartado correspondiente de este trabajo.

En cuanto a la consideración de certificados o etiquetas como criterios de adjudicación, el primer límite que se les impone es el derivado de su relación con el objeto contractual¹⁵², es por ello que se exige que la misma debe hacer referencia a caracteres o circunstancias de la prestación o producto que se contrata y no a la política general de personal o medioambiente de la empresa (Román Márquez, 2023, p. 181). Aquí es donde vemos el

¹⁵² Los límites que la doctrina de los tribunales de recursos contractuales ha establecido, con carácter general, a cualquier criterio de adjudicación de género (sea una etiqueta o no), tales como la vinculación con el objeto contractual, los veremos con detalle más adelante. Resaltamos brevemente en este apartado aquellos que afectan al uso de etiquetas que funcionan como cláusulas distintas a las especificaciones técnicas a efectos de dar una visión completa del uso de dichas etiquetas en la contratación.

mayor problema, porque la única etiqueta o certificado desarrollado específicamente en materia de igualdad que existe en la actualidad, son los distintivos de igualdad en la empresa (el estatal y los autonómicos). Todos ellos, como hemos visto, se refieren a características de las empresas y no del producto, bien, o servicio que se quiere contratar y se otorgan a la empresa en su conjunto, no a un determinado producto. En este sentido, González Bustos (2023, p. 157) recuerda que dicho distintivo no puede incluirse como criterio de adjudicación por referirse a una cualidad genérica de la empresa y no estar, por tanto, vinculado al objeto del contrato (RTACRC 388/2019, de 17 de abril de 2019). Sin embargo, hay que precisar dos cuestiones; la primera que, en nuestra opinión, y como explicaremos en su momento, nada obsta a que dicho distintivo sea utilizado como medio de prueba de un determinado criterio de adjudicación; la segunda, que la postura del TACRC sobre esta materia parece estar dando un giro hacia la aceptación de este tipo de distintivos.

En efecto, hay que recordar que el TJUE en el asunto C-368/10 de 10 de mayo de 2012 consideró vinculada con el objeto del contrato la exigencia como criterio de adjudicación de etiquetas de comercio justo relativas a los ingredientes que se debían suministrar en el marco de dicho contrato, si bien negó la posibilidad de exigir una determinada etiqueta en concreto. Por tanto, debemos entender que este tipo de etiquetas sí deben admitirse como criterio de adjudicación; y, a través de ellas, será posible asegurar la igualdad entre las mujeres y hombres, así como unas condiciones laborales dignas de las mujeres que han participado en la cadena de suministro de un determinado bien o producto.

Por otra parte, en materia de criterios de adjudicación, es relevante la RTACRC 438/2020, de 20 de febrero de 2020, en la que se admite la posibilidad de establecer criterios relativos al compromiso de las empresas de contar con una determinada etiqueta durante la ejecución del contrato, cuestión que podría considerarse, también, como condición especial de ejecución (Román Márquez, 2023, p. 178). En este caso, la diferencia entre ambas cláusulas sólo estribaría en que en el caso de criterio de adjudicación es opcional asumir o no ese compromiso por la licitadora, y en el caso de condición especial de ejecución debe ser cumplido obligatoriamente por cualquier licitadora que resulte adjudicataria.

La realidad es que si el etiquetado ecológico ha discurrido por caminos que lo asocian a que sea el producto o bien el que cumple unos determinados requisitos, no sucede lo mismo con los etiquetados sociales, y, por ende, de igualdad de género, que se refieren a

criterios de comportamiento de las empresas que producen esos determinados bienes o servicios, lo cual complica su introducción como descripción técnica de un servicio y, cuando no elimina por completo su consideración en el procedimiento de contratación, los relega en la mayoría de los casos al papel de condiciones especiales de ejecución. Papel, en todo caso, no poco importante y que es preciso valorar, pero que a nuestro juicio no debería ser el único de los distintivos de carácter social o de igualdad. En este sentido, ya en 2001, la Comisión señalaba que

“Las encuestas muestran que los consumidores no sólo quieren productos buenos y seguros, sino también tener la seguridad de que se producen de manera responsable desde el punto de vista social. Para la mayoría de los consumidores europeos, el comportamiento social de una empresa influye en las decisiones de compra de un producto o servicio.” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001c, p. 21).

Si la sociedad reconoce el valor o calidad que estas etiquetas aportan a los bienes y servicios producidos bajo estas circunstancias, no tendría que plantearse tanto obstáculo a la consideración de las mismas por las administraciones, cuya finalidad de interés público exige un comportamiento de mayor probidad. Este nicho, es sin duda, una oportunidad que debe ser aprovechada por la contratación estratégica.

C. Variantes

Nos recuerda la Comisión Europea (Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, 2011, p. 30) la posibilidad de usar variantes de carácter social en los casos en que, aun habiendo realizado una consulta preliminar del mercado o análisis previos del mismo, el poder adjudicador siga sin tener claro cómo introducir especificaciones técnicas de este carácter. En este caso, el órgano de contratación establecería unos requisitos técnicos básicos aplicables al producto o servicio que desea adquirir de manera general; y, además, precisaría las especificaciones de género aplicables a cada una de las variantes que considere viables.

En este sentido, la Comisión sugiere el siguiente proceder:

“Antes de que la entidad adjudicadora pueda aceptar variantes en un procedimiento de contratación pública, es preciso que indique lo siguiente con anticipación en los pliegos de condiciones:

- que se aceptarán variantes;
- las especificaciones sociales mínimas que deben cumplir las variantes (por ejemplo, mejor rendimiento social);
- requisitos específicos para presentar variantes en las ofertas (como exigir un sobre independiente que indique la variante o indicar que la variante sólo se puede presentar en combinación con una oferta neutral).

Los compradores que aceptan variantes pueden comparar las ofertas neutrales con las variantes socialmente responsables (basándose en los mismos criterios de adjudicación) y evaluar si las propuestas de los oferentes representan ventajas adicionales para alcanzar normas sociales y decidir si son asequibles.” (Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, 2011, p. 31).

La posibilidad de introducir variantes se regula en el art. 142 LCSP estableciendo los siguientes requisitos:

- Podrán admitirse variantes únicamente cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta criterios distintos del precio. Puesto que la empresa presenta las variantes como parte de su oferta y las mismas deben ser valoradas por el poder adjudicador de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos en el pliego; tiene sentido esta exigencia, en tanto debe existir algún criterio de adjudicación distinto al precio que valore el rendimiento social o de género de la variante propuesta.
- Las variantes que se admitirán deberán preverse en los pliegos de tal manera que se indiquen claramente cuatro aspectos: los requisitos mínimos de cada variante, las modalidades, las características de las mismas y su vinculación con el objeto del contrato. Por tanto, hay que concluir que se establece como límite de las variantes su necesaria vinculación con el objeto del contrato, característica que, por otra parte, deben observar prácticamente la totalidad de las cláusulas contractuales.
- La posibilidad de ofertar variantes deberá indicarse en el anuncio de licitación en el cual se establecerá, además, sobre qué cuestiones es posible presentar variantes y en qué condiciones se autoriza la presentación de las mismas. Es decir, las variantes que

se admitirán deberán precisarse en los pliegos y en el anuncio de licitación y sólo podrán presentarse ofertas para esas variantes y bajo las condiciones que expresamente se autorizan en los pliegos. En el caso de que no se haga referencia a la admisibilidad de variantes en el anuncio correspondiente se entenderá que las variantes no están autorizadas (art. 45.1 Directiva 2014/24/UE).

- Sólo se tomarán en cuenta las variantes que cumplan los requisitos mínimos que se exijan en los pliegos (art 45.3 Directiva 2014/24/UE).
- Por último, la norma realiza una advertencia: “[e]n los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios” (art 142.3 LCSP).

La perspectiva de género puede ser una de esas variantes admitidas (Lesmes Zabalegui, 2005, p. 79) que podría referirse a cuestiones como formación en materia de igualdad de género u otros aspectos que puedan repercutir en el impacto de género del contrato.

Ciertos autores señalan que integrar las consideraciones sociales en las posibles variantes de un contrato, por su carácter voluntario, garantiza mejor el principio de igualdad y no discriminación que su inclusión en una cláusula obligada (Pintos Santiago, 2020, ap III.2.1.). No podemos estar de acuerdo con esta apreciación; a nuestro juicio, mientras la introducción de consideraciones de género cumpla con los requisitos establecidos en las normas no tiene por qué garantizar de peor manera el principio de igualdad, por lo que debemos alejarnos de fórmulas generalizadoras que promuevan la inclusión de criterios de género siempre como variantes.

Consideramos que las variantes deben poder ser utilizadas con toda la flexibilidad que los preceptos normativos permiten y, en todo caso, conservar la función que las disposiciones les asignan. En concreto, el considerando 48º de la Directiva 2014/24/UE entiende que son un instrumento útil a efectos de promover la innovación, y esta misma idea se recoge en el art. 99.1 LCSP en el que se promueve el uso de variantes que puedan promover innovaciones sociales, entre otras, en la definición del objeto del contrato.¹⁵³ Por ello, nos parece más adecuado considerarlas, por ejemplo, como una opción en contextos tales como

¹⁵³ Sobre esto último ya hemos hablado en el apartado correspondiente a la definición del objeto contractual.

mercados en los que no hay seguridad de que ciertos aspectos de género puedan estar medianamente implantados (es decir, donde no hay seguridad de que se vaya a encontrar una oferta adecuada que responda a una determinada demanda de igualdad), o a efectos de considerar distintas alternativas relativas a la igualdad entre mujeres y hombres cuyo mejor rendimiento quiere ser evaluado para el contrato en cuestión. En todo caso, las variantes de género deberán configurarse de conformidad con lo establecido en las normas.

5.2. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN

En un primer momento de la licitación se establecen una serie de requisitos subjetivos que determinarán si una empresa puede participar o no en un procedimiento de contratación. En efecto, la norma exige a las empresas capacidad, solvencia y ausencia de prohibición de contratar con el Sector Público.

La última de las consideraciones se erige en motivo de exclusión del procedimiento y tiene como objeto asegurar que la Administración no contrata con empresas cuyo comportamiento es cuestionable. La segunda, forma parte de los criterios de selección de la contratista cuyo incumplimiento tendrá como consecuencia, también, la exclusión de la empresa del procedimiento.

Una vez asegurado que las operadoras económicas pueden participar en la licitación se evalúan las ofertas conforme a los criterios objetivos previamente determinados en los pliegos y que servirán para determinar cuál de todas las ofertas tiene la mejor relación calidad-precio.

Igualmente, la LCSP prevé un procedimiento específico para asegurar que la Administración no selecciona como contratista a una empresa que realizó una proposición que no es viable por el bajo valor de los precios ofertados, así como la posibilidad de prever en los pliegos criterios adicionales que diriman los casos de empate.

5.2.1. MOTIVOS DE EXCLUSIÓN O PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Los motivos de exclusión, tal y como los denominan las directivas europeas, o las prohibiciones de contratar, en atención a lo que señalan las normas nacionales, son situaciones o circunstancias en las que se puede encontrar una empresa y que determinan

la ausencia de aptitud de ésta para contratar con el SP. En este sentido, la capacidad de una determinada empresa vendría definida, no sólo por sus normas constitutivas, sino por la acreditación de que no se encuentra incurso en ninguna prohibición de contratar.

Según Medina Arnáiz (2019a, p. 145) las prohibiciones de contratar tienen como finalidad garantizar el interés público, evitando que se contrate con empresas con determinadas tachas de comportamiento que afectan a su honorabilidad, y a la buena fe y confianza que las entidades del SP van a depositar en las contratistas. Es decir, se entiende que aquellas empresas incursas en prohibición de contratar no son merecedoras de la confianza de los órganos de contratación (Medina Arnáiz, 2009, p. 7).

La concurrencia de una prohibición de contratar en una empresa determina la exclusión de la misma del procedimiento de licitación, por lo que ha sido cuestionada la naturaleza jurídica de este tipo de prohibiciones. En respuesta a quienes las consideran normas sancionadoras, el TS ha señalado que dichas prohibiciones no tienen carácter sancionador (STS 4606/2007, de 31 de mayo de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4606). Sin embargo, al tratarse de actos limitativos de derechos (Sentencia del Tribunal Constitucional – TC – 61/1990, de 29 de marzo de 1990, ECLI:ES:TC:1990:61)¹⁵⁴, es preciso aplicar a su régimen algunos principios y garantías del derecho sancionador, aunque no es aplicable este régimen por completo (STS 4161/2007, de 1 de junio de 2007, ECLI:ES:TS:2007:4161).

Así, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, deben tener carácter tasado, sólo se podrán imponer aquellas establecidas en la ley, se interpretarán de manera restrictiva y se impondrán únicamente tras un procedimiento administrativo en el que se pondere adecuadamente la concurrencia de dicha prohibición a la luz de las pruebas existentes (Medina Arnáiz, 2019a, pp. 146-147).

Por tanto, la primera conclusión que hay que sacar es que, como las prohibiciones de contratar sólo pueden establecerse por Ley, sólo serán aplicables a los procedimientos de licitación aquellas que están recogidas en el art. 71 LCSP y su apreciación y efectividad se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos siguientes (arts. 72 y 73 LCSP); disposiciones que, por otra parte, transponen el art. 57 Directiva 2014/24/UE relativo a los motivos de exclusión.

¹⁵⁴ BOE nº 107, de 04/05/1990, pp. 47 a 52.

Puesto que no es posible apreciar otras circunstancias que las establecidas en la norma, habrá que revisar si las causas señaladas en la LCSP cuestionan la aptitud de las empresas cuyas actuaciones son contrarias a la igualdad entre mujeres y hombres y si es así, en qué casos, cómo deben ser apreciadas por los órganos de contratación y qué efectos tienen.

Antes de esto debemos realizar dos precisiones:

- En cuanto a la aplicabilidad de estas prohibiciones hay que recordar que, a tenor del art. 140.4 LCSP, la ausencia de dichas causas debe concurrir en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas y mantenerse hasta la perfección del contrato. Tomando en consideración que las prohibiciones de contratar son aplicables a todas las licitadoras, esto implica que ninguna de ellas podrá estar incurso en causa de prohibición a la fecha de fin de presentación de ofertas; y, además, la que sea propuesta como adjudicataria, deberá mantener la misma circunstancia en el momento de la formalización del contrato (Acuerdo del Pleno del TACRC de 5 de abril de 2022).
- Como ya hemos señalado, las prohibiciones de contratar son aplicables a todos los contratos públicos, incluidos los menores, otra cuestión será el medio de acreditación de éstas, dadas las especialidades procedimentales en la tramitación de los contratos menores (Medina Arnáiz, 2019a, p. 156).

A. Causas de prohibición de contratar relacionadas con la igualdad entre mujeres y hombres

Ya hemos dicho que las causas de prohibición de contratar se regulan en los arts. 71 LCSP y 57 Directiva 2014/24/UE. Entre estas existen varias que se refieren al cumplimiento de obligaciones del ámbito social y que Sánchez García (2017, pp. 161-165) clasifica en tres grandes grupos:

- aquellas que se justifican por un motivo *ad intra* con respecto al procedimiento; es decir, que su fundamento se encuentra en el correcto desarrollo del procedimiento de licitación o en la adecuada ejecución posterior del contrato. Así, no será posible contratar con las operadoras que se encuentren en determinadas circunstancias que hagan dudar de la capacidad de estas para cumplir con sus obligaciones contractuales; como las dispuestas en el art. 71.1 c), e), g) o 71.2 a), b), c) LCSP o art. 57.4 b), e), f), g), h), j), i) de la Directiva 2014/24/UE.

- las que se basan en motivos *ad extra*, en tanto su fin esencial es contribuir al logro de otros objetivos de carácter social. Estos motivos se basarían en cuestiones relativas al buen comportamiento profesional de las operadoras y a su adecuado cumplimiento de obligaciones previas que se tienen con la administración; como las recogidas en los arts. 71.1. a), b), d), h) LCSP o art. 57.1, 57.2.I, II, 57.4 a), c), d) de la Directiva 2014/24/UE.
- por último, las de carácter punitivo, que surgen como respuesta del Estado a las infracciones cometidas por determinadas operadoras económicas. Entre ellas, se encontraría la contenida en el art. 71.1.f) LCSP.

Por otra parte, Medina Arnáiz (2019a, pp. 149-156) aprecia que existen tres tipos de prohibiciones: las que se relacionan con la existencia de sentencia firme en vía jurisdiccional, aquellas relacionadas con la imposición previa de una sanción administrativa firme en vía administrativa y las relacionadas con el incumplimiento de obligaciones legales (pagos a HP y SS, cumplimiento porcentaje de trabajadores con discapacidad y cumplimiento plan de igualdad). A estas, habría que añadir, a nuestro juicio, aquellas relacionadas con el incumplimiento de determinados aspectos de un contrato previo comprometido con una entidad del Sector Público.

Así, de conformidad con esta clasificación, y más allá de las prohibiciones de contratar contenidas en el LCSP que de manera indirecta o interseccional pueden afectar a las mujeres¹⁵⁵, podemos entender que existen cuatro prohibiciones relacionadas con la igualdad entre mujeres y hombres en la LCSP:

- la comisión de determinados delitos declarada por sentencia firme.
- las sanciones por infracción administrativa grave o muy grave.
- el incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad.
- el incumplimiento de condiciones especiales de ejecución en materia de género establecidas en un contrato cuando se cumplan determinados requisitos.

En cuanto a la comisión de delitos, el art. 71.1 a) LCSP establece que es causa de prohibición de contratar la existencia de condena en sentencia firme por la comisión de determinados delitos entre los que se encuentran algunos relacionados con la igualdad entre mujeres y hombres. Tres cuestiones son relevantes, por tanto, con respecto a esta causa: el

¹⁵⁵ Sobre estos aspectos interseccionales se puede ver Rodríguez Escanciano (2019, pp. 29-32).

contenido de los delitos que pueden afectar a la igualdad entre mujeres y hombres; la exigencia de sentencia firme; y las empresas a las que puede afectar la prohibición.

En primer lugar, con referencia a los delitos mencionados en la lista del apartado a) del citado artículo podemos destacar dos: la trata de seres humanos, en cuanto que esta es fiel reflejo de la desigualdad de género en el mundo y afecta mayoritariamente a mujeres;¹⁵⁶ y los delitos cometidos contra los derechos de las personas trabajadoras.

El código penal regula los delitos contra el personal trabajador en los arts. 311 a 318 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.¹⁵⁷ En concreto, el art. 314 de dicho código impone pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a quien discrimine gravemente en el empleo a alguna persona por motivo de, entre otras cuestiones, su situación familiar, su sexo o por razones de género. A la luz de este artículo, cometen el delito quienes produzcan una discriminación considerada como grave y no restablezcan la situación de igualdad tras requerimiento o sanción administrativa. El restablecimiento de la situación incluirá también la reparación de los daños económicos derivados de la discriminación.

En segundo lugar, hay que señalar que la prohibición de contratar sólo será efectiva en el caso de que sea declarada por sentencia firme. Y, en tercer lugar,

“La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado”
(art. 71.1. a) LCSP).

El art. 71.1 apartado b) LCSP establece las prohibiciones de contratar que se basan en sanciones administrativas. Si bien a aquellas que se refieren a ilícitos profesionales, de integración laboral, de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad se

¹⁵⁶ Según el Ministerio de Interior el 95% de las víctimas de delitos de trata y explotación sexual fueron mujeres en el año 2022. <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/trata/situacion-en-espana/#:~:text=Por%20lo%20que%20respecta%20a,a%20un%205%25%20de%20hombres>. Consultada el 25 de febrero de 2024.

Según la Organización de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) dos tercios de las víctimas de trata detectadas por las autoridades son mujeres. https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf Consultada el 25 de febrero de 2024.

¹⁵⁷ BOE nº 281, de 24/11/1995, pp. 33987 a 34058, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

les impone el requisito de ser graves, las que se basan en la comisión de infracciones en el orden social deben ser muy graves. Esta diferencia no parece encontrar justificación, menos teniendo en cuenta los altos factores de riesgo que inciden en la siniestralidad laboral que llevan aparejadas las contrataciones de las administraciones públicas (Rodríguez Escanciano, 2020, p. 269).

En el caso de las sanciones administrativas, la LCSP vuelve a exigir que las mismas tengan carácter firme por lo que hay que recordar que, según la doctrina, el concepto de carácter firme de la sanción administrativa implica que la misma no pueda ser recurrida, ni en vía administrativa, ni en vía contencioso-administrativa (Sánchez García, 2017, p. 175).

En todo caso, retomando la prohibición que reconoce la LCSP, ésta señala que incurrirá en causa de prohibición quien sea sancionada con carácter firme por “infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto” (art. 71.1 b) LCSP).

La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)¹⁵⁸ establece en su art. 8 las infracciones que considera muy graves y de entre las cuales podemos resaltar las siguientes:

“12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas [...] favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo [...], 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. El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma.

13 bis. 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

¹⁵⁸ BOE nº189, de 08/08/2000, pp. 28285 a 28300, <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2000/08/04/5/con>.

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” (art. 8 LISOS).

Hay que aclarar que este párrafo 17 se refiere a la obligación de aplicar un plan de igualdad como medida sustitutoria de sanciones de carácter accesorio; impuestas éstas por motivo de discriminación directa o indirecta.

Finalmente, en la LISOS se considera infracción muy grave en materia de empleo, “[s]olicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo” (art. 16.1. c) LISOS).

El art. 71.1 apartado d) LCSP establece la prohibición de contratar con el Sector Público de aquellas empresas que contando con 50 personas trabajadoras o más no hayan cumplido con su obligación de contar con un plan de igualdad “conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres” (art. 71.1 d) LCSP). Esta disposición fue modificada por la disposición final vigésima séptima de la Ley 1/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023¹⁵⁹ (LPG 2023), ya que con anterioridad a ese ejercicio el artículo establecía el límite de la obligatoriedad en 250 personas o más. En efecto, en el momento de aprobarse la LCSP la obligación de contar con plan de igualdad sólo era aplicable a las empresas de 250 o más personas en plantilla. Sin embargo, mediante artículo primero del Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹⁶⁰ se amplió la obligación a empresas de 50 o más personas trabajadoras concediendo los siguientes plazos:

- un año desde la publicación del Decreto-ley a las empresas de entre 150 y 250 personas trabajadoras para aprobar sus planes de igualdad.

¹⁵⁹ BOE nº 308, de 24/12/2022, pp. 180551 a 181414, <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/12/23/31/con>.

¹⁶⁰ BOE nº 57, de 07/03/2019, pp. 21692 a 21717, <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/01/6/con>.

- dos años a las empresas de entre 100 y 150 personas en plantilla.
- y tres años a las empresas que cuentan con entre 50 y 100 personas trabajadoras.

En todo caso, la ausencia de modificación de la norma contractual en esta materia suscitó controversias que culminaron con el posicionamiento de los órganos de recursos contractuales en el sentido de regirse por la literalidad del precepto y aplicar la prohibición sólo a aquellas empresas con 250 o más personas en plantilla a pesar de que desde marzo de 2021 muchas otras debían cumplir ya con esta obligación (entre otras, Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid – TACPM – 21/2021, de 21 de enero de 2021, Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales – OARC/KEAO – 114/2023, de 20 de junio de 2023, Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León – RTARCCYL – 16/2023, de 2 de febrero de 2023 o RTACRC 1232/2020, de 3 de noviembre de 2020).

En el lapsus de tiempo que medió entre la entrada en vigor del Decreto que obligaba a las empresas de más de 50 personas trabajadoras a contar con un plan de igualdad y la reforma (LGP 2023) del art. 71.1.d) LCSP que acomodaba a esta cifra la prohibición de contratar, varias autoras¹⁶¹ señalaban la posibilidad de completar dicha disposición normativa con una condición especial de ejecución que obligara a la empresa contratista de más de 50 personas en plantilla a acreditar el cumplimiento de su obligación de contar con un plan de igualdad.

Esta cuestión cedió con la entrada en vigor de la modificación operada por la mencionada LPG 2023. Si bien el asunto anterior ya ha sido resuelto, la aplicación de esta prohibición de contratar no está exenta de controversia como analizaremos al final de este apartado.

Por último, y en lo que respecta a la LCSP, el art. 71.2 de la misma en su apartado c) señala que no podrán contratar con las entidades del Sector Público las empresas que hayan incumplido las cláusulas esenciales de un contrato, incluidas las condiciones especiales de ejecución señaladas de conformidad con el art. 202 LCSP, siempre y cuando tal incumplimiento hubiera sido definido como infracción grave en los pliegos. En este caso, podrá establecerse una prohibición de contratar basada en el incumplimiento de una o varias condiciones especiales de ejecución relativas a la igualdad de género siempre y cuando se cumplan tres requisitos:

¹⁶¹ Por todas ellas se puede consultar Sanmartín Mora (2022).

- que esa infracción hubiera sido establecida en el contrato o los pliegos del mismo como de carácter grave.
- que concurran dolo, culpa o negligencia por parte de la empresa.
- que la infracción haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

Más allá de lo recogido en la LCSP queremos subrayar que, como hemos dicho, la regulación anterior es transposición del art. 57 de la Directiva 2014/24/UE.¹⁶² En este sentido, la Directiva recoge una serie de causas que deben ser siempre motivo de exclusión (art. 57.1) y otra serie de circunstancias que podrán serlo (art 57.4) y a las que les aplica una serie de condicionantes. Entre estas últimas se encuentra la relativa al cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el art. 18.2 de la misma norma y que se refieren a obligaciones internacionales, europeas o nacionales de carácter social, laboral o medioambiental, misma en la que podríamos encajar el cumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad, pero también otras obligaciones recientes dispuestas por normativa europea.

A este respecto conviene considerar que el art. 24 de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento establece que, entre las medidas previstas en el art. 18.2 Directiva 2014/24/UE, se podrán considerar las obligaciones relativas al principio de igualdad de retribución. Esto acarrea, según la norma europea dos consecuencias: por un lado, se podrán exigir penalidades y cláusulas resolutorias que garanticen el cumplimiento del principio de igualdad de retribución en la ejecución de los contratos públicos; por el otro, el incumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia retributiva o la existencia no justificada de una brecha retributiva de más del 5% podrán considerarse motivo de exclusión a tenor del art. 57, apartado 4 letra a) de la Directiva 2014/24/UE.

Si bien es relevante tomar en consideración esta disposición, hay que advertir que el plazo de transposición de la norma finaliza el 7 de junio de 2026, así que aún desconocemos

¹⁶² A juicio de Medina Arnáiz (2019a, p. 149) las prohibiciones de contratar por sentencia firme establecidas en la LCSP superan las obligaciones establecidas por la Directiva.

cómo será transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico y a la actual regulación de la LCSP. Lo que sí está claro es que el desarrollo normativo en materia de auditorías y registros retributivos en nuestro país es bastante amplio, por lo que hay oportunidades para introducir consideraciones de género en las prohibiciones de contratar previstas en la LCSP.

B. Apreciación

La competencia y procedimiento para la apreciación de la concurrencia de prohibiciones de contratar difiere en función de la causa que la motive. Así, en el caso de las causas relativas a los ilícitos penales o infracciones administrativas previstas en los párrafos a) y b) del art. 71.1 LCSP pueden darse dos situaciones:

- Si la sentencia o resolución administrativa firme se pronuncia sobre el alcance y duración de la prohibición, la misma podrá ser apreciada directamente por los órganos de contratación y se mantendrá durante el periodo que en aquellas se determine.
- En el caso de que la sentencia o resolución no determine estas circunstancias, las mismas deberán precisarse en un procedimiento instruido al efecto de conformidad con lo dispuesto en el art. 72 LCSP. Este procedimiento deberá instruirse, igualmente, en los casos previstos en el apartado 2º del artículo 71, por lo que las prohibiciones de contratar fruto del incumplimiento de condiciones especiales de ejecución relativas a la igualdad deberán regirse por este mismo procedimiento.

Cuestión distinta es la que afecta a la competencia para apreciar la prohibición relativa a la obligación de contar con un plan de igualdad, que deberá ser apreciada, en todo caso, por el órgano de contratación y subsistirá en tanto se mantengan las circunstancias que la originaron.

Volviendo al caso de las prohibiciones por ilícitos y sanciones en las que no se determine el alcance o duración de la prohibición en la sentencia, el art. 72 LCSP señala que la competencia para determinar estas circunstancias corresponderá al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la JCCPE. Sin embargo, la competencia para declarar la prohibición de contratar corresponderá al órgano de contratación en el caso de que el motivo se refiera al incumplimiento de condiciones especiales de ejecución.

A pesar de que la LCSP hace referencia a la determinación del alcance y duración mediante el procedimiento regulado en el propio art. 72, la realidad es que el ap. 5º del mismo se remite al desarrollo reglamentario de dicha norma que deberá determinar el procedimiento mencionado. Como dicho desarrollo no se ha producido, el procedimiento no está regulado; sin embargo, éste deberá, en todo caso, prever trámite de audiencia a la empresa a efecto de que no genere indefensión la adopción de una medida que tiene carácter desfavorable (Medina Arnáiz, 2019a, p. 157-158).

Lo que sí prevé el art. 72 LCSP es la posibilidad de que la operadora económica acredite el pago o compromiso de pago de las multas o indemnizaciones que ocasionaron la prohibición, así como la adopción de medidas que eviten la comisión de futuras infracciones,¹⁶³ de tal manera que no proceda la imposición de la prohibición correspondiente. En ningún caso esta excepción será aplicable a los ilícitos penales.

En cuanto a la duración, así como la prohibición relativa a la obligación de contar con plan de igualdad debe mantenerse mientras la causa subsista, la LCSP (art. 72.6 LCSP) establece un límite temporal de 5 años para las prohibiciones derivadas de delitos (salvo que la sentencia disponga uno mayor) y de 3 años para el resto de las causas. Este periodo de 3 años operará también como plazo de prescripción para todas las causas que hemos señalado en este trabajo, salvo para las relativas a los ilícitos penales cuyo periodo de prescripción coincidirá con el de la pena correspondiente (art. 72.7 LCSP).

C. Efectos

En lo que se refiere a la extensión de los efectos de la prohibición, el art. 73.1 LCSP dispone que aquellas prohibiciones basadas en el incumplimiento de condiciones especiales de ejecución declaradas por el órgano de contratación, serán aplicables a su ámbito de actuación, a reserva de que pueda solicitarse la extensión al correspondiente Sector Público o, incluso, al ámbito estatal con carácter excepcional.

Además, las prohibiciones relativas a ilícitos serán efectivas desde la fecha en que adquirieron firmeza la sentencia o resolución administrativa, siempre y cuando las mismas

¹⁶³ Sin embargo, parece que la literalidad del párrafo se queda corta con respecto a las posibles medidas que ofrece la Directiva 2014/24/UE en materia de *self-cleaning*, que van más allá del pago de la multa correspondiente.

determinen su alcance y duración. En caso contrario, producirán efectos desde su inscripción en el registro que corresponda.

Es de subrayar que la dificultad en cuanto a la apreciación y efectividad de las causas de prohibición de contratar señaladas ha llevado a Valcárcel Fernández (2013, pp. 345-346) a señalar la inoperancia de las prohibiciones relativas a ilícitos por su falta de capacidad de disuasión del incumplimiento.

En este mismo sentido, la JCCPE, en su informe 14/2015, de 4 de noviembre de 2015, señala que las causas relativas a ilícitos penales y sanciones administrativas suponen 3 problemas: no pueden ser apreciadas por el órgano de contratación (consecuencia de las garantías constitucionales), puede que la sentencia o resolución no determine el alcance o la duración; y falta de transparencia, si bien la obligación de notificar a la JCCPE las sentencias y resoluciones que impongan prohibiciones de contratar ha contribuido a mejorar esta cuestión. En definitiva, en la práctica el número de expedientes en los que se declara la prohibición de contratar que se tramitan es ínfimo, por lo que la JCCPE cuestiona que dichas prohibiciones de contratar tengan efectividad para proteger o garantizar la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

Si bien compartimos las dificultades planteadas, hay que señalar que la entrada en la norma de la prohibición relativa al incumplimiento de la obligación de tener un plan de igualdad es una brecha abierta en favor de la contratación estratégica de género que no debemos desaprovechar, con todo y los debates abiertos en torno a ella.

D. La acreditación de no estar incurso en prohibición de contratar

Medina Arnáiz (2019a, p. 160) señala que la prueba de no estar incurso en prohibición de contratar puede realizarse por 3 medios (art. 85 LCSP): testimonio judicial, certificación administrativa o declaración responsable. Sin embargo, en la práctica, dada la complejidad de la obtención de testimonios judiciales y ciertas certificaciones administrativas se ha generalizado el uso de las declaraciones responsables. En efecto, Belando Garín (2017, p. 442) subraya la dificultad de conocer la sentencia en casos, por ejemplo, como el acoso por razón de género. Por tanto, si bien la norma (art. 85 LCSP) señala su uso con carácter subsidiario, a falta de los otros dos medios, las declaraciones responsables se han vuelto habituales.

En todo caso, hay que señalar dos cuestiones en cuanto a los medios de acreditación administrativos: que la mesa de contratación no puede hacer una valoración distinta a la establecida en las certificaciones administrativas; y que las prohibiciones inscritas en los registros de empresas licitadoras no requieren de apreciación alguna por la mesa u órgano de contratación, en tanto son de aplicación directa (Medina Arnáiz, 2019a, p. 161).

Por último, en relación con la acreditación de contar con un plan de igualdad, el apartado d) del art. 71.1 LCSP, señala que dicha circunstancia se acreditará mediante la declaración responsable del art. 140 LCSP. No obstante, será posible que el Consejo de Ministros, establezca, mediante desarrollo reglamentario, otra forma de acreditación alternativa a la declaración responsable y que deberá ser, o bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, o bien mediante certificación del registro de empresas licitadoras y clasificadas que corresponda, cuando dicha circunstancia figure inscrita.

Sin perjuicio de lo anterior, se podrá exigir la presentación de los documentos justificativos correspondientes: cuando existan dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del procedimiento y, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato (art. 140.3 LCSP).

E. Los planes de igualdad como prohibición de contratar: debates en torno al tema

La exclusión de una licitadora de un procedimiento de adjudicación por estar incurso en la prohibición de contratar relativa al incumplimiento de su obligación de contar con un plan de igualdad, puede parecer, a priori, la causa más adecuada para asegurar un determinado comportamiento que promueva objetivos de igualdad en el sector empresarial. Esta consideración se debe a su operatividad, que se fundamenta en que puede ser apreciada directamente por el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 72.1 LCSP y mantenerse mientras subsista la circunstancia que la originó; es decir, la ausencia de plan de igualdad.

Sin embargo, o quizá por esa apreciación local, no generalizada, la aplicación de este motivo de exclusión no ha estado exenta de litigiosidad. En un primer momento y como ya hemos explicado, supuso un problema la contradicción entre la normativa sobre igualdad y la relativa a los contratos públicos en lo que respecta al número de personas en plantilla que debía tener la empresa para ser objeto de esta prohibición: la que señalaba la LCSP

(250 o más trabajadoras) o la que escalonadamente había impuesto el Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (hasta llegar a las 50 o más personas trabajadoras el 8 de marzo de 2022). Si bien la respuesta a esta cuestión pareció ser unánime por parte de los distintos órganos de recursos contractuales: con base en el carácter sancionador del art. 71.1 LCSP y que la misma no había sido reformada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo (siendo esta reforma potestad del poder legislativo) la LCSP debía interpretarse en su sentido literal que establecía el límite en 250 personas trabajadoras o más.

Resuelto por la LPG 2023, mediante modificación operada en el art. 71.1 d) LCSP que actualizaba el límite a 50 o más empleadas o empleados, todavía queda otro asunto en el debate. Éste está siendo objeto de numerosas resoluciones contradictorias de los distintos órganos de recursos contractuales generando dificultades en la actuación de los órganos de contratación y falta de seguridad jurídica. Se trata de la determinación de si la inscripción del plan de igualdad en el registro correspondiente tiene carácter declarativo o constitutivo; dicho de otra manera, si la inscripción en el debido registro es requisito necesario para que no concurra la causa de prohibición de contratar de la LCSP o basta con la mera posesión de un plan de igualdad acordado con la representación de las personas trabajadoras. En esto la doctrina de los tribunales de recursos contractuales no es pacífica.

Para la revisión de este asunto es preciso recoger, en primer lugar, la literalidad de varios artículos a efectos de apreciar los aspectos a debate.

En primer lugar, en la LCSP se señala entre otras cuestiones que será causa de prohibición de contratar,

“en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres. [...]

La acreditación [...] de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.” (art. 71.1 d) LCSP).

Por otra parte, la declaración responsable a la que se hace referencia en el art. 140 LCSP es el DEUC (Documento Europeo Único de Contratación) con respecto a la cual se precisa:

“3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares.

4. Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.” (art. 140 LCSP, aps. 3 y 4)

Además, hay que tener en cuenta que el art. 71 remite al art. 45 LOI el que, tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, reza como sigue:

“Elaboración y aplicación de los planes de igualdad.

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.
2. En el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.
4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo.
5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.” (art. 45 LOI).

Es decir, es obligatorio contar con plan de igualdad para aquellas empresas: que cuentan con más de 50 personas trabajadoras; a las que se les ha impuesto tal obligación como sanción; y a las que se lo imponga el convenio colectivo aplicable (Sanmartín Mora, 2022, pp. 1-2). Por otra parte, el ap. 2º del artículo exige elaborar y aplicar un plan de igualdad que cumpla dos requisitos: que tenga el alcance y contenido establecido en el correspondiente capítulo de la LOI y que haya sido objeto de negociación de conformidad con la legislación laboral. En relación con lo anterior, en el mismo capítulo se dispone:

- “4. Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la

Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.

5. Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro.

6. Reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso.” (art. 46 LOI aps. 4-6).

La regulación de los registros de planes de igualdad se ha remitido a los preexistentes registros de convenios colectivos vía Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.¹⁶⁴ Así, su denominación ha pasado a ser Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad (REGCON)¹⁶⁵ a nivel estatal, y de maneras parecidas en las distintas comunidades autónomas. Mediante el mencionado reglamento se regula el procedimiento de negociación de los planes, su contenido, registro, depósito y acceso. A este respecto señala:

“El periodo de vigencia o duración de los planes de igualdad, que será determinado, en su caso, por las partes negociadoras, no podrá ser superior a cuatro años” (art. 9.1. RD 901/2020).

“Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes.” (art. 11.1 RD 901/2020).

“La citada inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad” (art. 11.3 RD 901/2020)

¹⁶⁴ BOE nº 272, de 14/10/2020, pp. 87476 a 87502, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/10/13/901>.

¹⁶⁵ En este trabajo utilizaremos las siglas REGCON para referirnos a todos los registros en esta materia.

Por último, en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo¹⁶⁶ se señala, entre otras cuestiones que:

“Comprobado que el convenio o acuerdo colectivo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros, la autoridad laboral competente, procederá a dictar resolución ordenando su registro, depósito y publicación en el boletín oficial correspondiente” (art. 8.3 Real Decreto 713/2010)

Con base en estas y otras disposiciones que mencionaremos, se han planteado hasta tres posturas doctrinales defendidas según por qué órgano de recursos contractuales y con las que se han ido entrelazando nuevos debates en cuanto a otros tres aspectos: matizaciones a algunas posturas, cuestiones sobre la forma de acreditar la ausencia de prohibición de contratar, así como la operatividad de la excepción prevista en el art. 57.6 Directiva 2014/24/UE.

En primer lugar, vamos a analizar las posturas doctrinales señaladas empezando por la posición de aquellos órganos que consideran que la inscripción en el REGCON tiene efectos declarativos, para luego pasar a revisar la postura de aquellos otros, que se posicionan a favor de sus efectos constitutivos. Tras estas reflexiones, desglosaremos algunas matizaciones a estas posturas, plantearemos una tercera postura doctrinal relacionada con la competencia de los órganos de recursos contractuales en materia laboral y desgranaremos la forma de acreditación, así como los efectos, de las medidas de *self-cleaning* previstas en la Directiva 2014/24/UE. En todo caso, presentamos un resumen de las posiciones en el **anexo III** de este trabajo.

E.1. Carácter declarativo de la inscripción en el REGCON

El TACRC considera que la inscripción del plan de igualdad es obligatoria a efectos de publicidad, pero carece de carácter constitutivo. Se fundamenta para ello en que, según la norma (art. 11.3 RD 901/2020), el periodo de vigencia de los planes se determina por las partes negociadoras y tendrá un límite máximo de 4 años, pero no está condicionado por la inscripción. Por otra parte, la LCSP señala como obligación la de contar con un plan, no

¹⁶⁶ BOE nº143, de 12/06/2010, pp. 50339 a 50369, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2010/05/28/713/con>.

la de que el mismo esté inscrito (que es una obligación distinta a la anterior prevista por las normas laborales).

En el caso concreto que evalúa el TACRC señala, además, que el órgano de contratación ha revisado el plan de igualdad aportado por la empresa y no ha percibido ninguna tacha de irregularidad en el mismo, pues "aparece firmado y fechado, y con sello de la entidad licitadora, por lo que su existencia y vigencia ha de ser admitida a todos los efectos" (RTACRC 1664/2022, de 29 de diciembre de 2022, FD 5º). Es decir, el TACRC, no sólo considera innecesaria la inscripción, sino que parece señalar que es función de los servicios dependientes del órgano de contratación revisar ciertos caracteres mínimos del plan de igualdad para comprobar que está libre de tacha.

En la resolución 238/2023, de 3 de marzo de 2023, el TACRC reitera su doctrina sobre el carácter declarativo de la inscripción. Según el tribunal, no se establece en el articulado del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, un posible juicio de legalidad sobre el plan de igualdad que pueda motivar la negativa a su inscripción. A juicio de este tribunal la validez y aplicación del plan no la determina la inscripción sino la negociación entre las partes. De hecho, cuando se inscribe, se reconoce que el periodo de vigencia puede iniciar con anterioridad, desde la adopción del acuerdo entre las partes.

A juicio de este tribunal, determinar que la empresa está incurso en prohibición de contratar por falta de inscripción en el registro correspondiente, existiendo un plan de igualdad negociado y acordado entre las partes, sería ilógico y desproporcionado con la finalidad que persiguen la LOI y la LCSP. En efecto, este tribunal llama la atención sobre el hecho de que la LOI no contemplaba en un inicio la inscripción de los planes de igualdad en los registros de convenios, sino que dicha obligación fue creada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo que mediante modificación del artículo 45 LOI creó el registro de planes de igualdad y estableció la obligatoriedad de su inscripción (RTACRC 238/2023, de 3 de marzo de 2023).

Se adhiere a esta doctrina el TACPC que considera que la aplicación paulatina de los arts. 45 y 46 de la LOI prevista en la disposición transitoria, así como que en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, se diferencia entre las obligaciones de negociación, aprobación y solicitud de inscripción de los planes de igualdad, es fundamento para, adoptando la doctrina del TACRC en la materia, entender que la prohibición de contratar prevista en la

letra d) del art. 71.1 LCSP en materia de planes de igualdad se refiere únicamente a la obligación de contar con el mismo, no de que éste esté inscrito (RRTACPC 291/2023, de 17 de noviembre de 2023, 33/2024, de 8 de febrero de 2024 y 34/2024, 9 de febrero de 2024).

En la misma línea interpretativa se posiciona el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (TACPN) que señala que el depósito e inscripción del plan no es un requisito de eficacia del mismo y tampoco constituye medio de prueba según la ley foral Navarra de contratos públicos (Acuerdo del TACPN 84/2019, de 8 de noviembre de 2019).

Igualmente, el OARC/KEAO entiende que la inscripción del plan de igualdad en el REGCON tiene carácter declarativo, se basa, en que no es en el art. 45 LOI (el mencionado por la LCSP) en el que se establece dicha obligación, sino en el art. 46. De la misma manera, señala que el alcance constitutivo de la inscripción no está previsto como tal en las normas aplicables, más allá de que el periodo de vigencia no viene determinado por la inscripción registral, de conformidad con el art. 9.1. RD 901/2020. Finalmente, señala que en el art. 90.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁶⁷ se sanciona con nulidad la ausencia de formalización por escrito de los convenios, mientras el art. 90.2 ET señala que la inscripción obligatoria de los mismos en los 15 días siguientes se producirá sólo a efectos de registro. Así el órgano deduce que los convenios, así como los planes, se perfeccionan por el consentimiento de las partes y, por tanto, la inscripción es declarativa (ROARC/KEAO 114/2023, de 20 de junio).

En favor de este carácter declarativo de la inscripción parece posicionarse el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACPG) en su resolución 68/2022, de 12 de abril de 2022, aunque no se pronuncia expresamente sobre este carácter, sí considera que el art. 71 LCSP no exige la inscripción.

Por último, y de manera poderosamente llamativa, en cuanto el tribunal de la misma comunidad autónoma se pronuncia en sentido opuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (JCCAM) tampoco considera que la inscripción tenga carácter constitutivo (Informe 6/2023, de 15 de diciembre de 2023).

¹⁶⁷ BOE nº 255, de 24/10/2015, pp. 100224 a 100308, <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>.

E.2. Inscripción constitutiva

En sentido opuesto se pronuncian otros tribunales, quienes señalan que la inscripción registral tiene efectos constitutivos y, por tanto, sólo quien cumpla esta obligación laboral estará exenta de incurrir en la prohibición de contratar de la letra d) del art. 71.1 LCSP.

El exponente más claro de esta postura lo encontramos en Andalucía, donde el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA) señala que la inscripción en el REGCON de los planes de igualdad es obligatoria a efectos de acreditar la no incursión en prohibición de contratar (RRTARCJA 503/2022, de 21 de octubre de 2022 y 26/2023, de 27 de enero de 2023).

Para ello, se basa en una interpretación conjunta de las normas contractuales, laborales y sobre igualdad entre mujeres y hombres. De ellas deduce que el art. 45 LOI obliga a que el plan de igualdad que se aplique sea del alcance y contenido que se establece en ese capítulo de la norma; en este sentido, la inscripción en el registro es obligatoria de conformidad con el art. 46.5 LOI que se inserta en el mismo capítulo. Además, el contenido de los planes de igualdad previstos en el art. 45.2 LOI se desarrolla en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, que en su art. 11, insiste en la obligatoriedad de la inscripción de los planes en el REGCON. Es más, se obliga a la adaptación e inscripción de aquellos planes que existieran en el momento de dictarse este reglamento, pero no cumplan con la nueva normativa en la materia (para ello se establece un plazo máximo que alcanza hasta el 14 de enero de 2022).

En este sentido, en el art. 6.1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, se indica que la inscripción de dichos planes deberá realizarse en el pazo de 15 días tras la firma del mismo y sólo procederá ordenar su registro, depósito y publicación en el boletín oficial correspondiente con posterioridad a que la autoridad laboral competente compruebe que “el convenio o acuerdo colectivo no vulnera la legalidad vigente ni lesiona gravemente el interés de terceros” (art. 8.3 RD 713/2010). De esta normativa concluye que la inscripción, no sólo es obligatoria, sino que es constitutiva en cuanto la autoridad laboral realiza un análisis de legalidad que puede resultar en la denegación de inscripción por falta del cumplimiento de alguno de los requisitos legales establecidos, control que no corresponde realizar a los órganos de contratación. En concreto, este tribunal señala que

“[...] la prohibición concurre en aquellas empresas cuyos planes de igualdad no se acomoden a lo dispuesto en la LOI y disposiciones de desarrollo que prevén ya la inscripción obligatoria de aquellos (artículo 11 del Real Decreto 901/2020). Pero es que, además, el control o comprobación de su acomodo o no a la legalidad ha de verificarlo la autoridad laboral, dictando en caso afirmativo la resolución por la que se ordena el registro y depósito del plan (artículo 8.3 del Real Decreto 713/2020). Así las cosas, sin inscripción en el registro no puede afirmarse que el plan de igualdad sea conforme a la LOI que es lo que predica el artículo 71.1 d) de la LCSP. La inscripción no es, pues, un requisito meramente formal, sino sustantivo que exige la previa comprobación de adecuación a la ley.” (RTARCJA 503/2022, de 21 de octubre de 2022, FD 6º)

Por otro lado, indica, el mismo tribunal, que la exigencia de inscripción de dicho plan no supone una interpretación extensiva de la prohibición de contratar prevista en la LCSP, porque dicho artículo exige que el plan se adecue a la legalidad, lo cual implica que el mismo debe cumplir con los requisitos legales exigidos, entre los que está su obligatoria inscripción (RTARCJA 137/2023, de 3 de marzo de 2023).

En cuanto a la inscripción, el TARCCYL sigue el criterio de su homónimo andaluz, considerando que la remisión del art 71. d) LCSP se refiere a planes que cumplen la legalidad vigente y que, por tanto, deben estar inscritos. La inscripción se considera, por tanto, un requisito constitutivo (RTARCCYL 202/2022, de 22 de diciembre de 2022).

En todo caso, precisa que la vigencia del plan puede tener carácter retroactivo; es decir, el inicio de la vigencia del plan de igualdad puede ser anterior a la fecha de inscripción, esto no obsta para que la inscripción sea constitutiva, sino que es conforme con el art. 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁶⁸, que es de aplicación supletoria al RD 713/2010, de 28 de mayo (DF 2ª) y que admite los efectos retroactivos de los actos administrativos en el caso de que sean favorables a las personas interesadas, siempre que los supuestos de hecho existieran a la fecha de retroacción y no se lesionen derechos o intereses legítimos de terceras personas.

¹⁶⁸ BOE nº 236, de 02/10/2015, pp. 89343 a 89410, <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/39/con>.

En el caso de que se acepte el carácter retroactivo del acto, el plan de igualdad contará con los requisitos legales necesarios desde el momento de inicio de la vigencia reconocida en la inscripción. Es decir, si ésta es anterior al plazo de presentación de ofertas, aunque la inscripción sea posterior, la licitadora no estará incurso en causa de prohibición de contratar (RTARCCYL 37/2023, de 9 de marzo de 2023). En sentido parecido, resuelve el TACPG en su resolución 123/2023, de 7 de julio de 2023, en la que admite que la empresa en cuestión no estaba incurso en prohibición de contratar porque, aunque la inscripción en el Registro correspondiente fue posterior a la fecha de fin de plazo de presentación de ofertas, dicha inscripción reconoce vigencia al plan con fecha anterior a dicho fin de plazo señalado.

Del mismo parecer sobre el carácter constitutivo de la inscripción es el TACPM que considera que las empresas que no tiene su plan de igualdad inscrito están incursas en prohibición de contratar y añade que aquellas que, además, hayan firmado declaración responsable indicando que cuentan con él, estarán incursas en la prohibición de contratar de la letra e) del art. 71.1 LCSP; es decir, habrán incurrido en falsedad al hacer la declaración responsable prevista en el art. 140 LCSP – el DEUC – (RRTACPM 118/2023, de 16 de marzo de 2023 y 292/2023, de 20 de julio de 2023).

Según este tribunal, “la inscripción es obligatoria a efectos de publicidad y prueba” (RTACPM, 130/2022, de 7 de abril de 2022, FD 5º) y, en el mismo sentido que el TARCJA señala que:

“Este Registro de Convenios Colectivos no solo tiene una finalidad publicitaria, sino también la inscripción en el mismo establece una presunción sobre su validez, porque la adecuación a derecho de los documentos presentados se califican por la autoridad laboral antes de la inscripción” (RTACPM 69/2023 de 16 de febrero de 2023, FD 4º).

E insiste nuevamente en la labor que realiza la autoridad laboral:

“Se realiza por el registro una labor de calificación jurídica de dicho plan para determinar si su elaboración y contenido se ajusta a las disposiciones vigentes, no dando por buenos planes de igualdad que, al no estar sometidos a la calificación de la autoridad laboral, pudieran no ser ajustados a Derecho. Considerar que la inscripción solo tiene efectos de publicidad no siendo tal

inscripción constitutiva, significaría renunciar a la seguridad jurídica que le otorga el control de legalidad realizado por un órgano especializado en el ámbito laboral. Ni las mesas de contratación ni los Tribunales de resolución de recurso contractuales tienen cualificación técnica para realizar dicha calificación jurídica” (RTACPM 421/2023, de 30 de noviembre de 2023, FD 4º).

Un caso particular, en el mismo sentido, se presenta en la RTACPM 69/2023, de 16 de febrero de 2023, en la que se analiza un supuesto en el que aún no aplica la prohibición de contratar a empresas de menos de 250 trabajadoras; sin embargo, los pliegos recogían la obligación de tenerlo para empresas de 50 o más y el tribunal la interpreta como una obligación legal (no contractual) derivada de la LOI. Entiende el tribunal que el órgano puede comprobar que las licitadoras cumplen con sus obligaciones laborales de conformidad con el art. 201 LCSP, por lo que la ausencia de inscripción debió haber supuesto la exclusión de la licitadora.

Acorde con el carácter constitutivo de la inscripción en el REGCON se posicionan Pérez Delgado y Rodríguez Pérez (2023, ap. Opinión, pár. 2), quienes consideran que previo a la inscripción se hace un análisis de legalidad, por lo que un plan de igualdad no inscrito puede ser un plan de igualdad ilegal, lo que supone un incumplimiento de la normativa en la materia y es causa de prohibición de contratar.

Esta postura no sólo solventa un grave problema ya aludido por el TARCJA y el TACPM, como es que los servicios dependientes de los órganos de contratación no tienen la especialidad técnica requerida para determinar si un plan de igualdad es conforme a la legalidad, sino que, a nuestro juicio, es más acorde con la disposición europea en la que se encaja esta prohibición.

En efecto, por un lado, la revisión que la autoridad laboral realiza va más allá de comprobar si existe un plan de igualdad, transcrito en un documento que es firmado por varias partes, y alcanza a aspectos de procedimiento como la realización del diagnóstico establecido en la norma, o la comprobación de la legitimación de las partes que lo firman. Es decir, los servicios dependientes de los órganos de contratación no tienen, ni la capacidad, ni las herramientas para comprobar estas cuestiones. Por lo que, en nuestra opinión, no podrán determinar de manera fundamentada, en el caso de querer comprobar la veracidad de la

declaración responsable, que dicho plan se ajusta a la legalidad prevista en el art. 45 LOI. En otras palabras, poco más puede hacer el órgano o la mesa de contratación que comprobar que existe un documento denominado plan de igualdad, que el mismo está firmado por varias partes¹⁶⁹ y que la fecha de inicio de vigencia es anterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, lo que a la postre no asegura la legalidad de dicho documento.

Por otra parte, hay que considerar que la prohibición de contratar por no tener un plan de igualdad se enmarca entre las señaladas en la letra a) del apartado 4º del art. 57 Directiva 2014/24/UE relativa al incumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 18.2 de la misma directiva. La relevancia de esta última disposición es tal que el TJUE elevó en su interpretación las obligaciones de carácter social, laboral o medioambiental a la consideración de principios de la contratación pública, a la par que los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (De Fuentes G^a-Romero de Tejada, 2023, p. 1114) en su STJUE de 30 de enero de 2020, en el asunto Tim SpA, C-395/18 (ECLI:EU:C:2020:58).

Importancia de estas obligaciones que, por otra parte, ha sido reconocida por el TCCSP en su resolución 13/2024, de 17 de enero de 2024. Este órgano, sin entrar en el debate sobre el carácter de la inscripción de dicho plan de igualdad, recuerda que los considerandos 37, 39 y 40 de la Directiva 2014/24/UE señalan que el incumplimiento de las obligaciones laborales podría ser considerado igualmente una falta profesional grave que conlleve la exclusión de una operadora económica, además de que los preceptos de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP imponen la obligación a los poderes adjudicadores de controlar durante todas las fases del procedimiento de adjudicación el cumplimiento de tales obligaciones. En este sentido consideramos que lo que ningún órgano de recursos contractuales niega es que existe una obligación laboral de las empresas no sólo de disponer de un plan, sino de inscribirlo en los 15 días siguientes a que el mismo sea acordado. Si la inscripción es una obligación laboral cuyo incumplimiento está sancionado por el art. 57.4 a) de la Directiva 2014/24/UE, a nuestro juicio, es más congruente interpretar la causa de prohibición de contratar en el sentido de que la obligación laboral que pretende garantizar

¹⁶⁹ Más allá de que hay planes inscritos y, por tanto, aceptados por la autoridad laboral, que no han sido negociados. La validez y legalidad de planes con estas y otras circunstancias, es una cuestión técnica que se escapa a los servicios dependientes de los órganos de contratación y a los miembros de las mesas de contratación y que debe ser revisada por la autoridad laboral.

no se protege de manera completa si no se exige la inscripción en el registro correspondiente.

Por otra parte, la obligación de tener un plan de igualdad inscrito, si bien se recoge en nuestra norma, deriva de compromisos europeos que, a nuestro juicio, deberían concluir en la ampliación de este motivo mediante reforma de la LCSP. En efecto, como hemos señalado, el art. 24 de la Directiva (UE) 2023/970 establece que entre las medidas previstas en el art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE se podrán considerar las obligaciones relativas al principio de igualdad de retribución y admite la posibilidad de establecer como motivo de exclusión el incumplimiento de obligaciones en esa materia.

Como vemos, parece que la línea seguida en Europa viene referida al establecimiento de prohibiciones de contratar por incumplimiento de las obligaciones laborales. En este sentido, es claro que la inscripción del plan de igualdad es una obligación de este carácter y, por tanto, nos parece más lógico que el artículo se interprete en este sentido.

E.3. Matización de posturas

El TACPM quiso precisar su doctrina sobre la necesaria inscripción registral señalando que se acepta la solicitud de inscripción en el REGCON para entender que la operadora ha cumplido con su deber y, por tanto, no está incurso en la prohibición señalada el art. 71.1. d) LCSP. Así, en la RTACPM 270/2023, de 6 de julio de 2023, señala que la inscripción en el REGCON tiene carácter constitutivo y no declarativo y es obligatoria realizarla en los 15 días siguientes a la adopción del plan. Sin embargo, no es necesario que el plan se encuentre inscrito, debido al retraso que se produce en la inscripción del mismo, lo cual ocasionaría un perjuicio para las licitadoras, bastaría con la solicitud de inscripción del mismo para que la empresa no incurra en la prohibición de contratar referida.

Con esta matización, la doctrina del TACPM en materia de esta prohibición se recogió en el Acuerdo de este tribunal, de 4 de mayo de 2023:

- La acreditación de contar con plan de igualdad se realiza mediante declaración responsable del art. 140 LCSP, pues las previsiones de desarrollo reglamentario no se han materializado.
- La falsedad en esa declaración es causa de prohibición de contratar según el art. 71.1 e) LCSP.

- Esto no obsta para que el órgano de contratación pueda comprobar la fiabilidad de esa declaración en virtud de lo dispuesto en los arts. 140.3 y 201 LCSP.
- La justificación de disponer de plan de igualdad se verifica con la inscripción en el REGCON. Sin embargo, debido a la demora en la inscripción, que puede ocasionar perjuicios a las operadoras económicas, se considera suficiente como medio de acreditación la aportación del justificante de la presentación de solicitud de inscripción del mismo (con este acuerdo, el tribunal modera su doctrina en este sentido).

A nuestro juicio esta precisión realizada por el TACPM puede resultar contradictoria con la fundamentación de sus resoluciones, en cuanto traslada, nuevamente, la labor de análisis del cumplimiento de la legalidad de un plan de igualdad a los servicios dependientes de los órganos de contratación. En efecto, la solicitud de inscripción no asegura que dicho plan vaya a ser inscrito y no se cuenta con la apreciación de la autoridad laboral sobre si se dan las condiciones de cumplimiento de la legalidad, por lo que, en este caso, debería ser el órgano de contratación y sus servicios dependientes quienes realicen la revisión pertinente.

Algo más de sentido tiene la precisión que realiza la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía (CCCJA) en su recomendación 3/2023, de 21 de abril de 2023. En efecto, en este documento, con base en la doctrina del TARCJA, pide que en fase previa a la adjudicación se requiera a la propuesta como adjudicataria aportar el plan de igualdad inscrito en el REGCON; pero precisa que bastará con la solicitud de dicha inscripción si la misma fue realizada con tres meses de antelación a la fecha de presentación de ofertas. Suponemos que la Comisión tiene en cuenta aquí que el plazo de 3 meses es el máximo para resolver sobre la solicitud de inscripción y que, además, opera en este procedimiento el silencio positivo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid – TSJM – 11468/2022, de 30 de septiembre de 2022, ECLI:ES:TSJM:2022:11468).

Consideramos que esta apreciación es más coherente con los fundamentos expresados para soportar esta postura doctrinal; sin embargo, debemos señalar los riesgos de esta decisión, en la medida en que, si bien el plazo máximo para resolver es de tres meses, el mismo puede verse suspendido, por ejemplo, por los requerimientos de subsanación realizados a las empresas; con lo cual, se produciría una extensión de dicho plazo. Es decir, al cabo de esos tres meses, no en todos los casos ha de haberse resuelto bien de manera expresa o tácita. Así, esta propuesta puede devolver, igualmente, a los dominios del órgano de

contratación la responsabilidad de analizar si el plan en cuestión adolece de invalidez o, cuando menos, añadirle la dificultad de conocer si han operado, efectivamente, los efectos del silencio positivo en el plazo de los tres meses señalados.

Una matización en otro sentido realiza el tribunal canario que precisa que, si bien acepta el carácter declarativo de la inscripción, considera que la ausencia de ésta es indicio suficiente para tener dudas razonables sobre el cumplimiento de la obligación dispuesta en el art. 45 LOI y, por tanto, debiera llevar a comprobar tal extremo requiriendo los documentos previstos para ello en los pliegos, incluso aunque la licitadora haya declarado responsablemente que cumple tal obligación (RTACPC 291/2023, de 17 de noviembre de 2023).

E.4. Incompetencia de los órganos de recursos contractuales para resolver sobre cuestiones laborales

Una tercera forma de resolver los recursos en esta materia la representa el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), que se declara incompetente para resolver una controversia que pertenece al ámbito laboral (Acuerdo TACPA 125/2022, de 23 de diciembre de 2022). De conformidad con lo expuesto por este tribunal el objeto del recurso especial es tutelar los derechos reconocidos en Europa en materia contractual y que se traducen en las normas de transposición de las directivas procedentes. No le corresponde a dicho órgano hacer pronunciamientos que excedan de estas cuestiones. Por otra parte, en la medida en que el carácter, sustantivo o no, de la inscripción en el REGCON es un asunto que no puede resolverse aplicando normas contractuales, se concluye que la resolución de la cuestión es de índole laboral. En consecuencia, el tribunal inadmite los recursos en lo que respecta a esta cuestión por considerarse incompetente en la materia.

En la otra cara de la moneda, el OARC/KEAO realiza también un análisis de su competencia sobre este asunto llegando a una conclusión bien distinta. Este órgano señala que, si bien el recurso en materia contractual tiene carácter especial, no hay en su regulación legal límites sobre las normas o sectores que se deben tener en cuenta para su resolución. Por tanto, visto que el acto recurrido es uno de los previstos en la LCSP como susceptibles de recurso especial, el tribunal considera irrelevante que las normas que deban interpretarse para la resolución del asunto se refieran o no al ámbito de la contratación pública (ROARC/KEAO 114/2023, de 20 de junio de 2023).

En el mismo sentido se pronuncia el TCCSP que a propósito de esta causa de prohibición reconoce la competencia del mismo para dilucidar si dicho motivo concurre en el caso planteado aunque para ello sea necesario recurrir a la normativa laboral sectorial (RTCCSP 13/2024, de 17 de enero de 2024).

E.5. Acreditación de no estar incurso en prohibición de contratar por carecer de plan de igualdad

En este debate doctrinal también se han adoptado diversas posturas con respecto a cuál es la forma en la que una empresa debe acreditar que no se encuentra incurso en prohibición de contratar. En primer lugar, debemos recordar que en la propia letra d) del apartado 1º del art. 71 LCSP se establece que la prohibición de contratar relativa a la tenencia de plan de igualdad se acreditará mediante la presentación de la declaración responsable del art. 140 LCSP; es decir, mediante el DEUC.

No obstante, según el mismo precepto, el Consejo de Ministros, por Real Decreto podrá establecer una forma alternativa de acreditación que será: mediante certificación administrativa del órgano procedente, siempre y cuando la misma tenga una vigencia mínima de seis meses, o mediante certificación de un registro de empresas licitadoras, si tal circunstancia figura inscrita en el mismo.

El Consejo de Ministros no ha desarrollado reglamentariamente hasta el momento forma de acreditación alguna, por lo que los tribunales de recursos contractuales han tenido opiniones dispares sobre cómo debe acreditarse la ausencia de prohibición de contratar en el caso de los planes de igualdad.

Se plantean aquí nuevamente dos posturas: si es suficiente con la declaración responsable del art. 140 LCSP para acreditar la ausencia de prohibiciones de contratar por falta de plan de igualdad o si la misma resulta insuficiente a efectos de acreditación de no estar incurso en esta causa.

En el primer sentido han resuelto la mayoría de órganos, independientemente del valor que le den a la inscripción en el REGCON. Por lo que, en general, puede decirse que en la actualidad se les permite a las empresas acreditar el cumplimiento de contar con un plan de igualdad mediante declaración responsable hasta que mediante reglamento se desarrolle

la exigencia de un certificado de la autoridad correspondiente (Sanmartín Mora, 2023b, p. 1).

Así, la Comisión Jurídica Asesora de Extremadura (CJAE) señala que para la acreditación de no estar incurso en prohibición de contratar por no tener el plan de igualdad dispuesto en el art. 71.1 d) LCSP basta con la declaración responsable a tenor de lo dispuesto en el art. 140 LCSP (RCJAE 49/2022, de 7 de septiembre de 2022).

Igualmente, el TACPM señala que contar con un plan de igualdad se acredita, según el propio art. 71 LCSP, mediante declaración responsable, en tanto no haya el desarrollo reglamentario señalado (RTACPM 118/2023, de 16 de marzo de 2023). Si bien con anterioridad, (RTACPM 130/2022, de 7 de abril de 2022) señalaba que la forma de acreditación de tener el plan de igualdad era la inscripción en el REGCON (Sanz Baos, 2023, p. 3).

Sin embargo, eso no significa que tanto el órgano de contratación, como el propio tribunal no puedan comprobar si efectivamente la empresa dispone de plan. En cuanto al primero, es potestad del órgano de contratación realizar esta comprobación cuando tenga dudas sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración o cuando sea necesario para el debido desarrollo del procedimiento (art. 140.3 LCSP); si bien esta es una potestad del órgano de contratación que no tiene por qué ejercer si no lo considera preciso o pertinente (RTACPM 118/2023, de 16 de marzo de 2023).

Además, dicha comprobación puede llevarse a cabo con base en el art. 201 LCSP (RTACPM 95/2020, de 2 de marzo de 2023), según el cual los órganos de contratación podrán llevar a cabo las actuaciones necesarias para asegurar el cumplimiento por parte de las operadoras económicas de sus obligaciones de carácter laboral, entre otras, tanto durante la ejecución del contrato como durante el procedimiento de licitación. Por otra parte, el propio tribunal ante la interposición de un recurso podrá comprobar la validez de las afirmaciones de la recurrente (RTACPM 118/2023, de 16 de marzo de 2023).

En el mismo sentido, la JCCAM señala que la acreditación se hará por declaración responsable, en tanto no se desarrolle el reglamento procedente y la comprobación de este requisito podrá realizarse en cualquier momento en el que se tengan dudas a través de la consulta en el REGCON o, en su defecto, mediante justificante de solicitud de inscripción o, en su defecto, copia del plan (Informe 6/2023, de 15 de diciembre de 2023).

A este respecto, Sanz Baos (2023, pp. 4-5) señala que la consulta telemática al REGCON no puede considerarse un medio de acreditación válido a efectos del art. 71.1.d) último párrafo pues la misma no emite ningún certificado con validez mínima de seis meses, que es precisamente lo que se exige en dicho artículo.

Una opinión discordante plantea el TARCJA, quien indica que la acreditación de lo señalado por la empresa en la declaración responsable del art. 71.1 d) LCSP debe producirse en el algún momento antes de la adjudicación. Así, el referido artículo remite al DEUC que debe presentarse en un primer momento por todas las operadoras económicas que deseen formar parte de un procedimiento. Sin embargo, según el propio art. 140.3 LCSP, es responsabilidad del órgano o mesa de contratación solicitar a la licitadora la presentación de los documentos acreditativos relativos a esa declaración, no sólo en caso de duda o para asegurar el desarrollo del procedimiento, sino, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato. Por tanto, a juicio de este tribunal, resulta insuficiente la declaración responsable prevista en este artículo a efectos de acreditar no estar incurso en prohibición de contratar.

Por otra parte, reitera que dicha acreditación debe serlo de contar con un plan de igualdad inscrito en el REGCON, no de contar con el mismo debidamente aprobado, y tampoco de su aplicación efectiva porque esto último excede de lo exigible en fase de licitación. A tenor del art. 71.1 d) LCSP la acreditación que corresponde previa a la adjudicación se limita a la vigencia y tenencia del plan; si bien su aplicación es controlable durante la fase de ejecución (RTARCJA 160/2023, de 17 de marzo de 2023).

E.6. Papel de las medidas de *self-cleaning*

Otro aspecto que se ha ido desarrollando cada vez con más fuerza con motivo de las resoluciones de los órganos de recursos contractuales en materia de esta prohibición de contratar es el relativo al papel que pueden jugar las llamadas medidas de *self-cleaning*, reconocidas en el art. 57 Directiva 2014/24/UE. El literal de dicho artículo señala que:

“Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se

consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión.

Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva.” (ap. 6º del art. 57 Directiva 2014/24/UE)

El TARCJA admite el efecto directo del art 57.6 Directiva 2014/24/UE con base en la STJUE, de 14 de enero de 2021, en el asunto C-387/19 (ECLI:EU:C:2021:13), de conformidad con la cual el apartado 6º mencionado establece un derecho de las operadoras económicas y una obligación a los Estados miembros que es lo suficientemente precisa e incondicional como para concluir su efecto directo. Es decir, una operadora económica en la que concurra un motivo de exclusión no puede ser excluida del procedimiento si puede demostrar, a satisfacción del órgano de contratación, que ha adoptado las medidas correctoras necesarias que asegurar su fiabilidad.

Se entiende que la prohibición de contratar relativa al plan de igualdad encaja con el motivo de exclusión previsto en la letra a) del ap. 4º del art. 57 Directiva 2014/24/UE que señala que será posible excluir a una operadora económica cuando pueda demostrarse, por cualquier medio, que la misma ha incumplido alguna de las obligaciones recogidas en el

art. 18.2 de dicha directiva, entre las que se encuentran las obligaciones laborales establecidas en la legislación nacional. Por lo que, en caso de incumplimiento del registro del plan de igualdad, procede otorgar plazo para acreditar las medidas de *self-cleaning* adoptadas por la licitadora.

Siendo este el caso, el TARCJA señala que, para el caso que está revisando, procede retrotraer actuaciones hasta el momento anterior a la adjudicación para que pueda acreditarse la fiabilidad de la empresa con base en las medidas adoptadas, pero recuerda que la fiabilidad exigiría que las licitadoras “demostraran que ya se está en condiciones de contar con un plan de igualdad adecuado a la legislación vigente con ocasión del trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP” (RTARCJA 26/2023, de 27 de enero de 2023, FD 6º). Si bien señala que dicha valoración corresponde a la mesa de contratación y no puede ser sustituida por la función revisora del Tribunal.

En el mismo sentido se pronuncia en varias ocasiones el tribunal gallego, que evita hacer mención expresa sobre el carácter de la inscripción en el REGCON, si bien podría deducirse su posicionamiento en favor del carácter declarativo de su RTACPG 68/2022, de 12 de abril de 2022. El órgano colegiado señala que aquellas empresas que tengan un plan de igualdad inscrito en el REGCON no podrán ser excluidas porque dicha inscripción es prueba suficiente del cumplimiento de la legalidad. Sin embargo, aquellas otras empresas que no lo tengan inscrito a la fecha de fin de plazo de presentación de ofertas, tampoco podrán ser excluidas directamente, sino que aplicaría el art. 57.6 Directiva 2014/24/UE (RRTACPG 89/2023, de 23 de mayo de 2023 y 112/2023, de 21 de junio de 2023). Por tanto, en el caso que revisa, el tribunal concluye que deberá retrotraerse el procedimiento para darle esa opción a la licitadora y pide al órgano de contratación que tenga en cuenta las circunstancias que impidieron a la licitadora la adecuada inscripción en el REGCON y sus actuaciones al respecto, así como la existencia o aplicación efectiva de dicho plan o de otras medidas adoptadas en el seno de la empresa.

Este tribunal también reconoce que corresponde a la mesa decidir si la documentación aportada demuestra la fiabilidad de la operadora económica, pero, a diferencia del TARCJA, no hace sugerencia alguna sobre cuáles serían los requisitos adecuados para esto. Así, en un caso concreto, tras realizar el trámite para acreditar la adopción de medidas que demuestren su fiabilidad por la empresa, se recurre que la mesa haya aceptado las mismas siendo que la operadora sigue sin contar con la inscripción de su plan de igualdad en el

REGCON. El tribunal desestima el recurso porque no existen motivos para invalidar el criterio de la mesa que acordó que lo aportado era suficiente para demostrar la fiabilidad de la empresa en cuanto a las medidas en materia de igualdad adoptadas (RTACPG 139/2023, de 10 de agosto de 2023).

También aplica, por efecto directo, el art. 57.6 Directiva 2014/24/UE, el TACPM (RRTACPM 260/2023, de 29 de junio de 2023, 270/2023, 6 de julio de 2023, 401/2023, de 16 de noviembre de 2023). Sin embargo, en la línea de lo establecido por el TARCJA, este tribunal señala que esas medidas correctoras deberían incluir la solicitud de inscripción (RTACPM 401/2023, de 16 de noviembre de 2023).

Por último, sin referirse al efecto directo de la Directiva, el TARCCYL reconoce la obligación de dar trámite de subsanación en fase del requerimiento previo a la adjudicación realizado con base en el art. 150.2 LCSP a los efectos señalados; por lo que concluye para el caso revisado, la retroacción de las actuaciones (RTARCCYL 191/2022 de 1 de diciembre de 2022). Sin embargo, el tribunal no considera que dicho defecto se subsana si, una vez retrotraídas las actuaciones y concedido plazo de subsanación, la empresa presenta el plan de igualdad y un justificante de inscripción en el registro de fecha posterior no sólo al fin de plazo de presentación de ofertas, sino también a la fecha de adjudicación del contrato (RTARCCYL 28/2023, de 23 de febrero de 2023).

5.2.2. CRITERIOS DE SELECCIÓN

Si las prohibiciones de contratar definen, en un sentido negativo y en términos generales, qué operadoras económicas no pueden contratar con el SP, los criterios de solvencia determinan, de manera positiva y en lo que al específico contrato se refiere, cuáles de aquellas empresas cumplen con los criterios necesarios para ser contratistas.

Según el artículo 58 Directiva 2014/24/UE los criterios de selección pueden referirse a la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional. De estos tres, a los efectos de la contratación pública estratégica de género, son relevantes los dos últimos.

Los criterios de selección se dividen en dos bloques: la solvencia económica y financiera con la que se pretende asegurar que las operadoras económicas cuentan con los medios económicos precisos para garantizar su actuación durante todo el periodo de ejecución del

contrato; y la solvencia técnica y profesional, que se refiere a la capacidad técnica que una operadora tiene de llevar a cabo las prestaciones de este carácter que se exigen en los pliegos (Gómez Fariñas, 2019, p. 67). Ambos aspectos de manera conjunta determinan la capacidad de una empresa para responder adecuadamente durante la ejecución del contrato, cada uno desde un punto de vista distinto (económico y técnico).

Las solvencias económica y técnica pueden ser exigidas por los poderes adjudicadores con base en una serie de criterios que están recogidos de manera taxativa en las normas; es decir, los órganos de contratación no podrán exigir criterios de solvencia distintos a los previstos en la LCSP. En este sentido, comparten cualidad con las causas de exclusión anteriormente vistas. Igualmente, comparten características con las prohibiciones de contratar en cuanto a que:

- Las características de solvencia deberán concurrir en las operadoras económicas en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato (art. 140.4 LCSP).
- Los criterios exigidos se acreditarán mediante declaración responsable, en concreto, se menciona el DEUC; sin embargo, será posible exigir los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos de solvencia, siempre que existan dudas y, en todo caso, se exigirán antes de la adjudicación del contrato (art. 140 aps. 1 y 3 LCSP).

Sin embargo, a diferencia de las prohibiciones:

- no es necesario que los requisitos de solvencia concurren en todas las empresas que presentan la misma oferta, en el caso de presentarla en Unión Temporal de Empresas (UTE), en tanto será posible sumar la solvencia de las distintas empresas que la conforman. En ese caso, será también factible exigir que determinados trabajos sean realizados por uno de los miembros de la UTE; es decir, se podrá exigir, por ejemplo, que los trabajos relativos a la transversalización de la perspectiva de género en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato se lleven a cabo por aquella integrante de la UTE que acredite la experiencia requerida en esta materia.
- Igualmente, una empresa que no disponga de la solvencia o medios precisos para ejecutar la prestación podrá recurrir a los de otra empresa que se los cederá a efectos de la ejecución del contrato.

Por último, hay que señalar que los criterios de solvencia que se establezcan en cada contrato deben justificarse debidamente en el expediente contractual en aras de cumplir con la prevención establecida en el art. 116.4.c) LCSP.

Todos estos aspectos, así como los que desarrollaremos a continuación, deben ser tomados en cuenta a la hora de analizar las posibilidades que en cada contrato se presentan para exigir una determinada solvencia de género. Presentamos un esquema de los distintos aspectos que vamos a analizar en el **anexo IV** de este trabajo.

A. Solvencia económica y financiera

El ámbito por excelencia en el que introducir consideraciones de igualdad de género es la solvencia técnica y profesional. Así ha sido reconocido, de hecho, por la doctrina mayoritaria. En la comunicación de la Comisión Europea de 2001 (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a) no se hace mención alguna a la posibilidad de introducir consideraciones sociales en los criterios relativos a la capacidad económica y financiera de las empresas, pero sí en el caso de la capacidad técnica.

Sin embargo, ya en la guía de 2021 de la misma institución (Comisión Europea, 2021, p. 49) se señala que una manera de introducir la contratación estratégica social es establecer importes limitativos en los criterios de solvencia económica y financiera que no impidan el acceso a las empresas de economía social, organizaciones comunitarias o sin ánimo de lucro.

Esta postura la retoma el EIGE et al. (2022, p. 57) quien señala que hay dos vías mediante las cuáles los criterios de selección pueden tomar en cuenta consideraciones de género:

- Atendiendo a la experiencia, habilidades y capacidad técnica para integrar la perspectiva de género en los distintos aspectos del contrato. Es decir, introduciendo consideraciones en los criterios de solvencia técnica y profesional.
- Eliminando barreras para la participación de entidades que no suelen ser las contratistas habituales en el Sector Público como las PYMES, las empresas de la economía social y aquellos negocios liderados por mujeres. En este caso debemos atender a la solvencia económica o financiera.

En cuanto a los criterios de solvencia económica y financiera exigibles en un contrato, la Directiva 2014/24/UE se refiere a tres tipos: los relativos a la capacidad económica de una

empresa, como son el volumen de negocios, la ratio entre activos y pasivos y la tenencia de seguros de indemnización por riesgos profesionales. En este sentido, el art. 87 LCSP ha transpuesto los tres criterios señalados desarrollando su contenido e indicando los medios de acreditación de los mismos.

Los posibles criterios de solvencia establecidos en la Directiva 2014/24/UE y en la LCSP tienen carácter de *numerus clausus*, por lo que no será posible recurrir a otros distintos en los contratos del Sector Público (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 29).

Así, en cuanto a la solvencia económica y financiera, las actuaciones que puede llevar a cabo un órgano de contratación en materia de género se limitarían a disminuir los importes a exigir en alguno de los tres criterios señalados a efectos de dar entrada a empresas de menor envergadura entre las que el EIGE coloca a las empresas lideradas por mujeres.

No existen datos globales sistematizados sobre el tamaño que suelen tener las empresas propiedad de mujeres. Sin embargo, estudios particulares aseguran que el emprendimiento de las mujeres suele ser mayor en microempresas o pequeñas empresas (Saavedra García y Camarena Adame, 2020, p. 6). Igualmente, en España, en 2022, la mitad de las mujeres emprendedoras lo hizo en el sector servicios al consumidor (Observatorio del Emprendimiento de España, 2023, p. 18) en el que suele ser común la existencia de empresas de menor tamaño, así como el trabajo de personas autónomas.

Por otra parte, un límite menor en los criterios de solvencia podría dar entrada a empresas con menos experiencia y que, por tanto, hayan podido acumular un menor volumen de gestión anual. En este sentido, según el informe GEM 2022-2023, las mujeres emprenden casi tanto como los hombres, en 2022 el 5,9% de las mujeres y el 6% de los hombres en España estaba involucrado en actividades emprendedoras. Mayor diferencia hay en las empresas consolidadas de más de tres años y medio en las que sólo el 6,5% de mujeres realizan actividades de emprendimiento frente al 7,5% de hombres (Observatorio del Emprendimiento de España, 2023, p. 24).¹⁷⁰

Por tanto, la propuesta realizada por el EIGE tiene, ciertamente, encaje en el ámbito de la contratación pública estratégica de género, en el sentido de que la reducción de esos límites

¹⁷⁰ Según el mismo informe la mitad de las personas emprendedoras valora el impacto social y medioambiental de su iniciativa, siendo las mujeres más proclives a priorizarlo (Observatorio del Emprendimiento de España, 2023, p. 19).

puede tener un efecto favorecedor en el emprendimiento femenino, así como en empresas con modelos sociales distintos que pueden favorecer condiciones de igualdad en el sector.

Deteniéndonos en el primero de los criterios de solvencia reconocidos en las normas, el relativo al volumen anual de negocios; tanto la Directiva como la LCSP mencionan un importe máximo que puede exigirse. En este sentido, la norma europea señala que el mismo no podrá ser superior a dos veces el valor estimado del contrato y la LCSP disminuye este límite a una vez y media el valor estimado anual del mismo, aceptando ambas normas la posibilidad de justificar excepciones. Como se aprecia este es un límite máximo, por lo que no habría problema en disminuir este importe si se considera que con ello se puede favorecer la entrada de las empresas mencionadas.

Sin embargo, hay que advertir, que el órgano de contratación que desee rebajar el criterio de solvencia deberá sopesar los riesgos financieros asociados a la ejecución del contrato (EIGE et al., 2022, p. 57). En efecto, el poder adjudicador deberá velar por encontrar el justo equilibrio entre ambas posturas; evitar que un importe demasiado alto limite la participación de este tipo de empresas y evitar que uno muy bajo comprometa la ejecución del contrato; es decir, dicho importe deberá ser el estrictamente necesario para asegurar una adecuada ejecución (Comisión Europea, 2021, p. 49).

B. Solvencia técnica y profesional

Teniendo en cuenta que los requisitos de solvencia técnica tienen como objetivo asegurar que la contratista tiene la capacidad suficiente para desarrollar todos los aspectos técnicos del contrato, resulta adecuado tomar en consideración todos aquellos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres que aseguren la suficiencia técnica de las empresas en este ámbito.

En este sentido, hay que señalar en primer lugar que la LCSP realiza la siguiente previsión con respecto a los contratos de servicios:

“Si el objeto contractual requiriese aptitudes específicas en materia social, de prestación de servicios de proximidad u otras análogas, en todo caso se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional la concreta experiencia, conocimientos y medios en las referidas materias, lo que deberá acreditarse por los medios que establece el apartado 1 de este artículo” (ap. 3º del art. 90 LCSP).

En el mismo sentido, se pronuncia la cámara legislativa vasca en materia de igualdad cuando, en el art. 22.4 del Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres ¹⁷¹ establece que en el caso de contratos en los que se requieran aptitudes específicas en materia de igualdad entre mujeres y hombres, será necesario exigir una determinada experiencia, conocimientos o formación en dicha materia como criterio de solvencia técnica o profesional.

Los requerimientos en materia de género que se establezcan como requisitos de solvencia técnica deben relacionarse necesariamente con la capacidad técnica de las empresas licitadoras, en tanto es esta la finalidad de los mismos. Así, según la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña (JCCPC), sólo podrían incluirse cláusulas de género como solvencia cuando demuestren la capacidad técnica de la licitadora o candidata (Recomendación 3/2005, de 7 de julio de 2005); por ejemplo, cuando el cumplimiento del contrato exige conocimientos específicos en ese ámbito (Informe de la JCCPC 18/2014, de 17 de diciembre de 2014).

En este sentido, Valcárcel Fernández (2013, p. 339) opina que sólo será posible exigir características técnicas en los contratos que tienen por objeto políticas de igualdad o dirigidas a las mujeres, siendo discutible su exigencia en aquellos otros en los que el género se añade como finalidad instrumental. Igualmente, se ha afirmado que “solo podrán incluirse criterios de solvencia referidos a condiciones sociales, en el caso de que el contrato tenga un objeto vinculado directa y exclusivamente con aspectos sociales y sea necesaria solvencia técnica en esa misma materia para realizar la prestación” (Gordo Cano, 2023, p. 83). En sentido similar se pronuncian otras autoras:

“La exigencia de cláusulas sociales como requisito de solvencia sólo podrá incorporarse en los contratos que incluyan en su objeto un fin de carácter específicamente social, por lo que sea necesario que la empresa que resulte adjudicataria tenga formación, aptitudes específicas o experiencia acreditada en materia social y conocimientos técnicos concretos, o que su personal cuente con una experiencia determinada y características específicas” (De Guerrero Manso, 2020, p. 31)

¹⁷¹ BOPV n° 60, de 27/03/2023 y BOE n° 89, de 14/04/2023, <https://www.boe.es/eli/es-pv/dlg/2023/03/16/1/con>

Creemos que hay que matizar estas afirmaciones en la medida que una interpretación tan estricta podría llevar a concluir que la introducción de cláusulas de igualdad en la solvencia no es posible más que en contratos de servicios¹⁷² que tengan por objeto principal prestaciones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres. A nuestro juicio este límite a la inclusión de criterios de igualdad en la solvencia debe ser tomado con ciertas precauciones.

En primer lugar, cierta experiencia puede ser necesaria a efectos de transversalizar la perspectiva de género en la ejecución de contratos cuyo objeto no es necesariamente relativo a la igualdad de género. Como hemos señalado en antes, podríamos entender, por ejemplo; que una determinada experiencia en arquitectura o urbanismo con perspectiva de género podría ser necesaria no sólo en el contrato de servicios de diseño de un proyecto de obra, sino en el contrato de ejecución de esa obra. En el primero, para asegurar que el proyecto no reproduce roles de género en el diseño de una obra que será de uso público o que la integración de la misma en el trazado urbano no dificulta, por ejemplo, las labores de cuidado. En el segundo, para garantizar que la ejecución de ese proyecto se realiza de conformidad con el diseño planteado, y que las posibles múltiples decisiones que se toman durante la ejecución responden a esta perspectiva. Así, un contrato de diseño o ejecución de una obra, que en principio no se enmarca en un objeto social, puede tener efectos en el ámbito de la igualdad que requieran de una determinada solvencia técnica en la materia y convenga solicitar que las empresas acrediten su experiencia mediante trabajos realizados en el área cuando en los mismos se haya incluido la perspectiva de género.

En segundo lugar, porque tal y como señala De Guerrero Manso (2020, p. 31), mediante la solvencia es posible exigir determinada experiencia o formación al personal que ejecutará la prestación objeto del contrato lo cual nos remite a la adscripción de medios personales que, como veremos más adelante, es una vía útil en términos de igualdad si se quiere asegurar que cuando menos exista una persona en el equipo que sea capaz de transversalizar aspectos de género en la ejecución de dicho contrato, si bien la prestación que se pretende obtener no es esencialmente social o relativa a la igualdad entre mujeres y hombres.

¹⁷² Esta es precisamente la postura que adopta Lesmes Zabalegui (2019, p. 34)

Por tanto, a nuestro parecer, la procedencia de introducir una determinada solvencia técnica de género deberá establecerse caso por caso y su relevancia justificarse debidamente en el expediente.

Aclarados estos aspectos, insistimos en el hecho de que los criterios de solvencia técnica o profesional recogidos en la LCSP tienen carácter exhaustivo, no enunciativo. Así lo recuerdan varias Juntas consultivas quienes señalan que no pueden establecerse requisitos más allá de los señalados por la ley por muy loables que sean (Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunitat Valenciana – JSCAV – Informe 4/2017, de 12 de abril de 2017 y JCCPE Informe 10/2015, de 15 de diciembre de 2015). Por tanto, a la hora de establecer criterios relativos a la igualdad de género habrá que atender a las posibilidades que los mismos ofrecen.

B.1. Criterios de solvencia técnica y profesional

Los criterios de solvencia técnica y profesional se regulan en los arts. 88 (contratos de obras), 89 (contratos de suministros) y 90 (contratos de servicios) de la LCSP, así como en el art. 58.4 Directiva 2014/24/UE en relación con el anexo XII de dicha norma. De entre ellos, entendemos que permiten introducir consideraciones de género los siguientes que vamos a desarrollar.

En primer lugar, el relativo a la experiencia en la realización de trabajos similares al objeto del contrato. Los aps. 1. a) de los tres artículos mencionados disponen como medio de acreditación de la solvencia la relación de los trabajos realizados en los últimos 5 años, en el caso de los contratos de obras, y 3 años, en el caso de los contratos de suministros y de servicios, de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato. En este sentido, hay que aclarar que la experiencia que se exige tener se deberá referir al objeto del contrato y no necesariamente al CPV, que puede tener un carácter más amplio que el objeto contractual (RTACPM 323/2022, de 18 de agosto de 2022). Es decir, no será preciso que la experiencia exigida se refiera a los servicios obras o suministros señalados en el CPV (servicios de consultoría), sino que la misma podrá precisarse en los términos definidos en el objeto del contrato (servicios de consultoría en materia de igualdad brindada a las entidades del Sector Público) en tanto dichos términos pueden tener un carácter específico y diferenciado del resto de actuaciones en la materia cuyo conocimiento es preciso acreditar a efectos de asegurar la buena marcha de las labores del contrato.

Con base en lo anterior, debemos concluir que será posible exigir a las empresas una determinada experiencia en la realización de unos trabajos con perspectiva de género, cuando este aspecto esté vinculado con el objeto del contrato y la misma determine la capacidad técnica de la operadora económica para llevar a cabo la prestación adecuadamente; cuestión que viene reforzada en tanto la propia Comisión Europea (2021, p. 49) estima que es posible pedir que las operadoras económicas (así como sus equipos) tengan experiencia y conocimientos técnicos en cuestiones sociales relevantes para el contrato, entre ellas, la igualdad de género. Por lo que respecta a la afirmación de la Comisión, hay que precisar que la exigencia de experiencia a las empresas encajaría en este requisito de solvencia; sin embargo, la exigencia de conocimientos a los equipos que realizarán la prestación se encuadraría más adecuadamente, a nuestro juicio, en el tercer requisito de solvencia que vamos a tratar o en lo que a la adscripción de medios humanos se refiere.

Por último y con respecto a este primer requisito, debemos recordar que, a nuestro juicio, el mismo no limita la posibilidad de exigir criterios de solvencia técnica en materia de igualdad entre mujeres y hombres a aquellos contratos con un objeto esencialmente de género. Sino que, como hemos señalado, sería posible dicha exigencia en contratos de obras a efectos de asegurar que las operadoras económicas sean capaces de efectuarlas de conformidad con determinados parámetros de género determinados en los pliegos. Exigir esta experiencia de la empresa permitiría acreditar la capacidad técnica de género de la operadora para desarrollar los trabajos de conformidad con esta perspectiva.

En segundo lugar, las letras b) de los apartados 1º de los arts. 88 a 90 LCSP permiten exigir la declaración del personal técnico o de las unidades técnicas, estén estas integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución de las obras, suministros o servicios. Consideramos que este criterio podría utilizarse para exigir la presencia de personal técnico especialista en género o unidades de la empresa dedicadas al *mainstreaming* de género que vayan a participar en la ejecución del contrato asegurando la eficacia y calidad de dicha perspectiva transversal. Es decir, la presencia de dicho personal o unidades podría contribuir a asegurar una adecuada integración de la perspectiva de género en las prestaciones objeto del contrato.

A este respecto, en materia de contratos de obras, se precisa que dicha declaración se acompañe de los documentos acreditativos correspondientes cuando así sea exigido por los

servicios dependientes de los órganos de contratación. A nuestro juicio nada obsta para que dichos certificados sean exigidos igualmente en los contratos de suministros y servicios en cualquier momento del procedimiento de licitación, y siempre de manera previa a la adjudicación con base en lo dispuesto en el art. 140.3 LCSP.

Un tercer criterio de solvencia técnica que la LCSP permite es el que exige títulos académicos y profesionales de la empresaria o el empresario, así como del personal directivo de la empresa, particularmente los de quienes vayan a ser responsables de las obras o servicios que se desarrollarán (arts. 88.1 c) y 90.1 e) LCSP). Este criterio sólo es posible exigirlo en los contratos de obras y servicios, no así en los contratos de suministros, pues no ha sido recogido como tal en el art. 89 LCSP.

Como hemos señalado la posibilidad de exigir unos determinados conocimientos técnicos en materia de igualdad de género al personal que conforme los equipos que ejecutarán la prestación ha sido admitida por la Comisión Europea (2021, p. 49), cuestión que perfectamente podría encajarse en este criterio o enmarcarse, como veremos con posterioridad, en una exigencia expresa de adscripción de determinados medios personales a la ejecución del contrato.

En cuarto lugar, hay que señalar que, específicamente para los contratos de suministro el art. 89.1 g) LCSP reconoce la posibilidad de exigir conocer los sistemas de gestión de la cadena de suministro y de seguimiento que se aplicarán durante la ejecución del contrato, incluyendo en los mismos los que garanticen el cumplimiento de los convenios fundamentales de la OIT, entre los que se encuentra del Convenio nº 100 OIT relativo a la igualdad de remuneración y el nº 111 OIT sobre la discriminación en el empleo.

Con relación a este criterio, la Comisión Europea (2021, p. 50) reconoce como buena práctica la exigencia como criterio de selección a las empresas de medidas que puedan asegurar la transparencia en la cadena de suministro en productos¹⁷³ en los que existe un alto riesgo de vulneración de los convenios de la OIT. En el caso de los derechos de las mujeres, ya hemos mencionado que el sector textil es uno en el que el trabajo femenino es predominante y se realiza en condiciones precarias, por lo que establecer requisitos de solvencia técnica en los contratos de adquisición de productos textiles sería una posibilidad

¹⁷³ Nótese aquí que este criterio de solvencia tiene un carácter esencialmente objetivo, pues se refiere a los productos que se pretenden adquirir y no a una característica de la empresa, como correspondería a un criterio de selección.

a considerar para asegurar que el contrato responde a una estrategia en materia de igualdad entre mujeres y hombres. En este caso, igualmente, aunque el objeto del contrato no sea esencialmente una prestación relacionada con la igualdad la solvencia exigida estaría plenamente justificada.

En esta materia, la Comisión pone en valor la posibilidad de, o bien exigir, a efectos acreditativos, la adhesión a determinadas iniciativas¹⁷⁴, o bien aceptar identificar al fabricante de cada tipo de producto, la marca y el lugar de producción. Según la institución europea, esta medida contribuyó a aumentar la transparencia en la cadena de suministro. Por tanto, parece claro que la Comisión acepta la acreditación de criterios relativos a la solvencia mediante la presentación de etiquetas relacionadas con los productos que se suministran como las analizadas en el apartado relativo a las prescripciones técnicas del contrato de este trabajo.

En todo caso, el límite de la vinculación al objeto contractual en materia de gestión de cadenas de suministro impone que las pruebas exigidas deberán limitarse a aquellas relativas a los productos que se pretenden adquirir (Comisión Europea, 2021, p. 49) y no a todos los de la empresa. Por otra parte, hay que considerar que aplica en este caso la reflexión realizada por algunos tribunales de recursos contractuales en materia de certificados de calidad conforme a la cual no es correcto exigir como criterio de solvencia la presentación de certificados sin que se exijan los concretos requisitos de solvencia que se pretende acreditar con ese certificado (RTACPG 158/2020, de 30 de septiembre de 2020).

En quinto lugar, hay que hacer una breve mención al requisito de solvencia técnica contenido en la letra e) del art. 89.1 LCSP, de conformidad con el cual es posible acreditar la solvencia técnica mediante la entrega de muestras, descripciones o fotografías de los productos a suministrar. En la medida en que se pretenda asegurar la capacidad técnica de la contratista de poner a disposición de la Administración productos cuyo recipiente o embalaje no contiene en absoluto imágenes o lenguaje sexista, no estaría de más solicitar a la empresa la aportación de imágenes y muestras que aseguren que éstos cumplen los requisitos establecidos.¹⁷⁵ Todo ello, a efectos de asegurar que estamos comprando

¹⁷⁴ En el caso de la buena práctica la adhesión a la Fair Wear Foundation.

¹⁷⁵ Se propone este aspecto, por ejemplo, en el punto 3.2. de la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid (Ayuntamiento de Madrid, 2016).

productos que luego vayan a poder ser utilizados por la Administración y no tengan que ser retirados inmediatamente de su uso por vulnerar las normas o requisitos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres, con el consiguiente derroche de recursos públicos que esto supone.

Por último, es preciso apuntar que, en la línea con lo que hemos venido señalando en este trabajo en cuanto al emprendimiento femenino y la más reciente incorporación de las mujeres al mismo, se entiende como una vía para la consideración de la contratación estratégica de género el hecho de que la LCSP obligue a establecer criterios de solvencia alternativos para empresas que tengan menos de cinco años de vida en el mercado. Esta exigencia se predica para aquellos contratos que no alcancen el importe armonizado (en el caso de contratos de suministros o servicios) o de valor estimado inferior a los 500.000€ (en cuanto a los contratos de obras se refiere) y a efectos de facilitar el acceso a las licitaciones públicas de empresas de nueva creación. A este respecto, la norma señala que la solvencia técnica de dichas empresas no se exigirá mediante la relación de trabajos realizados, sino por cualquiera de las otras vías previstas en los artículos 88 a 90 LCSP (arts. 88.2, 89.1 h) y 90.4 LCSP).

B.2. Adscripción de medios

El art. 76 LCSP realiza una previsión propia de nuestro derecho interno; es decir, que no deviene de la norma europea, y que permite a los órganos de contratación concretar las condiciones de solvencia exigidas en los pliegos mediante la obligación de adscribir al contrato unos determinados medios humanos o materiales.

Esta previsión es distinta de la establecida en el ap. 1º del mencionado artículo conforme a la cual se prevé la posibilidad para los contratos de obras, de servicios, de concesión de obras, de concesión de servicios y aquellos contratos de suministros que incluyan servicios o trabajos de colocación o instalación de exigir los nombres y cualificación del personal responsable de ejecutar la prestación. En efecto, este primer apartado sí es deudor del derecho europeo en tanto transcribe el art. 19.1 Directiva 2014/24/UE. Por tanto, esta opción está restringida en el caso de contratos de suministro, con respecto a los cuales sólo se podrá utilizar cuando incluyan los servicios o trabajos señalados en el artículo.

La adscripción obligatoria de unos determinados medios al contrato se regula en los aps. 2 y 3 del art. 76 LCPS y es posible exigirla como un requisito de solvencia adicional a los criterios previstos en los arts. 88 a 90 LCSP. Una cláusula de estas características tiene como finalidad asegurar los medios suficientes para garantizar el éxito en la ejecución del contrato. La obligatoriedad de adscribir estos medios es una decisión que corresponde a la Administración contratante, salvo para los contratos de marcada complejidad técnica en los que la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato sea determinante. En este caso, la norma obliga a la exigencia de medios adicionales a la solvencia.

Su regulación es escasa en la LCSP en la que apenas se establecen una exigencia y varios límites. Así, la norma obliga a que las cláusulas contractuales que prevean la adscripción de medios se salvaguarden bien atribuyéndoles el carácter de obligación esencial (a efectos de la resolución contractual), bien estableciendo penalidades frente a su incumplimiento, conforme al art. 192.2 LCSP. Señala la LCSP que dicha sanción frente al incumplimiento, deberá establecerse o en los pliegos o en el documento contractual, si bien, a nuestro juicio, en virtud del principio de transparencia e igualdad, el carácter de la cláusula de adscripción de medios deberá establecerse necesariamente en los pliegos del contrato, de tal manera que cualquier empresa interesada en licitar pueda conocer las consecuencias de su incumplimiento desde la publicación del anuncio de licitación.

Por otra parte, se establecen los siguientes límites: la exigencia de medios a adscribir deberá establecerse en los pliegos de la licitación a efectos de publicidad y la misma deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de tal manera que no se restrinja la concurrencia (art. 76.3 LCSP).

En efecto, la justificación de la adscripción de medios exigida resulta obligada, de conformidad con el art. 116 LCSP y transcendental en tanto, permitirá a los tribunales de recursos contractuales conocer la razonabilidad y proporcionalidad de los criterios exigidos. La falta de la debida justificación puede concluir en la anulación de los requisitos establecidos (RTACPC 194/2023, de 3 de agosto de 2023).

Como hemos señalado con anterioridad, es posible integrar cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres en la adscripción de medios humanos de un determinado contrato con el objeto de asegurar la capacidad técnica de la contratista. Dicha adscripción podrá

realizarse atendiendo a criterios cuantitativos: por ejemplo, asegurando un determinado número mínimo de personal para brindar servicios de atención a cierto grupo específico de mujeres; o en función de criterios cualitativos: por ejemplo, asegurando que se adscribirá a la ejecución del contrato personal con cierta experiencia y conocimientos en materia de género, de tal manera que se garantice la inclusión de esta perspectiva durante el desarrollo del mismo. Entendemos que, de conformidad con lo señalado en cuanto a la solvencia técnica, la experiencia o conocimientos exigibles no tienen por qué serlo en materia de género en términos generales; sino que será posible obligar a cumplir esta experiencia o formación en el sector o materia específica del objeto del contrato. Siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad y a los principios de igualdad y libre concurrencia, de tal manera que la exigencia de adscripción de medios no podrá ser tan limitativa que únicamente sean capaces de cumplir con el requisito impuesto: una empresa; las empresas de determinado lugar; o la anterior adjudicataria del contrato.

En todo caso, así planteada la adscripción de medios humanos parece que ésta, como cláusula de igualdad, estaría ligada a contratos de obras o servicios y sería más difícil de encajar en los contratos de suministros, si bien volvemos a insistir en la necesidad de analizar caso por caso. También en el caso de contratos de servicios, se entiende posible la exigencia de adscripción de medios materiales atendiendo a la perspectiva de género, como la adscripción de locales o espacios cuyas características o distribución deben atender a la protección de mujeres víctimas o a las específicas necesidades de grupos de mujeres en situación de vulnerabilidad a las que se les brindarán servicios de atención.

C. Límites

Bernal Blay (2008, pp. 225-226) recordaba los siguientes límites al establecimiento de solvencias de carácter social:

- Debe estar relacionada con el objeto del contrato
- Debe servir como indicador de la capacidad técnica de la empresa mediante alguno de los medios de acreditación de la solvencia previstos en la ley (no olvidemos que los criterios de solvencia que la ley prevé tienen carácter de *numerus clausus*). Sin duda, este es un aspecto únicamente aplicable a los criterios de solvencia técnica.
- No puede ser discriminatoria.

Por su parte, Gómez Fariñas (2019, p. 70) menciona los tres límites siguientes:

- deben estar vinculados con el objeto del contrato.
- atender al principio de proporcionalidad.
- y publicarse debidamente en los pliegos y en el anuncio de licitación.

Ya hemos hablado sobre el carácter técnico al que deben atender los criterios de solvencia profesional, así como la adscripción de medios personales. Por otra parte, en ningún caso podrán establecerse criterios de solvencia en materia de igualdad que, como hemos señalado, beneficien a una determinada empresa, o a la empresa de una determinada región, o a anteriores adjudicatarias del mismo contrato. Es decir, es posible determinar dentro de los criterios de solvencia aquellos relacionados con el objeto del contrato de manera más precisa que como se establece en el CPV, pero dicha cláusula no podrá tener como consecuencia una restricción de la competencia contraria al principio de igualdad y no discriminación.

En cuanto al límite relativo a la publicidad, el mismo es exigible de todas las cláusulas sociales admitidas por el TJUE funcionen como requisito de capacidad, como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución. Según el art. 68 LCSP, el principio de publicidad exige la publicación en el perfil del contratante o, en determinados casos, en el diario oficial correspondiente de las cláusulas que determinarán los requisitos de solvencia exigibles. Esto incluye, como hemos dicho, la publicación de aquellos medios que obligatoriamente hayan de adscribirse al contrato y, a nuestro juicio y en virtud del principio de igualdad y transparencia, del carácter que se le otorga al incumplimiento de dicha adscripción, bien vía designación como obligación esencial del contrato (lo cual puede permitir la resolución contractual en los términos previstos en el art. 211.1 f) LCSP)¹⁷⁶, bien mediante la imposición de penalidades consecuencia de su incumplimiento.

Otro aspecto exigido a todas las cláusulas sociales es la necesaria vinculación del requisito de solvencia con el objeto contractual. En este sentido, ya hemos señalado que en cuanto a las medidas de gestión de la cadena de suministro esta vinculación impone que no se pueda exigir “un alcance mayor al de los productos o servicios que [el poder adjudicador] va a adquirir” (Comisión Europea, 2021, p. 49). Por otra parte, si bien el impulso de las políticas de igualdad es fundamental, su inclusión como criterio de solvencia está, sin embargo,

¹⁷⁶ Sobre los requisitos y efectos de estas posibilidades hablaremos en el apartado de este trabajo correspondiente a las condiciones especiales de ejecución.

limitada por la gravedad de la sanción que el propio procedimiento impone a quien no la cumpla: la exclusión de la operadora económica del procedimiento. Por tanto, será preciso justificar debidamente en el expediente la relación con el objeto contractual de la solvencia exigida, así como su proporcionalidad.

En cuanto a la proporcionalidad, tomando en cuenta que los requisitos de solvencia de carácter estratégico pueden suponer un coste para las operadoras económicas, habrá que considerar que aquellos que se establezcan atiendan a “la complejidad técnica y la dimensión económica del contrato (...) [así como] al ámbito y duración de aquél” (Gómez Fariñas, 2019, p. 73). En todo caso, no se podrán establecer requisitos cuyo cumplimiento vaya más allá del ámbito temporal del contrato.

5.2.3. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Los criterios de adjudicación permiten al órgano de adjudicación conocer cuál es la mejor oferta de todas aquellas presentadas a la licitación y, por tanto, son las cláusulas que determinarán qué empresa resultará adjudicataria. A diferencia de los criterios de selección que se establecen mediante los distintos tipos de solvencia, el incumplimiento o grado de cumplimiento de los criterios de adjudicación no implica la exclusión de la empresa que presentó la oferta del procedimiento de contratación, sino que la misma no obtendrá la puntuación relativa al criterio de que se trate u obtendrá una menor puntuación.

Así, según Gallego Córcoles (2019, pp 111-112), las ventajas de introducir cláusulas estratégicas como criterios de adjudicación es que, por la naturaleza de los mismos, no impiden la presentación de ofertas a las empresas que no los cumplan; sin embargo, subraya la misma autora, existe un alto grado de inseguridad jurídica sobre la admisibilidad de estas cláusulas.

En efecto, si bien la consecuencia frente al incumplimiento que la norma impone es mucho menos onerosa para la empresa, en tanto la misma puede continuar en el procedimiento; en la medida en que estos criterios definen qué empresa ejecutará el contrato, la litigiosidad entorno a la definición, ponderación y conveniencia de los criterios de adjudicación es enorme. Todo ello ha derivado en que los criterios de adjudicación en materia de igualdad entre mujeres y hombres sean el aspecto más controvertido de la contratación pública estratégica de género.

Al mismo tiempo, quizá por este carácter controversial, los criterios de adjudicación han sido el aspecto en el que mayor evolución hacia una compra estratégica se ha visto, en tanto las condiciones especiales de ejecución (sobre todo en el ámbito social) fueron aceptadas hace años. Sin embargo, la posibilidad de introducir criterios medioambientales y sociales se hizo patente con las SSTJUE en los asuntos Concordia Bus Finland (2002) y Wienstrom (2003) y fue ratificada por el mismo tribunal en el asunto Comisión vs. Reino de los Países Bajos (2012).

Además del hecho de que el incumplimiento de un criterio de adjudicación no excluirá a la licitadora del procedimiento, otra característica que diferencia a los criterios de adjudicación de los de solvencia, es que mientras los segundos valoran las características de la empresa (es decir, son de carácter subjetivo, referidas al sujeto que ejecutará la prestación o suministrará el producto); los primeros se refieren a la prestación o al bien concreto que se pretende adquirir (dicho de otra manera, tienen carácter objetivo en tanto se refieren a la oferta concreta que para ese contrato realiza la empresa). Esta distinción en un principio tan marcada entre ambos tipos de cláusulas ha sufrido, sin embargo, ciertas alteraciones a lo largo de los años, siendo icónica la STJUE de 26 de marzo de 2015, en el asunto C-601/13 (asunto Ambisig, ECLI:EU:C:2015:204) en la que el alto tribunal consideró conforme al derecho de la Unión un criterio que valoraba el equipo de trabajo que realizaría la prestación. El órgano subraya que este tipo de criterio puede resultar relevante en tanto las competencias de esas personas pueden determinar la calidad de la prestación, sobre todo en contratos que tienen por objeto servicios de consultoría o formación.

Esta resolución del TJUE desdibujó los límites entre criterios de selección y de adjudicación, permitiendo valorar aspectos subjetivos entre los segundos cuando los mismos puedan determinar la calidad de la prestación. La misma fue reconocida en la Directiva 2014/24/UE, en concreto en el art. 67.2 b) de la norma, que establece como posible criterio de adjudicación la valoración de la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato cuando las características o calidad del equipo de trabajo puedan afectar a la ejecución de la prestación. Dicho criterio se justifica como sigue:

“Siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también

autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. Los poderes adjudicadores que hagan uso de esta posibilidad deben garantizar, a través de los medios contractuales adecuados, que el personal encargado de ejecutar el contrato cumpla efectivamente las normas de calidad que se hayan especificado y que dicho personal solo pueda ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad” (considerando 94 Directiva 2014/24/UE).

Por último, hay que señalar que, si bien las posibilidades de establecer criterios de selección están limitadas por lo dispuesto en las normas, los criterios de adjudicación no se delimitan en las mismas más que con carácter ejemplificativo. Así, los criterios de solvencia previstos en la LCSP son los únicos que es posible establecer, pues dicho listado tiene carácter exhaustivo o de *numerus clausus*. Sin embargo, las normas no prevén un listado limitado de criterios de adjudicación, por lo que podrán ser todos aquellos que el órgano de contratación considere precisos para valorar la mejor relación calidad-precio de las ofertas. De esta manera, las finalidades previstas en la LCSP para los criterios de adjudicación tienen un carácter no exhaustivo o de *numerus apertus*.

Por otra parte, hay que considerar que, a diferencia de las especificaciones técnicas, que establecen unos requisitos mínimos que toda empresa deberá cumplir en su oferta; los criterios de adjudicación evalúan el mejor rendimiento del contrato o de un determinado comportamiento social específico que la licitadora puede incorporar a la prestación y se compromete a cumplir si se le adjudicase el contrato (Horgué Baena, 2023, p. 34).

A. Regulación de los criterios de adjudicación

Las características y función de los criterios de adjudicación se regulan en el art. 67 Directiva 2014/24/UE que ha sido transpuesto en el art. 145 LCSP. Según el apartado primero de este artículo los contratos se adjudicarán con base en la mejor relación calidad-precio. La LCSP subraya, por tanto, la importancia de que los contratos atiendan al

equilibrio entre la calidad y el precio. Esto no siempre fue así, porque, como hemos explicado al inicio de este trabajo, el concepto de la oferta económicamente más ventajosa ha sufrido una evolución en la UE que ha desembocado en que, en la actualidad, se defina también en función de la calidad (considerandos 89 y 90 Directiva 2014/24/UE).

En efecto, la norma europea obliga por un lado a considerar siempre un criterio relativo al coste o al precio (aspecto transpuesto en el ap. 2º del art. 145 LCSP), y por el otro, con el objeto de fomentar la referida calidad de bienes, obras y servicios, la Directiva 2014/24/UE permite a las autoridades nacionales restringir el uso del precio como único criterio de adjudicación (considerando 90 Directiva 2014/24/UE).

Estas consideraciones han sido retomadas en el art. 145 LCSP que, en su ap. 3º, señala los supuestos en los que será obligatorio el uso de más de un criterio de adjudicación (es decir, otro además del coste o precio). Igualmente, en dicha disposición se hace referencia a las excepciones a esta norma. Baste a los efectos de este trabajo, señalar que la obligatoriedad de imponer más de un criterio de adjudicación afecta en términos generales a los contratos de concesión de obras, de concesión de servicios, de suministros y de servicios (es decir, a todos aquellos contratos que no lo son de obras).

En cuanto a los contratos de suministros y de servicios la norma prevé excepciones referidas a los casos en que, por la configuración de dichos suministros y servicios, no sea posible establecer variaciones sobre otros aspectos de la prestación o suministro, de tal manera que el precio es el único factor determinante (art. 145.3 f) y g) LCSP). En lo relativo a los contratos de servicios, el precepto señala, también, la absoluta obligatoriedad de introducir criterios relativos a la calidad entre otros, en los contratos intensivos de mano de obra y en aquellos contratos cuyo objeto son los servicios sociales cuando los mismos fomentan:

“la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o

educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava”¹⁷⁷
(art. 145.3 g) LCSP).

En definitiva, fuera de los supuestos contemplados en la norma, no será posible obviar valoraciones relativas a la calidad en los contratos del Sector Público. Y es que la propia directiva señala que los criterios de adjudicación deben elegirse de tal manera que se obtengan bienes, obras y servicios de gran calidad que se ajusten a las necesidades de los poderes adjudicadores (considerando 92 Directiva 2014/24/UE y art 145.4 LCSP).

A efectos de la norma europea y de la LCSP, evaluar la calidad implica atender a consideraciones como el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad y el diseño para todas las personas, o las características sociales, medioambientales e innovadoras (art. 67.2 a) Directiva 2014/24/UE y art. 145.2 LCSP). Un criterio social, por tanto, sería un requisito relativo a la calidad de la oferta. Idea que se ve respaldada por el art. 1.3 LCSP que obliga a transversalizar las consideraciones estratégicas con la idea de que las mismas contribuyen a obtener una mejor relación calidad-precio.

En aras de concretar la norma europea, la LCSP señala varias finalidades a las que pueden atender los criterios sociales y que son las siguientes:

“fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios

¹⁷⁷ La DA 48ª se refiere a los servicios sociales, culturales y de salud que tienen los siguientes códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato” (art.45.2 LCSP).

Como vemos, varias de ellas se refieren directamente a consideraciones de igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo y otras pueden tener relación, desde una perspectiva de género, con este objetivo estratégico. Por tanto, hay que concluir dos cuestiones:

- En primer lugar, no sólo es posible introducir criterios de adjudicación de género, sino deseable. En este sentido se pronunciaba el TS quien señalaba que, con base en el carácter transversal del principio de igualdad, las consideraciones de género no pueden limitarse a las condiciones de ejecución de los contratos, siendo posible su inclusión en otras fases del procedimiento de contratación (STS 5294/2012, de 17 de julio de 2012, ECLI:ES:TS:2012:5294).
- En segundo lugar, las normas europeas colocan los criterios sociales y, por tanto, los relativos a la igualdad de género en el ámbito de aquellos que valoran la calidad de las ofertas presentadas por las licitadoras.

Por último, conviene hacer una breve mención a los criterios de adjudicación regulados en el ap. 7º del art. 145 LCSP. En el mismo se desarrollan los requisitos a los que deben atender las mejoras.

Las mejoras, a diferencia de las variantes, son criterios de adjudicación de los contratos que evalúan prestaciones adicionales a las que figuran en el proyecto o pliego de prescripciones técnicas particulares. Una vez ofertada una mejora, la misma pasará a formar parte del contrato de la empresa adjudicataria que la ofertó y no podrá ser objeto de modificación. En todo caso, las mejoras tienen como límite que en ningún caso podrá alterarse, ni la naturaleza de las prestaciones, ni del objeto del contrato a través de las mismas.

Por otra parte, los criterios que evalúan las mejoras deberán especificarse en los pliegos de tal manera que se establezcan sus requisitos, límites, modalidades y características y se justifique su vinculación con el objeto contractual. El TACRC es favorable a la introducción como mejoras de prestaciones accesorias a las previstas en los pliegos y que no supongan coste para la Administración siempre que figuren detalladas en los pliegos tal

y como se indica en la norma (RRTACRC 408/2017, de 5 de mayo de 2017 o 431/2017, de 12 de mayo de 2017).

Finalmente, en el caso de que las mejoras se evalúen mediante comité de personas expertas, no podrán tener una ponderación superior al 2,5% del total de la puntuación.

Las mejoras permiten introducir consideraciones de género; es decir, podría incluirse un criterio que permitiera la presentación de mejoras sobre las prestaciones previstas en el PPTP en materia de igualdad (Valcárcel Fernández, 2013, p. 352). Sin embargo, hay que tomar en cuenta que no todos los criterios denominados mejoras lo son en los términos del art. 145.7 LCSP. En el caso de que no se tratara de prestaciones adicionales a las previstas en las especificaciones técnicas que no alteren la naturaleza del objeto del contrato, nos encontraríamos ante un criterio social o de igualdad puramente.

B. Requisitos y límites

En primer lugar, hay que señalar que los criterios sociales tienen que cumplir los requisitos exigibles a cualquier otro criterio como su determinación en los pliegos y la precisión del método de valoración (AATACPN 64/2019, de 23 de julio de 2019, 23/2020, de 7 de mayo de 2020).

Por otra parte, derivados de las sentencias del TJUE, el art. 67 Directiva 2014/24/UE y el art. 145.5 LCSP recogen los límites y requisitos que deben cumplir los criterios de adjudicación y que afectan, por tanto, a las cláusulas de igualdad de género.

En concreto, los criterios de adjudicación deben cumplir los siguientes requisitos:

- Deberán estar vinculados con el objeto del contrato en el sentido expresado en el ap. 6º del art. 145 LCSP (considerando 92 y art. 67.3 Directiva 2014/24/UE y art. 145.5 a) LCSP, basados en SSTJUE Concordia Bus Finland, Wienstrom y Comisión vs. Países Bajos).
- Deberán formularse de manera objetiva de tal forma que no confieran al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (considerando 92 y art. 67.4 Directiva 2014/24/UE y art. 145.5 b) LCSP, basados en SSTJUE Concordia Bus Finland y Wienstrom).

- Su determinación y formulación deberá respetar los principios del derecho europeo, en particular los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (art. 145.5 b) LCSP, basado en SSTJUE Comisión vs. República Francesa, Concordia Bus Finland y, Wienstrom). Principios que derivan de los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (Bernal Blay, 2013, p. 169).
- En aras de garantizar los principios de igualdad y transparencia deberán establecerse en los pliegos del contrato o en el documento descriptivo del mismo y publicarse en el anuncio de licitación (art. 145.5 LCSP, basados en SSTJUE Comisión vs. República Francesa, Concordia Bus Finland y Wiestrom).
- Deberán asegurar que las ofertas presentadas pueden ser evaluadas en términos de competencia real y efectiva e ir acompañados de las especificaciones que permitan verificar la información proporcionada por las empresas licitadoras a efectos de evaluar correctamente el cumplimiento del criterio. En caso de dudas, la mesa o el órgano de contratación deberán comprobar la exactitud de las declaraciones o pruebas presentadas por las operadoras económicas (considerando 92 y art. 67.4 Directiva 2014/24/UE y art. 145.5 c) LCSP). En efecto, se considera que vulnera el principio de igualdad de trato (por no garantizar la transparencia y objetividad del procedimiento) establecer un criterio cuando la entidad adjudicadora “no pretende ni está en condiciones de verificar la exactitud de las informaciones facilitadas por los licitadores” (STJUE Wienstrom, ap. 51). Es imprescindible, por tanto, que dicho criterio vaya “acompañado de requisitos que permitan el control efectivo de la exactitud de las informaciones facilitadas” (STJUE Wienstrom, ap. 52).

Estas cuestiones son las únicas que la doctrina europea impone como límite a los criterios de adjudicación.¹⁷⁸ Sin embargo, como veremos, la interpretación de los tribunales de recursos contractuales en España ha sido aún más restrictiva. En todo caso, hay que añadir a las mismas la prohibición de injerencia en las políticas de la empresa, por tanto, no se podrán valorar las políticas de responsabilidad social (Gallego Córcoles, 2017b, p. 102). Aseveración que deriva de lo dispuesto en el considerando 97 Directiva 2014/24/UE que señala que los órganos de contratación no podrán exigir a las empresas que tengan establecida una determinada política empresarial de responsabilidad social o medioambiental.

¹⁷⁸ Ver, por ejemplo, Sarter (2019, p. 3) o EIGE et al. (2022, p. 60).

En conexión con lo anterior, Olmo López (2022, p. 38) entiende que existe una prohibición de establecer criterios estratégicos generales y obligatorios para todos los sectores y mercados.

Por último, derivado de la doctrina de los tribunales de recursos contractuales españoles tanto Olmo López (2022, p. 37) como Gallego Córcoles (2017b, pp. 102-103) señalan como límite que el criterio deberá tener un impacto en la calidad de la prestación, suponiendo una mejora de la misma.

De todos los requisitos establecidos el más controvertido ha sido cómo determinar la relación con el objeto contractual de los criterios de adjudicación de forma adecuada. En concreto, de conformidad con la LCSP y en virtud de lo dispuesto en el art. 67.3 Directiva 2014/24/UE, se entenderá que existe vinculación con el objeto contractual de un criterio de adjudicación:

“cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;
- b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.” (art. 145.6 LCSP)

Para comprender la extensión de este precepto es relevante subrayar varias cuestiones.

En primer lugar, según las normas, la vinculación no debe darse necesariamente con el producto o prestación concreta a contratar, sino que puede relacionarse con cualquier otra fase de su ciclo de vida como la forma de producción, prestación o comercialización. Pero no sólo estas, puesto que la norma se refiere al ciclo de vida del producto o servicio habrá que estar para su interpretación a lo dispuesto en el art. 148 LCSP que define qué debe entenderse por tal:

“A los efectos de esta Ley se entenderán comprendidos dentro del «ciclo de vida» de un producto, obra o servicio todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia y, en todo caso: la

investigación y el desarrollo que deba llevarse a cabo, la fabricación o producción, la comercialización y las condiciones en que esta tenga lugar, el transporte, la utilización y el mantenimiento, la adquisición de las materias primas necesarias y la generación de recursos; todo ello hasta que se produzca la eliminación, el desmantelamiento o el final de la utilización” (art. 148.1 LCSP).

En segundo lugar, la norma admite que un criterio de adjudicación puede referirse a que dichas etapas del ciclo de vida se hayan desarrollado de conformidad con requisitos medioambientales y formas socialmente sostenibles y justas; es decir, el criterio puede estar vinculado a las distintas maneras de producción de un bien o prestación de un servicio que aseguran a quien lo compra que el mismo ha atendido a estándares mayores de responsabilidad ecológica y social.

En tercer lugar, tal y como señala la disposición, la relación con el objeto del contrato, es decir, con la prestación o suministro, no tiene un carácter directo, en tanto no es preciso que la misma forme parte de la sustancia material de dicho objeto (STJUE Comisión vs. Países Bajos), sino que puede tener una vinculación indirecta con el mismo a través de cualquier aspecto o fase de su ciclo de vida, tal y como se ha explicado.

Expuestas así las conclusiones a las que nos lleva este artículo, antes de proceder al análisis de las cláusulas de igualdad como criterios de adjudicación debemos hacer dos últimas precisiones.

Para empezar, hay que llamar la atención sobre una obligación que ya hemos mencionado y que en materia de criterios de adjudicación, por la litigiosidad que hay en este ámbito, se torna crucial: la norma establece a la hora de introducir criterios de adjudicación de igualdad de mujeres y hombres que los mismos se justifiquen adecuadamente en el expediente (art. 116.4 c) LCSP). La ausencia de motivación ha sido criticada continuamente por los tribunales de recursos contractuales y en ocasiones se ha erigido en fundamento para anular los criterios recurridos. Por lo tanto, es imprescindible atender a la exigencia legal cuando se construye un expediente de contratación.

En cuanto a la forma en que los mismos deben ser justificados, debido a su carácter controversial, es indudable que dicha motivación deberá describir la manera en que el criterio está vinculado con el objeto del contrato, además de señalar que dicho criterio

cumple con el resto de los requisitos establecidos en la LCSP y la Directiva 2014/24/UE, pero no debe quedarse ahí. A este respecto, el TCCSP señala que la motivación de los criterios de adjudicación debe referirse al contenido material del objeto de los criterios de adjudicación, así como a todos los elementos que lo caractericen incluidas las ponderaciones y las fórmulas de puntuación, con el análisis de los posibles escenarios de la licitación, a fin de asegurar el cumplimiento de los arts. 145 y 146 LCSP (RTCCSP 180/2020, de 20 de mayo de 2020).

Por último, es importante señalar que hay que poner especial atención a cómo se formula el criterio y valorar de conformidad al mismo. Es decir, no es posible señalar en el criterio de adjudicación que se valora disponer (esto es en el momento de presentar la oferta) de mayor porcentaje de mujeres y, posteriormente, dar por válido el compromiso de contratar a una mujer en el caso de resultar adjudicataria (RTCCSP 173/2021, de 2 de junio de 2021). Si bien esto puede parecer una obviedad es relevante tener en cuenta a la hora de configurar el criterio de igualdad de qué manera va a acreditarse el cumplimiento del mismo y cómo se va a valorar.

Pues bien, a la hora de introducir una cláusula de igualdad de género como criterio de adjudicación, la misma deberá cumplir con todos estos requisitos y atender a los límites determinados en las normas contractuales.

C. Las cláusulas de género en los criterios de adjudicación

Ya hemos concluido anteriormente que la introducción de cláusulas de igualdad de género no sólo es posible sino deseable. Es más, establecer criterios de adjudicación en materia de igualdad de género puede mandar un potente mensaje al mercado con respecto a la importancia que dichas características tienen para la Administración compradora (Comisión Europea, 2021, p. 51).

En cuanto a la configuración de los criterios de adjudicación de género, podemos atender a lo que la Comisión Europea (2021, pp. 52-53) señala para los criterios de adjudicación de carácter social. En efecto, la institución apunta que para la determinación de dichos criterios es preciso plantearse tres cuestiones:

- Cómo va a formularse: deberán ser claros, transparentes y permitir la competencia efectiva entre las licitadoras, permitir la comprobación de lo que se exige, además de estar vinculados al objeto del contrato.
- Qué ponderación se les dará: hay que tomar en cuenta que a nivel europeo no existe un porcentaje mínimo o máximo establecido por lo que tendrá que ser proporcional a la relevancia de las consideraciones de género; es decir, a los riesgos en materia de derechos de las mujeres, a los beneficios que se puedan obtener; así como a si las cuestiones de género forman parte de las prescripciones técnicas del contrato.
- Cómo se evaluarán: de este aspecto dependerá la efectividad del criterio previsto y su utilidad para el logro de la estrategia de género buscada. La Comisión señala que un aspecto social puede no tener una ponderación alta y sin embargo establecerse un umbral determinando que es preciso sobrepasar en ese criterio para evaluar el resto de su oferta a profundidad.

Una característica a considerar de los criterios de igualdad en un expediente es que, con base en lo que hemos señalado, no pueden ser utilizados como único criterio de adjudicación, pues sólo los criterios relativos al coste pueden; por lo que cuando se introduzcan dichos criterios habrá que atender a las normas relativas a las licitaciones con una pluralidad de criterios (Pozo Bouzas, 2018, p. 25).

Los criterios de adjudicación pueden ser de dos tipos en función de su forma de valoración: automáticos, que se valoran mediante fórmulas matemáticas o expresiones lógicas; o criterios evaluables mediante juicios de valor, que responden a la discrecionalidad técnica del órgano o individuo que analice las ofertas. Igualmente, en otro orden de clasificaciones, ya hemos diferenciado entre los criterios relativos al coste o precio y los criterios de calidad. Hacemos este señalamiento para aclarar que un criterio relativo al coste no tiene por qué valorarse necesariamente mediante fórmulas (a pesar de que es lo habitual); *a contrario sensu*, nada impide que un criterio de calidad sea evaluado de manera automática.

En este sentido, algún autor ha señalado que es mejor establecer criterios de adjudicación de género objetivos y cuantificables para conseguir “la mayor salvaguarda legal y seguridad jurídica de los mismos, ya que en definitiva es este ejemplo de cláusulas sociales el que genera mayor controversia cuando es utilizado en los contratos públicos” (Pintos Santiago, 2020, ap. III.2.1.). Contrariamente a esta opinión, el EIGE et al. (2022, p. 63) y la Comisión Europea (2021, p. 52) proponen en sendas guías para la GRPP y la CPSR toda

una lista de ejemplos relativos a criterios medibles mediante juicios de valor. Por lo tanto, consideramos que habrá que estar a cada contrato en concreto y al efecto de política pública de igualdad que se pretenda lograr para determinar el método de valoración más adecuado en cada criterio.

Por ejemplo, si nuestra intención es promover que en un determinado sector empresarial se adopten más medidas de igualdad de las que actualmente existen (por que, por ejemplo, la media de medidas adoptadas en la materia es muy baja), entonces podremos recurrir a un criterio cuantitativo, valorable mediante fórmulas, que únicamente evalúe la cantidad de medidas de igualdad que las empresas se comprometen a adoptar en el marco de la ejecución del contrato.

Por el contrario, si queremos otorgar puntuación en función de la idoneidad de determinadas medidas de igualdad para lograr, por ejemplo, la promoción interna de las mujeres en las empresas de un determinado sector (en tanto sabemos que las mismas se topan constantemente con techos de cristal), nos interesará más evaluar no la cantidad de medidas que las licitadoras se comprometen a adoptar en el marco de la ejecución del contrato, sino las características de dichas medidas. En ese caso, el criterio de adjudicación se basará en juicios de valor, en la medida en que la puntuación no se otorga automáticamente, sin previa evaluación de las características y efectos de cada medida; todo lo contrario, es preciso un análisis técnico de las cualidades de esas medidas propuestas.¹⁷⁹

C.1. Posibilidades de las cláusulas de igualdad

En el marco de una contratación pública estratégica de género, en la medida en que las cláusulas introducidas en el contrato contribuyan al logro de objetivos de la política de igualdad entre mujeres y hombres, las mismas tendrán carácter de cláusulas de género. En efecto, como ya hemos señalado, no es preciso que la cláusula mencione expresamente a las mujeres para que dicha cláusula sea una cláusula de igualdad, basta con que haya sido

¹⁷⁹ Cuando sea preciso algún tipo de análisis valorativo para apreciar la puntuación correspondiente a un criterio el mismo deberá considerarse un criterio sometido a juicio de valor (Pozo Bouzas, 2018, p. 26). Los criterios de valoración automática deben exigir una actuación meramente mecánica, si es preciso una valoración previa de qué se entiende por algún concepto de los indicados no están adecuadamente configurados (RTACRC 80/2022, de 20 de enero de 2022). No es posible realizar apreciaciones que introduzcan valoraciones *ex novo* en los criterios de valoración automática (Resolución del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Álava – OAFRCA- 10/2023 de 5 de diciembre de 2023).

establecida en el marco de una estrategia que pretende promover la igualdad de las mujeres en el mercado laboral o en un determinado sector empresarial o en la sociedad, en general. Es más, en ocasiones, no corresponde establecer cláusulas que mencionen específicamente a las mujeres, sino que lo conveniente a efectos de igualdad es pensar en modificar el rol de los hombres.

En efecto, tal y como reflexiona Lesmes Zabalegui (2019, p. 14) resulta más que inadecuado exigir un determinado porcentaje de mujeres entre el personal que realizará una prestación cuando el contrato se ejecuta en el marco de un sector claramente feminizado, como el de la limpieza, porque no contribuye a ningún objetivo de igualdad. Al mismo tiempo, una cláusula que mejore las condiciones laborales en el mismo sector (el de limpieza) supondrá un beneficio para muchísimas mujeres porque no sólo es un sector feminizado, sino que las condiciones laborales en el mismo suelen ser pobres.

Por otra parte, también hay que considerar la configuración de cada mercado, en tanto, puede ser complejo llegar a la proporción de mujeres exigida en un pliego en otros sectores (como el de obras) claramente masculinizados. Si bien, siempre hay que tomar en cuenta, como muy atinadamente señala Larrazabal Astigarraga (2024, p. 111), que, en ocasiones, aunque parezca que no hay trabajadoras en los sectores masculinizados, un análisis más detallado del trasfondo puede demostrarnos que sí existen esas trabajadoras pero que debido a las barreras de género con las que se han topado se han visto obligadas a cambiar de sector o a abandonar el mercado de trabajo. Es precisamente en esos casos, subraya la autora, que la introducción de consideraciones de género en el contrato adquiere relevancia y funcionalidad.

Por tanto, (y no es una idea nueva en este trabajo) las cláusulas de género exigen no sólo una adecuada planificación de los objetivos a los que quieren contribuir, sino un riguroso análisis del mercado en el que se va a ejecutar el contrato. En todo caso, bien realizada la reflexión, se puede optar por muy distintos tipos de criterios en función de los objetivos de política pública que nos planteemos.

Las posibilidades en materia de criterios de adjudicación de género no están, en definitiva, determinadas en ninguna norma, sino que dependen de las necesidades detectadas por los órganos de contratación y de la estrategia de género en que quieran insertarse. Es por ese motivo que a continuación presentamos un posible listado cuyo objetivo no es determinar

una serie de criterios con carácter exhaustivo, ni servir de guía para la introducción de criterios de adjudicación. De hecho, ya existen numerosas guías institucionales que hacen propuestas concretas en esta materia con objeto de facilitar el trabajo de los órganos de contratación. En este trabajo nos limitamos a plantear la mencionada lista en la medida en que nos da pie para reflexionar sobre dos cuestiones:

- Por un lado, reivindicamos que la introducción de criterios debe determinarse en función de las características del contrato y previo análisis de los objetivos de política pública que se pretenden lograr, por lo que nuestro listado se plantea junto con una justificación del sentido, desde la perspectiva de la contratación estratégica de género, que tendría la introducción de una cláusula de esas características. Entendemos, como hemos insistido no en pocas ocasiones a lo largo de este trabajo, que la introducción de las cláusulas de igualdad debe hacerse tras una evaluación previa que determine cuáles son las más adecuadas para el concreto contrato, en función de los objetivos que se persiguen, y evitar, en todo caso, la inclusión mecánica de consideraciones de género con el único fin de cumplir normativas o instrucciones en la materia.
- Por otro, queremos sentar las bases que justifiquen por qué en el posterior análisis de las controversias doctrinales surgidas en la materia y que definen a efectos prácticos los límites de los criterios de adjudicación de género hemos elegido revisar la doctrina de los órganos de recursos contractuales sobre, precisamente, esos criterios y no otros distintos. En definitiva, justificamos aquí por qué analizamos algunos de esos criterios a pesar de que no se incluyen habitualmente entre las cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres y los mismos no hacen referencia expresa a dicha igualdad o a las mujeres en particular.

De esta manera, y en la línea de lo descrito en el apartado 4.3.3. de este trabajo, podríamos proponer criterios de adjudicación como los siguientes, siempre teniendo en cuenta que más adelante analizaremos cómo han sido acogidos los mismos en los tribunales de recursos contractuales:

- En un contrato que tenga como objetivo brindar una determinada prestación pública a la que las mujeres tienen acceso con dificultad, o de la que se realiza un uso distinto por hombres y mujeres en función de las distintas necesidades de género que tienen, un criterio de adjudicación podría ser las propuestas para que el servicio alcance a todas esas mujeres (con base en Comisión Europea, 2021, p. 52) o a hombres y

mujeres por igual (EIGE et al., 2022, p. 63), así como un análisis de los métodos que se utilizarán para revisar las barreras y eliminar los obstáculos con este fin.

- En un contrato en un sector altamente feminizado en el que además las condiciones laborales son pobres (dos aspectos que en nuestra sociedad suelen venir inevitablemente unidos), las mejoras salariales y de otras condiciones laborales puede ser un criterio que contribuya a disminuir la precariedad laboral en la que viven muchas mujeres trabajadoras.
- En un sector masculinizado en el que las mujeres encuentren obstáculos insalvables para la integración en el mercado laboral y, cuando lo logran, se encuentran con duros techos de cristal, los criterios de adjudicación que valoren la incorporación de mujeres en el equipo que realizará la prestación o evalúen el nivel y función de los puestos que ocuparán pueden ser determinantes a la hora de lograr objetivos de igualdad de mujeres y hombres.
- Un criterio de adjudicación que puede ser útil en varios sectores es evaluar las medidas de conciliación de la vida personal, laboral o familiar que se vayan a aplicar al personal que realice la prestación, así como las medidas de corresponsabilidad. Este criterio es aplicable a sectores feminizados, en tanto las condiciones laborales en los mismos (como los horarios rígidos, el trabajo por turnos, etc.) pueden generar el abandono del mercado laboral de las mujeres que siguen siendo las principales responsables de las labores de cuidado en los hogares. Sin embargo, también puede ser una estrategia en los sectores masculinizados, en tanto puede promover la adopción del rol de cuidado por parte de los hombres, descargando a las mujeres de la doble y triple jornada que la sociedad les impone y contribuyendo a equilibrar las relaciones de poder.
- También en diversos sectores es un criterio de género que puede resultar adecuado valorar las medidas de igualdad que la empresa aplicará a las personas que ejecuten las prestaciones objeto del contrato; relacionadas con éstas, habrá que considerar la pertinencia de los planes de igualdad de las empresas o de la exigencia de certificados o etiquetas relativas a los distintivos de igualdad que ya hemos mencionado en el apartado de este trabajo relativo a las especificaciones técnicas de los contratos.
- En contratos en los que es preciso desarrollar actuaciones, investigaciones, análisis de información o datos, o brindar formación o capacitación con perspectiva de género es indispensable valorar cómo las ofertas van a atender a esa perspectiva. Además, a nuestro juicio, en la medida en que la experiencia, organización y capacidad del

equipo de trabajo que realizará las actuaciones tenga un efecto determinante en la calidad de la prestación a desarrollar (y así se justifique en el expediente) podrá valorarse la experiencia y formación en materia de género de aquellas personas que tengan que integrar de forma transversal dicha perspectiva en el contrato.

- Si en determinados sectores los obstáculos que las mujeres encuentran para ser promocionadas internamente o acceder al empleo son encontrar el tiempo y los recursos para adquirir las capacidades y conocimientos necesarios, un criterio de adjudicación de género que podría considerarse a efectos de romper las segregación vertical y las barreras de acceso laboral puede ser las horas, horario y contenidos de formación en horario laboral brindada a quienes ejecuten los trabajos objeto del contrato, así como la priorización de las mujeres que componen el equipo en estas capacitaciones. Igualmente, se puede solicitar a las licitadoras que expliquen su estrategia de contratación y formación, faciliten descripciones de los puestos de aprendiz y describan las estructuras de apoyo que se pondrán en práctica, ... (Comisión Europea, 2021, p. 52)
- En contratos en los que la ejecución puede implicar un impacto en la reproducción de los roles o estereotipos de género o en que es preciso el uso de esta perspectiva por varias de las personas que ejecutarán las prestaciones, deberá ser posible valorar cuestiones como la formación específica adaptada a las labores del contrato que se brinde a dichas personas en el marco de la ejecución del contrato. Se podrá valorar en ese caso, el compromiso de brindar una formación o capacitación específica y adaptada a las funciones del contrato para el personal que ejecutará las mismas, así como el contenido, horas, horario y otros aspectos de la referida capacitación.
- En un contrato en el que es preciso el desarrollo de documentación o la publicación o difusión de mensajes o imágenes de manera continua y con carácter de inmediatez, como en aquellos servicios de gestión de redes sociales institucionales, podría valorarse no sólo la capacidad y conocimientos en materia de género de las personas que lo realicen a efectos de asegurar que no se usen lenguaje ni imágenes sexistas,¹⁸⁰ sino también la propuesta de las licitadoras en los sistemas de revisión y control que se establecerán para asegurar que las susodichas publicaciones se realizan de conformidad con criterios de género.

¹⁸⁰ A nuestro juicio la exigencia de no utilizar imágenes o lenguaje sexista debe configurarse como condición especial de ejecución de género, pero no como criterio, en cuanto supone una obligación en la forma en la que debe ser llevada a cabo la prestación; es decir, el objeto de dicha cláusula es que se cumpla en todo caso y sin condicionantes, y no valorar el grado en el que se propone cumplirla.

- En sectores feminizados con mucha fluctuación de personal y baja tasa de estabilidad pueden considerarse criterios de adjudicación aquellos que valoren el mantenimiento de las contrataciones existentes a la formalización del contrato durante todo el periodo de ejecución de éste, evalúen el porcentaje de personal fijo o indefinido que ejecutará la prestación o valoren compromisos de conversión de contratos temporales en otros estables.
- En la medida en que las mujeres están afectadas en mayor proporción que los hombres por el paro de larga duración, los criterios que valoran compromisos de contratación de personas en situación de desempleo de larga duración, definiendo qué se entiende por tales y eliminando toda referencia a cláusulas de arraigo, pueden ser adecuados para fomentar la empleabilidad de las mujeres y atajar su situación de precariedad social.
- Teniendo en cuenta que las mujeres han sido tradicionalmente incluidas como parte de lo que se considera grupos en situación de vulnerabilidad (Larrazabal Astigarraga, 2024, p. 27) y que son afectadas por otras condiciones de discriminación interseccional, puede formar parte de la estrategia de género de la Administración contratante promover la contratación de personas de grupos determinados grupos vulnerables o, por ejemplo, de personas con discapacidad, a través de criterios de adjudicación que ponderen el compromiso de las empresas de contratar a personas de estos grupos en el caso de que sean precisas nuevas contratación para la ejecución del contrato. Por supuesto, estas cláusulas sólo se volverán efectivas en la medida en que por las características del contrato sepamos que dichas contrataciones vayan a ser necesarias, por lo que no tendrán sentido en todo tipo de contratos.

Establecidos algunos posibles criterios de adjudicación de género, pasaremos en el siguiente apartado a analizar las controversias que parte de ellos han generado en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales y, en menor medida, en el orden jurisdiccional. Aquellos que no mencionamos no han sido recurridos hasta el momento en estos ámbitos por lo que parece que su aceptación es más pacífica.

Por último, debemos advertir que el análisis que desarrollamos a continuación no está ordenado en función de la cláusula concreta, sino en función de los requisitos que la doctrina ha considerado que ese concreto criterio conculca. Es decir, dichos criterios se utilizan, a manera de ejemplo práctico, en el desarrollo interpretativo que han realizado los órganos de recursos contractuales sobre los requisitos y límites de los criterios de

adjudicación en materia de igualdad. En todo caso, debemos precisar que, normalmente, cuando se anula un criterio al mismo se le suele achacar la vulneración de más de un sólo límite. Igualmente, en el **anexo V** se plantea un análisis en función del criterio que resume las posiciones expuestas en este apartado.

C.2. Aplicación de los requisitos y límites a los criterios de adjudicación de género

De todos los límites impuestos a los criterios de adjudicación en el marco de la contratación estratégica de género, si hay uno de especial conflictividad es la vinculación de dicho criterio con el objeto contractual. Sobre el cumplimiento de este requisito hay muchas y muy variadas opiniones interpretativas sobre las que se han posicionado parte de la doctrina experta en la materia, así como los distintos órganos y tribunales de recursos contractuales.

Sin embargo, antes de entrar a analizar este límite debemos, primeramente, hacer mención de la doctrina que al respecto de la introducción de criterios sociales desarrolló el TARC y que a los límites impuestos por la normativa añadía una nueva cuestión que debía ser analizada con anterioridad a la evaluación de dichos requisitos; es decir, que la cláusula social, en nuestro caso de género, fuera esencialmente un criterio de adjudicación, que tuviera los caracteres que como tal le corresponden.

C.2.1. Evaluación comparativa en términos de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato

Tras la entrada en vigor de la LCSP que transpone las directivas europeas en materia de contratación pública, y con objeto de los numerosos recursos sobre cláusulas sociales que empieza a recibir el TACRC, el tribunal comienza a esbozar una doctrina muy precisa sobre las características que debe cumplir una cláusula social para poder cumplir la función de criterio de adjudicación en un contrato.

La mencionada doctrina se desarrolla por completo en la RTACRC 235/2019, de 8 de marzo del mismo año, y ha sido reiterada en numerosas resoluciones posteriores hasta el año 2023 en el que se atisba un giro doctrinal como ya veremos más adelante. En todo caso, conviene conocer el punto de partida de la doctrina del TACRC para poder evaluar dicho cambio que abre más amplias y mejores perspectivas a los criterios de adjudicación en materia de igualdad.

En concreto, el TACRC resume su postura señalando que para evaluar si un criterio es ajustado a derecho hay que revisar que el mismo cumpla las siguientes cuestiones:

“1º. Que concurra en el criterio la cualidad necesaria exigida por la Directiva 2014/24 y la jurisprudencia comunitaria para poder operar como criterio de adjudicación, es decir, que realmente sea un criterio de adjudicación, y

2º. En caso de cumplirse el anterior requisito, que el criterio reúna las cuatro condiciones de la normativa europea (artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE) y de la Jurisprudencia del TJUE que en todo caso deben cumplir los criterios de adjudicación de un contrato público:

- a) Deben estar vinculados al objeto del contrato.
- b) Deben ser específicos y cuantificables objetivamente.
- c) Deben respetar el Derecho europeo, especialmente el principio de no discriminación, y como correlato, la libre prestación de servicios y de establecimiento.
- d) Deben publicarse previamente.” (RTACRC 235/2019, de 8 de marzo de 2019, FD 6º)

No hay nada novedoso sobre las cuestiones planteadas en el segundo apartado, pero si llama la atención la que el tribunal considera en primer lugar y que ha resultado en el rechazo persistente de numerosas cláusulas sociales y medioambientales a lo largo de estos años.

En efecto, el TACRC exige, como paso previo al análisis del cumplimiento de los requisitos exigidos por la LCSP, revisar que el criterio sea efectivamente un criterio de adjudicación. Sin embargo, así como las normas ofrecen una definición de qué debe considerarse especificación técnica, no lo hacen en cuanto a los criterios de adjudicación, por eso, el tribunal recurre a los considerandos de la Directiva 2014/24/UE que a la sazón señalan que los criterios de adjudicación, tanto económicos como de calidad deben:

“permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas” (considerando 92 Directiva 2014/24/UE).

Con base principalmente en este considerando, el órgano colegiado concluye que, para que un criterio de adjudicación sea tal, debe permitir evaluar el rendimiento de las ofertas con

respecto al objeto del contrato tal y como se define en las especificaciones técnicas, en tanto sólo así podrá tener como consecuencia una mejora de la calidad del producto, obra o servicio contratado. Esto se traduce en que, si bien la norma admite que los criterios de adjudicación pueden referirse a los distintos factores que afectan al bien o servicio en cualquiera de sus fases de vida, a juicio del tribunal, los mismos deben tener un impacto en el rendimiento del objeto contractual, de tal manera que sea evaluable si de su cumplimiento se deriva una mejor ejecución del contrato (una mayor calidad de la prestación) que, además, el TACRC interpreta en términos de rendimiento económico de la oferta. En definitiva, la medición del rendimiento de la oferta debe afectar a la calidad, así como al valor económico de la oferta (RTACRC 235/2019, de 8 de marzo de 2019).

A parte de complejizar aún más la introducción de criterios de adjudicación sobre igualdad de género, que de por sí ya era controvertida en cuanto a la interpretación de la vinculación con el objeto contractual, este desarrollo doctrinal parece limitar los factores que afectan a las distintas etapas del ciclo de vida de los bienes y productos, así como traducir en términos económicos la evaluación del rendimiento de un contrato. Es decir, todo aquello que no afecte al valor en términos económicos de la oferta no parece ser aceptable como criterio de adjudicación.

Este planteamiento doctrinal ha sido retomado por varios tribunales de recursos contractuales como el de Canarias y defendido por autores como Olmo López (2022, pp. 36-38) quien señala que las condiciones de ejecución constituyen una etapa más apropiada para la introducción de cláusulas sociales. En nuestra opinión, esta postura quedó superada con las SSTJUE que hemos mencionado en este trabajo y las directivas de 2014, así como su transposición en la LCSP, que reflejan otra punto de vista bien distinto sobre las posibilidades que los criterios de adjudicación ofrecen a la CPE.

En efecto, la postura del TACRC ha sido criticada por autores como Pernas García (2020), quien realiza un análisis, a nuestro parecer muy atinado, de dicha doctrina. En concreto, el autor indica que la doctrina del TACRC establece 3 cuestiones relativas al rendimiento:

- En primer lugar, acoge un concepto de rendimiento limitado. Pues el rendimiento en el marco de la UE tiene un sentido más amplio que la simple perspectiva economicista: puede ser también de tipo ambiental, social o innovador (Pernas García, 2020, p. 903). En concreto, en nuestro caso, el criterio podría referirse a un

rendimiento en materia de género que pueda determinar la oportunidad del criterio, en la medida en que valora que la realización de la prestación no tenga efectos discriminatorios en la vida de las mujeres que se ven afectadas por ella, bien como trabajadoras, bien como usuarias del bien o servicio, bien como destinatarias del mismo.

- En segundo lugar; señala Pernas García (2020, p. 904) que el hecho de que un criterio deba permitir evaluar de manera comparativa el rendimiento de las ofertas, no significa que dicho rendimiento a evaluar deba ser de tipo funcional u operativo. De hecho, ninguno de los criterios aceptados por el TJUE en las sentencias Concordia Bus Finland, Wienstrom o Comisión Europea vs. Reino de los Países Bajos evalúa las ofertas en términos de su rendimiento funcional u operativo, sino referidos a su rendimiento ambiental o social. Tampoco vincula el alto tribunal dichos criterios a la calidad de la oferta exigiendo únicamente su vinculación con el objeto contractual (Pernas García, 202, pp. 904-905).
- Tercero, que dicho rendimiento deba afectar a la calidad o a su valor económico. En primer lugar, cuestionamos que el rendimiento social o de género o ambiental no afecte a la calidad de la prestación. Por otra parte, no todos los criterios miden el rendimiento en términos económicos, en tanto, el criterio precio dejó de ser el único aceptable hace muchos años y se ha dado entrada a otro tipo de criterios, incluido el aspecto estético,¹⁸¹ que no suponen ventajas económicas para el poder adjudicador a efectos de determinar la mejor relación calidad-precio (Pernas García, 2020, p. 906).

En el mismo sentido, Burzaco Samper (2016) cuestiona que la única eficiencia a la que deban tender los contratos sea la económica señalando que, probablemente, sea este planteamiento, tan penetrado ya en el ámbito de la contratación, el que está impidiendo introducir las cláusulas sociales adecuadamente y obligando a los órganos de contratación a hacer malabares para encajar los criterios sociales en los requisitos que desde Europa (y sobre todo por parte de la Comisión) le vienen imponiendo desde hace tiempo:

“Desde este punto de vista, el cumplimiento de objetivos sociales a través de la contratación pública encuentra escollos que suelen sortearse con buenas palabras de escasa practicidad. Una suerte de cuadratura del círculo, donde se

¹⁸¹ Recordemos que, en la STJUE de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99 Concordia Bus Finland), se señala que no todos los criterios de adjudicación deben ser de naturaleza económica, como así se reconoce en la norma europea al aceptar expresamente como criterio las características estéticas de la oferta (ap. 55).

quiere incluir cláusulas sociales que, además, no enturbien el sacrosanto mercado y la libre competencia, única que, por lo que se ve, alcanza las cotas deseadas de eficiencia económica” (Burzaco Samper, 2016, p. 306).

Si bien estas apreciaciones de Burzaco Samper eran anteriores a la entrada en vigor de la LCSP, la interpretación doctrinal del TACRC parece responder a las mismas. Hay que recordar que la Comisión Europea buscó desde un primer momento la identificación de esa ventaja económica con la obligatoriedad de que el criterio tuviera carácter económico. Sin embargo, esta cuestión se ha ido superando con el paso del tiempo, a través de las sucesivas sentencias del TJUE que se han plasmado en las actuales directivas de contratación pública.

Sin embargo, la premisa de la que se partía, relacionada con las ventajas económicas va a ser un lastre en la construcción de la doctrina de numerosos tribunales de recursos contractuales en materia de criterios sociales y de igualdad de género.

En este sentido, Almodóvar Iñesta (2022, pp. 4-5) señala que de la interpretación conjunta del art. 67.3 Directiva 2014/24/UE y del considerando 92 de la misma es posible concluir, según la JCCPE, dos interpretaciones:

- La primera, en línea con lo que señala la doctrina del TACRC, y que obliga a que los criterios de adjudicación, para ser considerados como tales, permitan un análisis comparativo de las ofertas que permita evaluar la mejora del nivel de rendimiento del contrato con respecto al objeto del mismo tal y como se describe en el pliego de prescripciones técnicas.
- La segunda, menos restrictiva, implica que los criterios deberán suponer una mejora en el rendimiento o en la ejecución del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida. Aspectos esos que, señala la autora, pueden referirse a cuestiones sociales, laborales, medioambientales o de innovación (Almodóvar Iñesta, 2022, p. 5).

A favor de una interpretación no restrictiva del concepto de rendimiento aboga también Gordo Cano (2023, pp. 90-91) que la extiende al rendimiento social.

Concordamos en que debemos alejarnos de una interpretación limitada al rendimiento económico del contrato. A nuestro juicio, si bien es evidente que la Administración, como gestora de los recursos públicos debe buscar obtener bienes a precios competitivos,

también tiene que poder apreciar el ahorro de recursos y la eficiencia en el gasto público que supone poder evaluar en un contrato público el rendimiento social, medioambiental o de género de un contrato. En efecto, recordemos que el propio apartado tercero del art. 1 LCSP reconoce que dichos criterios suponen una mejor relación calidad-precio y una mejor y mayor eficiencia en el uso de los fondos públicos.

Más allá de que, como reflexiona Semple (2015, p. 3), los criterios sociales pueden suponer un retorno directo de beneficios a las autoridades públicas en términos de reducción de costes por uso de equipamiento eléctrico más eficiente; o vía tributaria, por el incremento en los salarios a las personas trabajadoras; o incluso la reducción de costes por disminución de la demanda de asistencia social. Sobre las consideraciones a los costes indirectos que acarrearán los problemas sociales no atendidos o el coste de no hacer nada también se pronuncia la Comisión Europea (2021, p. 17).

Por tanto, en la medida en que es un beneficio para el poder adjudicador que los servicios y bienes se realicen conforme a consideraciones de la política de igualdad, podemos decir que las mismas afectan al rendimiento del contrato. Para ello, es fundamental comenzar a entender los contratos en términos de eficiencia social o de género.

En la práctica, esta doctrina del TACRC añade un requisito extra a los impuestos por la jurisprudencia y las normas europeas que supone un obstáculo importante a la introducción de criterios de adjudicación de carácter estratégico. De hecho, han sido rechazados, por no cumplir con este requisito, todo tipo de criterios de género como las mejoras de las condiciones laborales, incluidas las medidas de conciliación. En este sentido, debemos recordar que, como indica Pernas García (2020) forma parte de la libre elección del órgano de contratación la determinación de los parámetros que le permitirán identificar la oferta económicamente más ventajosa, debiéndose limitar los tribunales a “un mero control de legalidad, la adecuación de los criterios seleccionados a los principios generales de aplicación, pero no restringir las posibilidades previstas por el legislador y la jurisprudencia del TJUE para el uso estratégico de la contratación pública” (pp. 908-909).

C.2.2. La compleja vinculación con el objeto contractual

Como ya habíamos adelantado, la vinculación con el objeto contractual de los criterios de adjudicación es el aspecto más debatido a nivel académico y doctrinal, porque si bien el

art. 1.3. LCSP establece un mandato para atender al carácter estratégico de la contratación, en el mismo se determina el límite de interpretación más complejo que se impone a las cláusulas especiales: la vinculación con el objeto contractual.

Así, la ausencia de dicha vinculación no sólo es una de las principales causas de anulación de dichos criterios, sino que ha dado pie a interpretaciones muy dispares entre los distintos tribunales de recursos contractuales (Olmo López, 2022, p. 84). La OIRESCON (2022, p. 55) deja patente esa dificultad de interpretar cuándo existe relación con el objeto del contrato poniendo de relieve las contradicciones existentes sobre el mismo criterio entre resoluciones de uno y otro tribunal de recursos contractuales.

Hay que considerar que la interpretación de la vinculación con el objeto contractual de los criterios de adjudicación del contrato ha sido una cuestión debatida que se ha ido flexibilizando con el devenir histórico de la contratación estratégica. El hito más importante tuvo lugar con la STJUE de 2012 en el asunto C-368/10 Comisión vs. Reino de los Países Bajos. En la misma, el alto tribunal decide que es posible establecer criterios de adjudicación referidos a las características del proceso de producción de los ingredientes de los productos a suministrar en el marco del contrato, sin que sea necesario que dichos criterios se refieran ni a las personas usuarias de esos suministros (Gallego Córcoles, 2017b, pp. 91-92), ni a una característica intrínseca del producto. Dicha doctrina se consolidó en la Directiva 2014/24/UE (Gallego Córcoles, 2017b, p. 94) y, posteriormente, en el art. 145 de la LCSP.

El debate sobre la flexibilización de la exigencia de vínculo con el objeto contractual se inicia en el seno de la UE hace años, con la publicación del *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado de la contratación pública más eficiente* (COM (2011) 15 final) en el que se señalan tres ventajas de no flexibilizar la relación con el objeto contractual, si bien, también es verdad que, como señala Burzaco Samper (2016, p. 304), este documento confiesa que eliminar dicha vinculación permitiría avanzar en la materialización de los objetivos políticos de Europa 2020. En todo caso, los motivos para no flexibilizar esta exigencia son los siguientes:

- esta vinculación garantiza que la compra sigue siendo central en el procedimiento, es decir, que se obtendrá la mejor oferta mediante un uso eficiente del presupuesto público;

- la ausencia o flexibilización de esta relación puede implicar discriminar a determinadas operadoras de los Estados miembros, en concreto a las PYMES, por las dificultades que puede suponerles el cumplimiento de estos requisitos.
- finalmente, la falta de relación puede impedir la innovación en la contratación pública, en la medida en que la misma no se centraría en las características de los productos, sino de las operadoras económicas.

Semple (2015, pp. 10-12) cuestiona cada uno de estos argumentos a efectos de plantear las ventajas de la flexibilización del mencionado vínculo; en concreto, señala que:

- el primero de los motivos, no parece tomar en cuenta que todos los criterios de adjudicación no tienen que ser de carácter económico;
- en el segundo caso, la autora opina que los criterios suelen ser menos complejos y de más fácil acceso para las PYMES cuando no se aplican únicamente a un contrato concreto, sino que se refieren a la responsabilidad corporativa. Por ejemplo, es más fácil obtener una etiqueta empresarial que se refiera al conjunto de la empresa, que obtenerla producto por producto.
- en tercer lugar, subraya que la dificultad principal en los contratos de innovación suele ser que el bien que se quiere lograr todavía no existe en el mercado, por lo que tendría sentido seleccionar a las empresas con base en la experiencia en campos relacionados con el objeto del contrato, pero no en el del contrato mismo.

Además, la misma autora (Semple, 2015, pp. 13-15) añade tres motivos para no estrechar el vínculo de las cláusulas contractuales con el objeto del contrato:

- en primer lugar, que esa tensión puede minar los esfuerzos de las autoridades que pretenden introducir consideraciones medioambientales y sociales.
- en segundo lugar, que contradice los esfuerzos por reducir la carga de las operadoras en la etapa previa a la adjudicación, puesto que puede implicar el traslado de la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales desde los criterios de adjudicación a los criterios de selección¹⁸² (últimos estos, que sí tienen carácter subjetivo).
- por último, una interpretación estricta de la relación con el objeto contractual tiene más probabilidades de generar una fragmentación del mercado pervirtiendo la adecuada localización de recursos, en la medida en que las empresas insistirán en

¹⁸² Recordemos que los primeros valoran, pero los segundos excluyen directamente del proceso de adjudicación.

invertir en el etiquetado de sus productos y no en una actuación general de la empresa que se adapte, en todos sus aspectos, a criterios de sostenibilidad.

Finalmente, Semple (2015, p. 17) señala que no se puede confundir el establecimiento de requerimientos o valoraciones de carácter social con las normas de regulación del mercado, pues aquellas operadoras económicas que no cumplen los requerimientos de una licitación pueden seguir operando en el mercado. Es decir, los contratos pueden moldear el mercado promoviendo que las operadoras económicas adopten determinados comportamientos, pero no existe el riesgo de establecer regulaciones paralelas a las establecidas en las normas que obliguen a todas las operadoras a actuar de una determinada forma. En efecto, las empresas que decidan no adaptar sus comportamientos podrán seguir operando en el mercado sin ningún problema.

Fuera de este debate y en el marco de la regulación actual se pronuncia Medina Arnáiz (2011, p. 85) quien propone flexibilizar el vínculo con el objeto contractual a través de un análisis caso por caso y garantizando el principio de competencia. Si bien la autora subraya que, en su opinión, eliminar por completo ese vínculo en la fase de adjudicación podría traer como consecuencia que la elección de la mejor oferta se realice con base en razones de política corporativa y no con el objeto de obtener el mejor bien o servicio.

Por otra parte, Gimeno Feliú (2022, p. 3) opina que es preciso integrar requisitos sociales y medioambientales en los contratos públicos flexibilizando una interpretación rígida de la vinculación de los mismos con el objeto del contrato, sin incurrir en discriminación (Gimeno Feliú, 2022, p. 3) y excluyéndose los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, obras o servicios, como aquellos relacionados con la responsabilidad social corporativa que se refieren a toda la actividad de la empresa contratista (Gimeno Feliú, 2013, p. 53)

En este último sentido, una interpretación más sencilla de la relación con el objeto del contrato de los criterios de adjudicación la ofrece el EIGE et al. (2022, p. 60) que indica que dicha vinculación implica que el criterio no puede referirse a la política empresarial, sino a las obras, suministros o servicios que se quieren contratar, en cualquier momento de su ciclo de vida. Por lo que, es posible considerar criterios de adjudicación relativos a las condiciones de contratación del personal que realizará los trabajos objeto del contrato, pero no las relativas a toda la plantilla de la empresa.

En todo caso, las interpretaciones de los tribunales de recursos contractuales en la materia han sido diversas. Gallego Córcoles (2017c, pp. 3-6) señala tres cuestiones por las que los diferentes órganos han estimado que un criterio de adjudicación no está relacionado con el objeto del contrato:

- Porque dicho criterio está vinculado con características propias de las empresas: por ejemplo, los criterios que pretenden evaluar características relacionadas con la plantilla total de la empresa (RTACRC 394/2015, de 24 de abril de 2015) o el compromiso de una determinada empresa con diversas cuestiones como la economía social (RTARCJA 46/2016, de 18 de febrero de 2016) o la firma de acuerdos o pactos de organizaciones internacionales (RTACRC 408/2017, de 5 de mayo de 2017).
- Porque el criterio no repercute en la calidad de la prestación.
- Porque se inmiscuye en la política empresarial de la empresa.

Pasaremos ahora a revisar varios de los aspectos señalados por esta autora, mediante el análisis de recursos e informes sobre criterios de adjudicación de género, con el objeto de profundizar en la comprensión de la vinculación de un criterio con el objeto contractual.

C.2.1.1. Características subjetivas y política de responsabilidad corporativa

Como ya hemos ido esbozando, dos de los motivos por los que se ha rechazado que un criterio de adjudicación esté relacionado con el objeto contractual son, precisamente, que se refiera a aspectos subjetivos y que el criterio valore cuestiones relativas a la política de responsabilidad corporativa de la empresa.

El primero de los aspectos señalados deviene de la ya explicada distinción que en el procedimiento contractual se hace entre criterios subjetivos, es decir, referidos a los sujetos del procedimiento contractual, las empresas que realizan las ofertas¹⁸³; y criterios objetivos o relativos al objeto del procedimiento: la prestación, producto u obra que se pretende adquirir.

Tal y como hemos señalado, los criterios relativos a características subjetivas han sido tradicionalmente considerados aspectos de la solvencia económica y financiera de la empresa o de su solvencia técnica y profesional. Mientras, los criterios objetivos, referidos

¹⁸³ Carácter subjetivo que no es óbice para que a los criterios de selección se les exija que estén vinculados con el objeto del contrato.

a la oferta para ese concreto contrato, se enmarcan en los criterios conforme a los que se valora y, posteriormente, se adjudica un contrato. Así, el TJUE (STJUE de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99, Concordia Bus Finland) estableció una distinción clara entre criterios de selección y criterios de adjudicación. Igualmente, en la Sentencia del Tribunal General de la UE de 19 de septiembre de 2013, Comisión vs. España (T-402/06, ECLI:EU:T:2013:445) se afirma claramente que dichos criterios de adjudicación deben ser objetivos y no subjetivos.

Esta separación, sin embargo, se ha flexibilizado con el tiempo, en tanto, en la actualidad se admite (como ya hemos explicado) la valoración de determinados aspectos del equipo de trabajo que llevará a cabo la prestación cuando la calidad de ese personal tenga efectos sobre el rendimiento del contrato, cuestión que deberá justificarse debidamente en el expediente. Igualmente, recuerda Semple (2015, p. 6) que en la Directiva 2014/24/UE se acepta como criterio de selección las medidas de gestión de la cadena de suministro que una operadora podrá aplicar a los productos que se adquirirán, criterio que tiene un carácter eminentemente objetivo.¹⁸⁴

Por otra parte, y en relación con el segundo aspecto señalado, la valoración de la política de responsabilidad empresarial (que englobamos en este apartado por su carácter subjetivo) se fundamenta en la Directiva 2014/24/UE que señala que

“[n]o obstante, la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa.” (considerando 97 Directiva 2014/24/UE).

Si bien esta decisión es cuestionable, en la medida en que, como señala Gallego Córcoles (2017b, pp. 101-105) el objeto de las consideraciones estratégicas es precisamente influir en dichas políticas empresariales, lo cierto es que, en la actualidad la prohibición de injerencia en la política empresarial es un límite claro al establecimiento de criterios de

¹⁸⁴ Ya hemos mencionado el carácter objetivo de este criterio de solvencia en el apartado sobre esa materia.

adjudicación que debe ser respetado en el marco de la contratación estratégica. Sin embargo, a nuestro juicio esto no implica que no puedan ser tomadas en cuenta dichas políticas, en tanto, como la propia Comisión Europea (2021, p. 52) señala, no es posible otorgar puntos a una licitadora porque cuente con una determinada política de responsabilidad empresarial; sin embargo, sí es posible considerar esa política a efectos de prueba del cumplimiento de un determinado criterio de carácter social.

De entre los criterios de adjudicación que se han encontrado con trabas a los dos aspectos mencionados destacan los distintivos o certificados de empresas en materia de igualdad, los planes de igualdad y los criterios que valoran porcentajes o número de mujeres en la plantilla de la empresa.

a) Distintivos de igualdad¹⁸⁵

Ya hemos descrito las características de los distintivos de igualdad existentes en España en el apartado sobre prescripciones técnicas de este trabajo, así como su cualidad de referirse a la empresa en su conjunto. Tienen, por tanto, carácter subjetivo y además responden a la adopción, por parte de la empresa de una determinada política corporativa en materia de igualdad que, normalmente, incluye la negociación y aplicación de un plan de igualdad o de medidas relativas a esta materia.

Los distintivos, al igual que otro tipo de certificados, se basan en características subjetivas por lo que han compartido respuestas en los tribunales y juntas asesoras de contratación pública. En este sentido se ha pronunciado la JCCPC quien ha señalado que no es posible exigir certificaciones referidas a la empresa sino a los productos que se quieren adquirir. Los criterios deben hacer referencia a las características de las ofertas y no a las de las empresas o establecimientos (Informe de la JCCPC 5/2015, de 27 de abril de 2015).

La exigencia de los distintivos de igualdad viene siendo rechazada de manera persistente por los órganos y tribunales de recursos contractuales en nuestro país, principalmente por

¹⁸⁵ Si bien la denominación de este tipo de certificados varía en función de la comunidad autónoma, hemos optado aquí por el término utilizado por el Estado. Con el mismo nos referimos a todos los certificados en materia de igualdad que se emiten por las distintas entidades públicas y a los privados que hemos mencionado y que comparten, con los primeros, características. En este último supuesto, además de todo lo expuesto aquí habrá que tener en cuenta en cada caso que la emisión de dicho certificado cumpla los requisitos establecidos en la LCSP para las etiquetas.

el TACRC. Así de la doctrina de este tribunal podemos concluir los siguientes motivos de rechazo de los distintivos de igualdad:

- Según este tribunal la etiqueta es una "cualidad genérica de la empresa" (RTACRC 388/2019, de 17 de abril de 2019, FD 7º), se refiere a la empresa en su conjunto (RTACRC 456/2019, de 30 de abril de 2019) e infringe el art. 145 LCSP precisamente por referirse a una cualidad subjetiva de la empresa (RTACRC 972/2018, de 26 de octubre de 2018).¹⁸⁶
- También es una infracción al art. 145 LCSP que la exigencia del distintivo contemple genéricamente a todo el personal de la empresa licitadora (RTACRC 972/2018, de 26 de octubre de 2018).
- Se considera doctrina reiterada del TACRC la improcedencia de recurrir a certificados como criterios de adjudicación (RTACRC 456/2019, de 30 de abril de 2019), si bien esta doctrina, como veremos ha variado.
- Ni siquiera considerando el concepto de etapa del ciclo de vida desde una perspectiva amplia es posible entender que el distintivo de igualdad se refiere a alguna de ellas y que, por tanto, forma parte de la prestación aún al margen de la sustancia material de la misma (RTACRC 388/2019, de 17 de abril de 2019).

Por otra parte, el OARC/KEAO también ha rechazado el uso de distintivos de igualdad como criterio de adjudicación. En su ROARC/KEAO 27/2022, de 8 de febrero de 2022, se recurre un criterio de adjudicación automático que otorga 3 puntos a quienes posean el distintivo de EMAKUNDE de entidad colaboradora para la igualdad de mujeres y hombres o equivalente. El órgano considera que no es conforme a derecho por tratarse de una característica de la empresa relativa a su política de igualdad no a su oferta en cualquier etapa de su ciclo de vida; es decir no determina la oferta más beneficiosa porque no se refiere al proceso de prestación del servicio. El OARC/KEAO fundamenta esta decisión en el considerando 97 de la Directiva 2014/24/UE y se remite a lo ya dispuesto con respecto

¹⁸⁶ Pensemos que también ha sido rechazada bajo la premisa de su carácter subjetivo o de referirse a la política de responsabilidad corporativa otras consideraciones sociales como la firma de pactos internacionales relativos a la responsabilidad social corporativa en diversas materias (RTACRC 408/2017, de 5 de mayo de 2017), la posesión de otros certificados de responsabilidad social en atención a lo dispuesto en el considerando 97 Directiva 2014/24/UE (ROARC/KEAO 143/2021, de 15 de septiembre de 2021), la forma jurídica societaria que premia a cooperativas de determinadas características (RTCCSP 340/2019, de 7 de noviembre de 2019 o 46/2016 de 18 de febrero de 2016); a empresas sin ánimo de lucro o de inserción (RTACPG 200/2022, de 7 de noviembre de 2022) o a microempresas (ATACPN 28/2021, de 16 de marzo de 2021).

a los planes de igualdad en su anterior resolución ROARC/KEAO 186/2018 (de 27 de diciembre de 2018) que luego veremos.

El TCCSP, en un recurso contra un criterio de adjudicación que valora la tenencia del distintivo de igualdad catalán o estatal u otro equivalente, rechaza la cláusula por falta de justificación en el expediente de la procedencia de establecer una cláusula de igualdad en el contrato, así como ausencia de referencia a por qué la misma debe ser un criterio de adjudicación, o cómo mejora la prestación. Igualmente, señala que no se ha establecido la posibilidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos que justifiquen la obtención de los certificados señalados por otros medios (RTCCSP 240/2023, de 13 de abril de 2023).

En cuanto al tribunal gallego, éste rechaza el distintivo gallego de igualdad como criterio de adjudicación, así como la certificación de empresa familiarmente responsable; por un lado, porque la formulación de los criterios es incorrecta en tanto se valora la posesión de los mismos y no se usan como medios de prueba del cumplimiento de determinados requisitos; por otro, porque se refieren a la totalidad de la plantilla y no al personal que ejecutará la prestación, con lo que en ese sentido no estarían vinculados al objeto del contrato. Igualmente, el tribunal gallego señala la ausencia de la debida justificación en el expediente (RRTACPG 24/2022, de 28 de enero de 2022 y 160/2022, de 2 de septiembre de 2022).

Queremos retomar aquí las reflexiones que realizaba Semple (2015) cuestionando que mantener la vinculación con el objeto contractual sobre la base de excluir etiquetas y certificados relativos a las empresas tenga sentido, en la medida en que la obtención de etiquetas globales de la empresa puede ser más fácil para aquellas empresas de pequeño tamaño que obligarles a certificar cada uno de sus productos. A esto habría que añadir que se ve cierta contradicción entre este límite impuesto por la directiva y el hecho de que se acepten criterios relativos a etiquetas de comercio justo. En efecto, un sello de comercio justo exige entre otras cuestiones una relación de largo plazo con las productoras (Semple, 2015, p. 8), cuestión que va más allá de la simple oferta y parece entrar directamente en el terreno de la política empresarial. Sin duda, esta referencia es fruto de la tensión constante a nivel europeo entre quienes privilegian la consecución de objetivos de mercado único y quienes consideran necesario el uso estratégico de la contratación (Sarter, 2015, p. 63).

En todo caso, con base en la opinión de la Comisión (2021, p. 52) ha decidido resolver esa tensión asegurando la imposibilidad de exigir tener una determinada política de igualdad como criterio de adjudicación, pero aceptando que la misma sirva para acreditar el compromiso que las licitadoras asumen a efectos de cumplimiento de un determinado criterio de adjudicación.

En este sentido, consideramos que los distintivos de igualdad no deben ser desterrados de los procedimientos de contratación y es que tienen, sin duda, un gran potencial a efectos de acreditación de compromisos estratégicos en materia de igualdad. Sin embargo, la redacción de los criterios conforme a los que se exijan deberá adecuarse a la normativa. A nuestro juicio bastaría, entonces, con que las medidas exigidas cumplan dos requisitos:

- se refieran a la plantilla que ejecutará la prestación objeto del contrato.
- no se exija estar en posesión del distintivo, sino que el mismo se utilice como medio de acreditación del compromiso de la licitadora de adoptar determinadas medidas de igualdad.¹⁸⁷
- se respeten los requisitos que en la LCSP se exige al uso de certificados y etiquetas.

Hay que subrayar que, recientemente el TACRC ha cambiado su parecer doctrinal en cuanto a la validez de etiquetas o certificados como criterios de adjudicación, lo cual ha incluido una revisión de la valoración de los distintivos de igualdad. Fruto de este cambio podemos citar su resolución 947/2023, de 20 de julio de 2023, que entiende que es conforme a derecho la exigencia de los mencionados distintivos.

En el caso, se establece un criterio de adjudicación que valora con 2 puntos contar con el distintivo de igualdad estatal o la marca de excelencia para empresas con igualdad en un contrato de servicios de atención domiciliaria. Con cita de sus RRTACRC 268/2023, de 3

¹⁸⁷ Hay que recordar, en este sentido, que siguiendo la línea interpretativa europea el TACPC consideró que se puede valorar el compromiso de la empresa de que en la ejecución del contrato aplicará unos determinados estándares de calidad, o gestión y admitir los certificados como acreditación, pero no se puede valorar la posesión de los mismos (RTACPC 7/2020, de 13 de enero de 2020).

de marzo de 2023,¹⁸⁸ y 1283/2021, de 29 de septiembre de 2021,¹⁸⁹ en las que el tribunal reconoce que matiza su postura sobre la exigencia de certificados como criterio de adjudicación y en la línea seguida por las normas europeas, el tribunal señala que es posible solicitar certificados de carácter social que acrediten que la licitadora observa estándares o buenas prácticas generalmente aceptados cuando los mismos estén vinculados al objeto del contrato. Para ello los certificados deberán cumplir dos condiciones:

- que estén vinculados con el objeto del contrato de conformidad con el art. 145.6 LCSP, es decir, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, dicha vinculación deberá motivarse en el expediente.
- y permitan medir el rendimiento de la oferta respecto del objeto del contrato, resultando que resulte adjudicataria aquella licitadora que presentó la mejor oferta calidad-precio.

Indicado esto, el tribunal revisa los requisitos establecidos para la obtención de los distintivos solicitados, señalando que exigen haber adoptado medidas de igualdad, o plan de igualdad, protocolos frente a la violencia sexual o medidas de conciliación; y concluye que estos distintivos se refieren a una cualidad subjetiva de la empresa, pero que la misma tiene impacto en las condiciones laborales de las personas trabajadoras que ejecutarán la prestación, por lo que por esta vía es posible establecer una vinculación con el objeto del contrato de esta exigencia.

El tribunal considera pertinente en este sentido la motivación que esgrime el órgano de contratación en el expediente. En efecto, la administración contratante señala que pretende transformar las políticas del sector cuidados a través de una relación de calidad entre profesionales cuidadoras y personas beneficiarias. Para ello, considera que la inclusión de la perspectiva de género en el contrato es garantía de calidad en la medida en que implica

¹⁸⁸ En este caso se aceptan dos certificados: uno medioambiental, que se estima vinculado con el objeto del contrato en tanto asegura el uso energético eficiente de la maquinaria precisa para ejecutar la labor de limpieza contratada; y otro de prevención de riesgos laborales, cuya vinculación con el objeto se acepta en tanto el personal que realiza labores de limpieza debe trabajar con maquinaria pesada y atender brotes de Legionella con lo que el sistema ofrece protección para el personal trabajador, así como para las personas usuarias del establecimiento (el certificado de prevención de riesgos es el mismo certificado que se rechaza en la RTACRC 1283/2021, de 29 de septiembre de 2021).

¹⁸⁹ En esta resolución el tribunal acepta un certificado medioambiental por entender que se refiere al control de aspectos ambientales y la gestión de residuos de la prestación objeto del contrato. Sin embargo, no se entiende que exista la vinculación de los criterios exigidos mediante certificaciones de prevención e innovación al señalar que están por encima de los legalmente establecidos y no afectan a los medios materiales o personales que la empresa pondrá a disposición del servicio sino a la empresa en sí misma.

atender cuestiones relativas a la conciliación, la prevención de riesgos laborales o del acoso por razón de sexo en un sector que, subraya, está marcadamente feminizado.

El órgano colegiado apunta que en el contrato se pretende la mejor adecuación a la situación de las personas beneficiarias, para lo cual se fijan horarios flexibles o cerrados, se tienen en cuenta las características de las personas beneficiarias, se pide procurar la permanencia del personal de atención en los domicilios. Por todo ello, el tribunal concluye que:

"En función de lo expuesto, se entiende suficientemente justificado y vinculado con el objeto de este contrato el criterio de adjudicación relativo al distintivo de igualdad en la empresa o la marca asturiana de igualdad. Le asiste la razón al órgano de contratación en que el sector de cuidados personales en el marco de atención a la dependencia es un sector altamente feminizado. Por ello, el distintivo o la marca en cuestión acreditan por parte de la empresa una gestión de los riesgos laborales o de las situaciones de acoso sexual que puedan darse en ejecución del contrato, dirigidas a impedir que dichos riesgos o situaciones se produzcan, protegiendo tanto al trabajador como al destinatario del servicio, favoreciéndose con ello la correcta prestación del servicio" (RTACRC 947/2023, de 20 de julio de 2023, FD 5º).

Por tanto, parece que el tribunal asume que, a pesar de que el distintivo se refiere a una característica de la empresa, el mismo está vinculado con el objeto contractual, en tanto su posesión afecta a las condiciones de las personas trabajadoras que realizarán la prestación. En la medida en que estas condiciones afectan a la plantilla que ejecutará el contrato y, también a la relación de ésta con las personas beneficiarias o usuarias de la prestación a realizar se concluye que la exigencia de dicho distintivo está relacionada con el objeto contractual. Sin duda, este es un salto interpretativo importante, que junto con otros dados por el TACRC parecen estar dejando atrás la doctrina que limitaba los criterios de adjudicación a aquellos que evaluaran el rendimiento económico de las distintas ofertas.

Otra cuestión interesante a tener en cuenta es que el TACRC no exige que este distintivo sea un medio de prueba de la adopción de determinadas medidas; sino que acepta la valoración de la posesión del mismo.

b) Planes de igualdad

Más debate existe en cuanto a la configuración de los planes de igualdad como criterio de adjudicación, los cuáles, ya desde antes de la entrada en vigor de la LCSP han sido objeto de numerosos recursos contractuales. En este caso, hay que empezar subrayando que la propia LCSP reconoce los planes de igualdad como posible criterio de adjudicación (art. 145.2 LCSP), por lo que tendría sentido pensar que esta materia debería ser pacífica. Sin embargo, como decimos, ha resultado ser todo lo contrario.

En efecto, en la doctrina de los tribunales de recursos contractuales se le han achacado a los planes de igualdad los siguientes inconvenientes:

- se refieren a la empresa en su conjunto; es decir, es una característica de la empresa, no del bien, obra o servicio que se quiere contratar (RRTACRC 660/2018, de 6 de julio de 2018, 1727/2021, de 2 de diciembre de 2021 y RCJAE 14/2022, de 17 de febrero de 2022). Si bien en alguna ocasión se ha considerado posible valorar los planes de igualdad que se apliquen al personal que ejecutará la prestación y no aquellos referidos a la plantilla total de la empresa (RTACRC 742/2018, de 31 de julio de 2018).
- cuando se exige la tenencia de dicho plan previamente a la formalización del contrato, se contraviene el art. 145.2.1º LCSP que, si bien expresamente señala como posible criterio de adjudicación los planes de igualdad se refiere a los que se vayan a aplicar en la ejecución del contrato (RRTACRC 660/2018, de 6 de julio de 2018 y 262/2020, de 20 de febrero de 2020). En este sentido, se insiste en que los planes de igualdad admitidos no son los de empresa, sino aquellos aplicables a la ejecución del contrato (ROARC/KEAO 186/2018, de 27 de diciembre de 2018).
- Le es de aplicación el considerando 97 Directiva 2014/24/UE el cual señala que la relación con el objeto contractual excluye aquellos criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa (ROARC/KEAO 186/2018, de 27 de diciembre de 2018); los planes de igualdad forman parte de la responsabilidad social corporativa de las empresas según interpretación del Parlamento Europeo en su resolución de 13 de marzo de 2007, sobre responsabilidad social de las empresas (RTACRC 660/2018, de 6 de julio de 2018).
- Teniendo en cuenta que unas empresas están obligadas a contar con un plan de igualdad y otras no, la exigencia de éste como criterio de adjudicación, puede producir un efecto discriminatorio para las pequeñas y medianas empresas que no

tienen la obligación de tener plan (RRTACRC 660/2018, de 6 de julio de 2018 y 1727/2021, de 2 de diciembre de 2021). Esta percepción de su carácter discriminatorio se ha producido incluso cuando el órgano de contratación ha alegado que calculaba que era preciso un mínimo de 80 personas para ejecutar el contrato y que la obligatoriedad de contar con un plan de igualdad afectaba ya a empresas de 50 o más personas en plantilla. El tribunal insiste en que, a pesar del cálculo, no se ha establecido un mínimo de personas a adscribir en el contrato por lo que no corresponde considerarlo (RRTACRC 719/2019, de 27 de junio de 2019 y 1367/2021, de 14 de octubre de 2021).¹⁹⁰

- No se justifica en el expediente la vinculación con el objeto contractual del criterio exigido (ROARC/KEAO 186/2018, de 27 de diciembre de 2018).

Sin embargo, en un criterio que valora la presentación de un plan de igualdad específico que la licitadora se compromete a aplicar a la ejecución del contrato el TACPM apreció que existía identidad de razón suficiente con la STJUE dictada en el asunto C-368/10 (Comisión Europea vs. Reino de los Países Bajos), por lo que a la procedencia del comercio justo de los productos se refiere. Señala, además que en contratos como el que se revisaba, servicios de limpieza, las condiciones del personal que ejecuta la prestación son determinantes de la calidad de la prestación por lo que tienen claramente repercusión en la misma. Por último, subraya el carácter público y no discriminatorio de dicho criterio (RTACPM 150/2017, de 10 de mayo de 2017).

Por tanto, parece que no es posible valorar contar con un plan de igualdad como criterio de adjudicación en la medida que es discriminatorio para empresas que no tiene obligación de tenerlo, se refiere a una característica de la empresa y es una cuestión que atañe a la responsabilidad social de la empresa. Sin embargo, se ve como factible valorar el compromiso de aplicar un plan específico de igualdad al personal que ejecutará el contrato, y durante su ejecución. De esta manera, quedaría solventado el reparo relativo a la subjetividad del criterio.

Por otra parte, y en cuanto a su cualidad de pertenecer a la responsabilidad corporativa hay que recordar que, si no fuera exigible como criterio de adjudicación tal plan, esto no obsta para que el mismo pueda admitirse como medio de acreditación del compromiso de la

¹⁹⁰ En este último caso hay que considerar que en ese momento no se había reformado el artículo de la LCSP relativo a la prohibición de contratar por no tener plan de igualdad, disminuyendo de 250 a 50 personas trabajadoras el límite de esta causa.

empresa en el cumplimiento de medidas específicas en materia de igualdad aplicables a la plantilla que ejecutará el contrato, siguiendo los lineamientos establecidos por la Comisión Europea (2021, p. 52) en su guía de 2021.

En todo caso, no debemos olvidar que la elección de un criterio de estas características debe ser fruto de una meditada decisión en el marco de la contratación estratégica de género. Es más, la misma debería empezar por valorar si en el sector que nos encontramos el tamaño de las empresas suele superar las 50 personas en plantilla, en tanto, si así fuera, corresponde exigir la tenencia de ese plan vía prohibición de contratar. Quien lo cumpla será apta para licitar, quien no lo cumpla no podrá hacerlo.

En definitiva, sólo en el caso de que exista una certeza de que todas las empresas que concurrirán no están obligadas a tener plan de igualdad pareciera alcanzar sentido el moldear, mediante un criterio de estas características, los comportamientos de las operadoras económicas. Por lo que, a nuestro juicio podría ser más estratégico valorar determinadas medidas para la igualdad de mujeres y hombres que puedan adoptarse durante la ejecución del contrato y que a efectos de política pública interesa promover.

Por último, conviene no olvidar la relevancia de justificar el criterio de adjudicación en el expediente.

c) Fomento de la contratación de mujeres

Otro criterio que ha sido consistentemente rechazado en los tribunales es el que valora el número o porcentaje de mujeres en plantilla. Como hemos señalado, un criterio de estas características cobra sentido en la medida en que el sector en el que se aplica está masculinizado y, por tanto, las mujeres encuentran obstáculos persistentes para poder acceder al mismo o cuando lo consiguen se encuentran con obstáculos tales que las expulsan continuamente de dicho mercado laboral o les aplican cargas gravosas para poder promocionarse. Si bien estas dos últimas cuestiones pueden ser atajadas igualmente por otro tipo de criterios de adjudicación que revisaremos.

Algunas voces señalan que es viable la valoración de las empresas que superen el porcentaje de contratación de mujeres en un sector de actividad en el que estén subrepresentadas o la exigencia de un porcentaje determinado de mujeres en la plantilla en aquellos contratos en los que se requiera la utilización de recursos humanos y siempre que

consten en los pliegos y se vinculen a la obtención de una mejor calidad de la prestación (Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya, 2017, p. 16).

Sin embargo, Medina Arnáiz (2010, p. 5) precisa que, según la Sentencia 535/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (TSJE), una cláusula que considera el porcentaje de personal femenino fijo en el total de la empresa se refiere a una característica subjetiva de la empresa; por tanto, no puede ser considerada como criterio de adjudicación, por no vincularse con el objeto contractual.

En el mismo sentido, la Comisión Europea (2021, p. 37) señala que no están vinculados con el objeto contractual los requisitos que exigen que las licitadoras cuenten con etiquetas en todos sus productos (no sólo los que se pretenden comprar) o contraten a personal en situación de exclusión en todas sus operaciones (no sólo para el contrato en cuestión).

Por tanto, debemos concluir que se pierde el carácter subjetivo del criterio en la medida en que el mismo se refiera a las personas trabajadoras que vayan a realizar la prestación y no a la plantilla de la empresa (RTACRC 130/2011, de 27 de abril de 2018, citada por Gimeno Feliú, 2017, p. 260). Así, Sarter (2015, pp.73-74) señala que si bien no es posible considerar si una empresa tiene establecidas cuotas de género o consideraciones relativas a la promoción preferente de mujeres, sí entra en el marco de la legalidad estipular cuotas entre las personas directamente relacionadas en la ejecución del contrato público.

En esta materia, las resoluciones de los tribunales de recursos contractuales han sido muy variadas.

En primer lugar, el TACRC, sobre un criterio que valoraba la existencia de un mínimo de 50% de mujeres en la plantilla de la empresa, resolvió que, en la medida en que el criterio se refiere a la empresa en general no está vinculado con el objeto del contrato; además, el tribunal critica que el criterio en sí mismo carece de objetivo estratégico porque la mayoría de las trabajadoras de ayuda a domicilio son mujeres, por lo que el criterio, más que promover la igualdad, genera desigualdad y tiene un resultado contrario al pretendido (RTACRC 660/2018 de 6 de julio de 2018).

Aunque esto nos hubiera podido llevar a concluir que el tribunal acepta dicho criterio en tanto se limite la valoración a las personas que ejecutarán la prestación; la realidad es que, posteriormente, el mismo tribunal aplicó su doctrina de la evaluación en términos de

rendimiento con respecto al objeto del contrato a un criterio que otorgaba 4 puntos a la empresa que se comprometiera a asignar a la coordinación y/o gestión del contrato a mujeres en puestos de responsabilidad (directivas, técnicas, encargadas, inspectoras, responsables de supervisión y/o del contrato, etc.). En esta resolución el órgano colegiado concluye la ausencia de vinculación con el objeto del contrato de dicho criterio (RTACRC 480/2021, de 30 de abril de 2021).

También aplica dicha doctrina en su resolución 378/2019, de 11 de abril de 2019. En efecto, se rechaza, primeramente, un criterio que premiaba a la licitadora que se comprometiera a contratar a más mujeres en puestos de responsabilidad. El tribunal considera que este criterio no afecta al rendimiento de la oferta, además no está vinculado con el objeto del contrato, pues no afecta a la prestación ni a ninguna etapa de su ciclo de vida. Finalmente, aplica las mismas conclusiones a otro criterio que valoraba el compromiso de las licitadoras de contratar a personas con discapacidad, personas desfavorecidas o en situación de vulnerabilidad, en el caso de que fueran precisas nuevas contrataciones.

La misma línea sigue el TACPN quien vuelve a rechazar otro criterio parecido. En este caso, se recurre un criterio que valoraba la presencia de mujeres en el equipo de trabajo, siempre que dicha presencia estuviera por encima de la ratio de presencia de mujeres en el sector objeto del contrato que era de 0,47. El tribunal, en este caso lo rechaza porque no se justifica su vinculación con el objeto en el expediente y no comporta ventaja, ni directa ni indirecta, en la prestación del servicio¹⁹¹ (ATACPN 45/2016, de 8 de agosto de 2016).

El tribunal navarro rechazó otro criterio parecido por la causa que aquí nos ocupa. En el recurso en concreto se impugna, en un contrato de asesoramiento urbanístico, un criterio de adjudicación que valora el porcentaje de participación de mujeres en la ejecución del contrato. El tribunal lo considera discriminatorio, pues el pliego admite la licitación de personas jurídicas y físicas siendo estas últimas discriminadas en el caso de que sean hombres y no cuenten con equipos de trabajo. En este sentido, el tribunal señala que en el pliego no se pedía una mínima adscripción de medios humanos para la ejecución del contrato, por lo que no es exigible tener tal equipo de trabajo. Además, considera que no está vinculado al objeto del contrato en tanto no se justifica esto en el expediente y las

¹⁹¹ Sobre el rechazo de criterios con base en esta justificación hablaremos en el siguiente apartado.

alegaciones señaladas en el recurso no tienen el suficiente peso para demostrar esa vinculación (ATACPN 70/2019, de 13 de agosto de 2019).

Sin embargo, posteriormente, el mismo tribunal señala que un criterio que valora el porcentaje de mujeres en la plantilla no se vincula al objeto del contrato por no referirse al personal que ejecutará la prestación y no le señala ninguna otra tacheta (ATACPN 115/2020, de 27 de noviembre de 2020).

También rechaza los criterios de contratación de mujeres el TACPA, quien anula un criterio que otorgaba puntos a quien se comprometiera a que el 100% de las nuevas contrataciones de determinado grupo profesional fueran mujeres, en tanto el tribunal no aprecia cómo puede mejorar el nivel de rendimiento del contrato o su mejor ejecución (ATACPA 22/2022, de 10 de marzo de 2022).

Sí parece aceptar un criterio semejante el TCCSP en su resolución 388/2020, de 2 de diciembre de 2020. Se recurre, en este caso, la valoración mediante fórmula de la licitadora que ofrezca el mayor porcentaje de mujeres adscritas a la ejecución de un contrato de servicios de transporte por carretera. El tribunal catalán revisa los considerandos de la Directiva 2014/24/UE y el art. 67 de la misma y considera que el criterio se ha configurado de manera correcta en tanto se refiere a las personas trabajadoras que ejecutarán el contrato y que además el fomento del empleo de las mujeres es una finalidad reconocida expresamente en el art. 145.2 LCSP.

Sin embargo, el tribunal decide retrotraer las actuaciones al momento en el que el poder adjudicador debió justificar este criterio en el expediente contractual en tanto considera que la falta de ésta no permite valorar su adecuación a la norma europea y su vinculación con el objeto del contrato en los términos del art. 145.6 LCSP. Si bien es verdad que el órgano de contratación señala en el recurso que dicho criterio tiene como finalidad impulsar la contratación de mujeres en el sector, dado que son pocas las que forman parte del mismo, no se menciona una cobertura concreta. El informe de necesidad o memoria justificativa no resulta suficiente de acuerdo con las exigencias normativas porque menciona, pero no justifica ni razona el sentido de tales criterios. Además, el tribunal señala que la justificación debe ser previa al propio pliego, sin que las alegaciones que pueda aportar al recurso el poder adjudicador puedan sustituir dicha motivación de conformidad con el art. 56.2 LCSP. A juicio de este tribunal la motivación de los elementos

esenciales que configuran la contratación debe conocerse por las posibles personas interesadas como manifestación del principio de buena administración, transparencia e integridad del derecho de defensa.

También el TARCCYL acepta un criterio automático de adjudicación relativo a la valoración con hasta 5 puntos a aquellas licitadoras que se comprometan a emplear en la ejecución del contrato mayor porcentaje de mujeres de acuerdo con una fórmula establecida. El tribunal considera que los criterios sociales deben vincularse con el objeto del contrato y ser proporcionales, admite que la vinculación con el objeto del contrato no tiene por qué ser directa, sino que puede ser indirecta (art. 146.5 y 148 LCSP).

Señala el TARCCYL que el órgano de contratación ha justificado que dicho criterio se introduce para fomentar la empleabilidad de las mujeres en el sector de reparación e instalación de maquinaria y equipo, en tanto según el INE esta es del 0,1% frente al 0,9% de los hombres. El órgano de contratación también admite que esto no implica una mejor prestación, pues dichas funciones las pueden cumplir igualmente hombres o mujeres.

Finalmente, el tribunal señala que el órgano de contratación no ha realizado una justificación de la vinculación indirecta con el objeto del contrato en los términos del art. 145.6 LCSP, por lo que “en los nuevos pliegos que en su caso se realicen en sustitución de los ahora controvertidos, deberá motivarse adecuadamente su vinculación indirecta con el objeto del contrato, a los efectos de fortalecer el fundamento de la inclusión de este criterio social de adjudicación” (RTARCCYL 119/2018, de 19 de diciembre de 2018, FD 8º).

Por tanto, de las anteriores posturas podemos concluir que un criterio que pretende evaluar el porcentaje de mujeres debería cumplir los siguientes requisitos para considerarse vinculado con el objeto del contrato:

- Referirse a la plantilla que ejecutará el contrato y no a la de la totalidad de la empresa.
- Evaluar bien las características del contrato concreto en el que se pretende aplicar, de tal suerte que no genere efectos discriminatorios entre empresas en función del tipo de ellas que suele presentar oferta en dicha licitación.
- Analizar las características del mercado, de tal manera que el criterio cumpla verdaderamente al logro de un objetivo de la política de igualdad.

- Justificar en el expediente la vinculación indirecta con el objeto del contrato de manera precisa, adecuada y fundamentada de tal suerte que cualquier operadora pueda conocer el motivo por el cual se valora el concreto criterio.

d) Protocolos contra el acoso sexual y laboral y violencia de género

Sobre esta materia se pronunció el TARCJA en un caso en el que se recurre un criterio relativo al establecimiento de un plan de prevención de la violencia de género, y el acoso laboral y sexual. Se justifica que el sector de vigilancia está masculinizado y que, por tanto, es preciso promover el establecimiento de medidas contra la violencia de género y el acoso. El tribunal considera que se valora el plan de la empresa, no el aplicable a cada contrato (se trata de un acuerdo marco); por tanto, es un criterio subjetivo que no está vinculado con el objeto del contrato. (RTARCJA 11/2021, de 21 de enero de 2021).

Igualmente, este mismo tribunal también ha rechazado criterios similares por ausencia en el expediente de la justificación exigida en el art. 116 LCSP (RTARCJA 229/2020, de 2 de julio de 2020).

C.2.1.2. Repercusión en la prestación objeto del contrato

Otra de las características que los tribunales han venido exigiendo a los criterios de adjudicación para considerar que existe vinculación con el objeto contractual es la exigencia de que dicho criterio repercuta en la prestación objeto del contrato de tal manera que pueda deducirse una mejor ejecución de la misma. Esta idea está íntimamente ligada con el concepto de rendimiento de las ofertas en el que ya hemos profundizado e igualmente se relaciona con otras dos ideas planteadas por la doctrina: los conceptos de valor añadido y calidad de la oferta.

En cuanto a la idea de que los criterios de adjudicación deben aportar valor, Pozo Bouzas (2018, p. 22) nos recuerda que el Consejo de Estado se pronunció sobre esta materia en Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, el art. 145 del anteproyecto de LCSP exigía que los criterios de adjudicación estuvieran “vinculados al objeto del contrato, en el sentido expresado en el apartado 2 de este artículo, y su inclusión debe estar justificada por que aporte valor al objeto, uso o finalidad del contrato” (Consejo de Estado, 2016, p. 155). El Consejo criticó

esta adición, que no se preveía en la directiva europea, en tanto existen criterios como los sociales o medioambientales que tienen una clara vinculación con el objeto del contrato; sin embargo, no es tan claro que aporten valor al objeto, uso o finalidad del mismo.¹⁹² Por este motivo la referencia a aportar valor se suprimió de la LCSP.

Sin embargo, si es cierto que desde un sector doctrinal se considera que los productos con consideraciones medioambientales (Medina Arnáiz, 2011, p. 70) o sociales aportan valor al objeto del contrato. Gimeno Feliú (Gimeno Feliú, 2019, p. 136) subraya, de hecho, que la LCSP considera la introducción de consideraciones sociales como un elemento que aporta un valor especial al bien o servicio que se pretende adquirir.

En nuestra opinión, hay que tomar en cuenta que el valor que aportan los aspectos sociales y medioambientales a los bienes y servicios que se adquieren está reconocido por toda la ciudadanía europea, la cual demuestra, a la hora de abastecerse, que está dispuesta a pagar un precio más alto por aquellos bienes que aseguren mayores garantías ecológicas y sociales.¹⁹³ Así, a pesar de que un producto ecológico o de comercio justo es más caro, las personas consumidoras compran cada vez más este tipo de productos. No cabe más que concluir que dichas consideraciones suponen una ventaja para quienes las adquieren; es decir, que, a su juicio, esos productos tienen mayor valor.

De la misma manera, la introducción de consideraciones de igualdad aporta valor a la prestación, un valor que está relacionado con la promoción de un mercado de trabajo que integra en condiciones de igualdad a las mujeres; o con un sistema que toma en cuenta las necesidades de cuidado; o incluso, en términos generales, con una actuación administrativa que integra constante y coherentemente la perspectiva de género, porque es la única vía para lograr una igualdad real y efectiva de mujeres y hombres en esta sociedad.

En este sentido, la calidad de la oferta se torna trascendental y así ha sido reconocido por el TS, quien se ha pronunciado dando la relevancia que corresponde a la valoración de la

¹⁹² El Consejo señala también que esa exigencia es entendible sólo en el caso de que se interprete en un sentido amplio de tal forma que se identifique con el concepto de vinculación al objeto contractual. En ese caso, por supuesto, tampoco tendría sentido realizar tal precisión porque no aporta nada a la definición del objeto contractual.

¹⁹³ Así opina la Abogada General, Juliane Kokott, cuando señala que “[a]unque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social” (Asunto C-368/10 conclusiones de la Abogada General, 2011, ap. 110).

calidad en las licitaciones públicas y ha señalado que “no puede sostenerse que la oferta económicamente más ventajosa sea necesariamente la que incluye un precio más bajo” (STS 1786/2024, de 5 de marzo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:1786, FD 5º).

En efecto, tanto del art. 1.3 LCSP, como del art. 145.2 LCSP se deduce claramente que las consideraciones estratégicas aportan calidad a los productos y prestaciones que las administraciones quieren contratar. Así lo ha reconocido el TARCJA en su resolución 11/2021, de 21 de enero de 2021, en la que se fundamenta en lo dispuesto en el art.145.2 LCSP para llegar a esta conclusión.

Hay que recordar que con las directivas de 2014 y la transposición de estas a la LCSP se produce un traslado del peso de las contrataciones a la calidad y que esa calidad puede ser medida, como se indica en la norma, a través de criterios estratégicos. Así, Gimeno Feliú (2017) señala que “[l]a visión social de la contratación pública es necesaria (y no meramente caprichosa), pues permite la adecuada consecución de la máxima calidad/precio en la contratación pública, desplazando una errónea visión economicista (el menor precio) del contrato” (p. 285).

Por otra parte, es importante subrayar que la búsqueda de la calidad no implica un mayor gasto, ni genera ineficiencias en las licitaciones públicas. Todo lo contrario, la eficiencia debe buscarse tras la exigencia de una línea de base, un determinado nivel de calidad de los bienes y servicios que se quieren contratar. Este será el punto de partida equiparable que permitirá una comparación en condiciones homogéneas de las ofertas que se presentan en una licitación pública. (Gimeno Feliú, 2022, p. 10).

Apreciado lo anterior, señalaremos que las resoluciones en esta materia han ido por muy diversos sentidos, sobre todo en función del criterio que se estuviera valorando.

a) Formación

En primer lugar, hay que diferenciar entre la valoración de la organización, cualificación y experiencia del equipo de trabajo como criterio de adjudicación, mediante el cual se puede valorar la formación o conocimientos de éste; y la valoración de formaciones que se brinden durante la ejecución del contrato a las personas que ejecutarán la prestación.

Sobre el primero de los criterios, ya hemos señalado que la jurisprudencia europea lo admite cuando la calidad del personal afecte al rendimiento del contrato. La JCCPE traduce esto en dos requisitos para su consideración como criterio: que el personal al que se le valora la experiencia sea el que ejecutará la prestación y que la calidad del personal afecte de manera significativa a la ejecución del contrato (Informe 108/2018, de 15 de julio de 2019).

En cuanto al mismo, es preciso señalar que la formulación del criterio debe ser adecuada a las características del contrato. Así, el TACPN considera que no está vinculado con el objeto contractual un criterio relativo a la formación que se acredite mediante certificaciones de las capacitaciones con las que ya cuenten en un contrato que exige la subrogación del personal. Dado que las licitadoras que actualmente no ejecutan el contrato no pueden ofertar la formación del personal que se va a subrogar, el criterio no asegura que las personas de las que se acredita formación vayan a ser las que finalmente ejecuten la prestación, requisito indispensable para concluir el nexo con el objeto contractual (ATACPN 43/2021, de 30 de abril de 2021).

Sin embargo, en este apartado queremos centrarnos en las controversias que hayan podido generar los criterios de adjudicación referidos a brindar formación en determinadas materias al personal afecto al contrato.

En efecto, la valoración de la formación en un contrato puede ser una manera de potenciar una estrategia de género, bien sea porque la formación que se brindará es en materia de igualdad, bien porque implica la mejora de las capacidades de las mujeres trabajadoras de un concreto sector. Preverla, además, en horario laboral ayudará a asegurar que las mujeres accedan con menos obstáculos a conocimientos que pueden ser decisivos en los procesos de promoción interna, por lo que, desde esta perspectiva, una medida de estas características puede ser útil para tratar de romper los techos de cristal instalados en el mercado laboral.

Los criterios relativos a la formación tienen, en general, una mayor aceptación que otro tipo de criterios y menor conflictividad en cuanto a su vinculación con el objeto del contrato. Aunque también han sufrido algún que otro revés. De hecho, el TACRC consideró que la exigencia de formación a profesionales de la salud y personas usuarias de un producto médico no era compatible con el objeto de un contrato de suministro de dicho

material médico. Según el tribunal, no está relacionado con el objeto del contrato porque no deriva de él una mejor prestación, ni aporta valor añadido al mismo. En este sentido, si para el órgano de contratación es deseable acompañar el suministro con la formación en el uso de los productos a profesionales y personas beneficiarias, deberá preverlo de otra manera porque es claro que el objeto de este contrato es puramente la entrega sucesiva de bienes (RTACRC 600/2016, de 22 de julio de 2016).

Sin embargo, el mismo tribunal se muestra favorable a un criterio de adjudicación relativo a la formación en un contrato que tiene por objeto un servicio para el desarrollo de una aplicación. El tribunal señala que para que este criterio esté vinculado con el objeto del contrato debe cumplir dos requisitos: que se imparta al personal que ejecutará la prestación y que verse sobre materias relativas al objeto del contrato. Siendo este el caso, considera que está vinculado al objeto del contrato y que contribuye a mejorar la calidad de la prestación (RTACRC 193/2021, de 26 de febrero de 2021).

De este último parecer resulta la JCAA quien señala, en su Informe 10/2023, de 24 de diciembre de 2023, que es admisible el criterio formación porque sí tiene vinculación con el objeto del contrato en cuanto incide favorablemente en la ejecución de la prestación, por lo que podrá considerarse como criterio de adjudicación cuando permita evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato.

En el mismo sentido, acepta el TCCSP un criterio de adjudicación que ofrece hasta 15 puntos a la licitadora que realice una mejor oferta continuada de formación para las personas conductoras de autobuses de un servicio de transporte escolar y sus acompañantes valorándose por tramos las horas de formación adicionales a las previstas en el pliego técnico. El tribunal lo considera vinculado al objeto del contrato en tanto mejora la calidad del servicio y no lo considera desproporcionado porque premia a la mejor oferta (RTCCSP 349/2020, de 29 de octubre de 2020).

Asume la misma postura el TACPM que considera ajustada a derecho la valoración de un plan de formación continua (10 puntos) en cuanto no cabe duda de que la mayor formación afecta positivamente a la calidad del servicio por lo estaría vinculado con el objeto del contrato (RTACPM 16/2016 de 3 de febrero de 2016).

Igualmente, el TACPN señala que la formación sobre eficiencia energética en la edificación del personal de un contrato de proyecto de obra y dirección es un criterio social

válido porque está vinculado al objeto del contrato en tanto es objetivo y contribuye a la mejora del servicio. En efecto, el tribunal considera que la formación valorada supone una especialización sobre la materia, contribuye a alcanzar el fin perseguido, es preciso y cuantificable y goza de publicidad por lo que es conforme a derecho (ATACPN 12/2022, de 1 de febrero de 2022).

En el mismo sentido, el TACPC considera vinculado al objeto del contrato y conforme a derecho una formación sobre vigilancia en un contrato sobre dirección y gestión en la materia (RTACPC 289/2021 de 20 de octubre de 2021).

Por último, el OARC/KEAO considera vinculado con el objeto contractual un criterio relativo a un plan de formación, en tanto en el PPTP se prevé un plan de formación específico para el contrato. Es decir, el tribunal entiende que con este criterio el órgano de contratación pretende evaluar las proposiciones en lo que a la prestación prevista en el PPTP se refiere, de tal forma que la empresa que quiera ser adjudicataria deberá ajustarse lo más posible a lo deseado por el órgano de contratación (ROARC/KEAO 148/2022, de 10 de octubre de 2022).

Sin embargo, no debemos olvidar que los criterios relativos a la formación, si bien en principio se considera que afectan a la calidad de la prestación e incluso al valor de las ofertas, es claro que deben cumplir los requisitos impuestos por las normas para que su vinculación sea efectiva.

Como vemos, los criterios admitidos son aquellos que se refieren a cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, o a prestaciones que deberá ejecutar la empresa de conformidad con lo previsto en el PPTP. Por tanto, es posible afirmar que en el marco de una contratación estratégica de género, se podrá introducir como criterio de valoración la formación que la empresa brindará sobre igualdad entre mujeres y hombres o sobre perspectiva de género, cuando la misma forme parte de las prestaciones que deban desarrollarse de conformidad con el PPTP y se justifique que afecta a la calidad de la prestación.

Sin embargo, también podemos querer valorar el compromiso de las licitadoras de brindar formación en materia de género en un contrato en el que esta cuestión no forma parte del objeto en sí mismo. En este caso, pensamos que, si el concreto contrato no tiene un objeto en el que se haga referencia a la igualdad, para que un criterio que valore la formación en

esa materia sea admisible tendrá que referirse a la capacitación brindada al personal que ejecutará la prestación y deberá justificarse muy concienzudamente el valor de género que dicha formación aporta, así como la mejora del rendimiento de género de la oferta que supone.

Por último, en una estrategia de género, como hemos señalado, también puede ser interesante la valoración de formación en un área distinta a la igualdad (que tendría que estar vinculada al objeto del contrato) siempre y cuando se revise que la misma se dará de determinada duración, con determinados contenidos, en horario laboral o con otras condiciones de flexibilidad y conciliación; o se asegure que el personal femenino que ejecutará la prestación está en posibilidad de acceder a la misma. Los criterios analizados en este apartado no valoraban estas características, pero entendemos que sería posible hacerlo; si bien advertimos que es probable que en lo que a la evaluación de las condiciones de horario y flexibilidad se refiere, los tribunales concluyan en el mismo sentido en el que han concluido sobre los criterios relativos a condiciones laborales y medidas de conciliación.

b) Condiciones o mejoras salariales

Si hay unos criterios constantemente recurridos y anulados, estos son sin duda los que se refieren a las mejoras de las condiciones salariales por encima de los mínimos establecidos en los convenios colectivos o con referencia al salario mínimo interprofesional (SMI). Recordemos aquí que revisamos este criterio en tanto partimos de la base de que los sectores feminizados suelen tener condiciones salariales inferiores, por lo que puede ser del interés de la Administración, en el marco de una contratación estratégica de género, promover mejoras en dichos sectores, así como asegurar que aquellas mujeres que realizan prestaciones para la administración tienen salarios suficientes y dignos.

A la hora de analizar este criterio hay que partir de la jurisprudencia del TJUE en concreto de las sentencias en los casos Rüffert, Brundesdruckerei y RegioPost, en las que el alto tribunal fue modulando su opinión sobre cuáles son los salarios exigibles para aplicar en un contrato público. En cualquier caso, hay que señalar que dichas sentencias no se referían a criterios de adjudicación, sino a obligaciones contractuales o condiciones especiales de ejecución del contrato que debían cumplirse durante la ejecución del mismo y que establecían la obligación de pagar un salario mínimo.

Si en la STJUE del asunto Rüffert el tribunal considera que no es posible imponer ese salario mínimo a personas trabajadoras desplazadas si el mismo está establecido en un convenio colectivo que no es de aplicación general, en la sentencia RegioPost, el tribunal admite que es posible establecer dicho salario mínimo cuando éste se determina en una ley, aunque ésta sólo sea aplicable a la contratación pública. Aunque el tribunal reconoce que esta norma puede ser restrictiva de la competencia, entiende que puede justificarse en atención a la protección de las personas trabajadoras.

Fruto de estas sentencias, la Directiva 2014/24/UE establece lo siguiente:

“Además, deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva” (considerando 98 Directiva 2014/24/UE)

Tomando como base este considerando y el sistema de fuentes español los criterios relativos a las condiciones salariales han sido rechazados por muchos de los tribunales de recursos contractuales.

En este sentido, el TACRC ha rechazado las cláusulas que hacen referencia a mejoras salariales por los siguientes motivos:

- las condiciones laborales no se encuentran entre aquellas consideraciones sociales descritas en la norma europea (RRTACRC 355/2017, de 21 de abril de 2017, 445/2017, de 26 de mayo de 2017 y 344/2019, de 29 de marzo de 2019) y las que se fijan en el art. 145.2 LCSP hacen referencia a los niveles establecidos en el convenio colectivo de referencia (RRTACRC 897/2019, de 31 de julio de 2019). Con base en el considerando 98 Directiva 2014/24/UE el tribunal interpreta persistentemente que

los niveles salariales deben mantenerse en los mínimos establecidos por los convenios colectivos.

- Por otra parte, el TACRC siempre ha señalado que los pliegos no pueden regular las relaciones internas de las empresas con su plantilla por lo que implica la injerencia en las relaciones laborales y condiciones de trabajo, tal cuestión vulneraría el sistema de fuentes de las relaciones laborales que deben regularse en la ley laboral o en el convenio colectivo procedente no en un contrato (RRTACRC 355/2017, de 21 de abril de 2017 y 1267/2019 de 11 de noviembre de 2019). Por otra parte, es una vulneración de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE (RRTACRC 235/2019, de 8 de marzo de 2019, 1267/2019, de 11 de noviembre de 2019, 605/2020, de 26 de agosto de 2020 y 858/2020, de 31 de julio de 2020) además de vulnerar el derecho a la negociación colectiva (SSTSJM 2293/2018, de 23 de febrero de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:2293 y 2283/2019, de 14 de marzo de 2019, ECLI:ES:TSJM:2019:2283).
- no supone un impacto en la marcha de las prestaciones objeto del contrato, por lo que no existe vinculación con el mismo. (RRTACRC 355/2017, de 21 de abril de 2017, 445/2017, de 26 de mayo de 2017 o 234/2019, de 8 de marzo de 2019). El tribunal considera que no mejoran per se el rendimiento o la calidad de ejecución tal y como se configura en el pliego técnico, ni permiten medir los niveles de rendimiento de las ofertas en términos comparativos; por lo tanto, no están vinculadas al objeto del contrato (RTACRC 471/2020, de 36 de marzo de 2020). No se comparte el planteamiento de que unos mejores salarios impliquen necesariamente unos mejores servicios (RRTACRC 235/2019, de 8 de marzo de 2019 y 858/2020, de 31 de julio de 2020).
- Finalmente, ha descartado este requisito por la vulneración de otros límites distintos a la vinculación con el objeto contractual como el principio de proporcionalidad (RRTACRC 355/2017, de 21 de abril de 2017 o 445/2017, de 26 de mayo de 2017); el principio de selección de la oferta económicamente más ventajosa (RRTACRC 445/2017, de 26 de mayo de 2017 o 897/2019, de 31 de julio de 2019), en la medida en que sólo fomentará ofertas más caras y menos beneficiosas para la Administración, lo que es contrario al principio de estabilidad presupuestaria y control del gasto (RTACRC 858/2020, de 31 de julio de 2020) y supondrá un incremento del precio del contrato sin una contraprestación que redunde en el rendimiento del mismo (aplica su doctrina del rendimiento) (RRTACRC 445/2017, de 26 de mayo de 2017

y 235/2019, de 8 de marzo de 2019); y el principio de no discriminación; en el sentido de que una empresa que ya tenga establecido estos salarios no tendría que realizar ningún esfuerzo, otra empresa que no los tenga lo debería realizar sólo para el personal que ejecutará la prestación y, aun así, su esfuerzo podría obtener menos puntos que los que obtenga una empresa que no haga nada (RRTACRC 235/2019, de 8 de marzo de 2019, 897/2019, de 31 de julio de 2019, 1267/2019 de 11 de noviembre de 2019 y 605/2020, de 26 de agosto de 2020); igualmente, puede discriminar a las PYMES si se exigen las retribuciones de un convenio estatal, en la medida en que son éstas la que han ejercitado con más frecuencia su derecho a descolgarse del mismo y aplicar el de empresa (RTACRC 1059/2016, de 16 de diciembre de 2016) y produce discriminación entre el personal trabajador de la misma empresa (SSTSJM 2293/2018, de 23 de febrero de 2018, ECLI:ES:TSJM:2018:2293 y 2283/2019, de 14 de marzo de 2019, ECLI:ES:TSJM:2019:2283).¹⁹⁴

De entre las resoluciones del TACRC hay que destacar el voto concurrente de Manuel Renedo Omaechevarría, en la RTACRC 235/2019, de 8 de marzo, que acepta la vinculación con el objeto del contrato del criterio mejoras salariales, si bien se muestra conforme con su anulación en tanto la mejora salarial supone un aumento del precio del contrato que es contrario a la finalidad de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa; el criterio excede de lo permitido en la Directiva (considerandos 98, 37 y 39 y art. 18.2) que establece que las cuantías del salario mínimo deben situarse en el nivel que la legislación y los convenios colectivos establezcan en el territorio respectivo; y es contrario al principio de no discriminación, en tanto en el sector objeto del contrato muchas empresas tienen su propio convenio que es acorde con la legalidad laboral y que podrían quedar en situación de inferioridad con el resto; esto provocaría una restricción de la competencia, lo cual es contrario a los intereses de la regulación de contratación pública.

El Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Bizkaia (TAFRCB) recrimina a un criterio que valora las mejoras salariales tres cuestiones: la falta de justificación en el expediente; la ausencia de vinculación directa con el objeto del contrato en el sentido establecido en las directivas y su carácter discriminatorio, en tanto puede favorecer a aquellas empresas con mayor capacidad económica. Respecto a su ausencia de

¹⁹⁴ Las cuestiones relativas al principio de proporcionalidad y al de no discriminación las analizaremos en los apartados siguientes.

conexión con el objeto del contrato, el tribunal considera que aceptarla implicaría asumir que en todos los contratos en los que la mano de obra es fundamental o aquellos de servicios a la ciudadanía, la mejora salarial afecta al rendimiento del contrato (Acuerdo del TAFRCB, de 8 de julio de 2021, con respecto al recurso contractual 11/21).

Tampoco considera vinculado al objeto del contrato un criterio referido a las mejoras salariales el TACPC y señala que puede ser discriminatorio; aunque reconoce que la vinculación al objeto del contrato ya no se refiere a una vinculación directa, sino que puede referirse a los factores que intervienen en la prestación. Igualmente, entiende que es posible evaluar la rentabilidad con base en otras cuestiones distintas al precio o el coste como el rendimiento social del contrato que podrá evaluar la mayor calidad que se aporta al mismo. En efecto, en el caso concreto, el tribunal analiza el objeto del contrato y las prestaciones que en el mismo se prevén y concluye que no existe tal vinculación (RTACPC 289/2022, de 21 de noviembre de 2022). En general, este tribunal ha considerado que un criterio que establece mejoras salariales con respecto al mínimo obligatorio no está vinculado al objeto del contrato, es discriminatorio y no es apto para determinar la oferta económicamente más ventajosa (RRTACPC 262/2019, de 28 de noviembre de 2019 o 272/2019 de 3 de diciembre de 2019).

La JCCAA considera, igualmente, que una mejora salarial sobre el convenio no se puede incluir ni como criterio de adjudicación ni como condición especial de ejecución (Informe 10/2023 de 24 de diciembre de 2023).

En el mismo sentido se pronuncia el TARCJA que señala que la mejora salarial no está vinculada con el objeto del contrato porque no responde a una necesidad de un grupo vulnerable o en situación o riesgo de exclusión social, ni de ella cabe deducir una mejor prestación del servicio ofertado (RRTARCJA 150/2019, de 16 de mayo de 2019 y 98/2023, de 15 de febrero de 2023). Este criterio no afecta al rendimiento del contrato, ni valora el mismo en términos de ejecución, tampoco supone necesariamente una mejora en la calidad de la prestación; más allá de que el incremento del precio es contrario a una utilización eficiente de los fondos públicos (RTARCJA 412/2020, de 26 de noviembre de 2020 y 580/2023, de 17 de noviembre de 2023).

En sentido contrario se pronuncia el TACPM (RRTACPM 85/2016, de 5 de mayo de 2016, 36/2017, de 1 de febrero de 2017 o 37/2017 de 1 de febrero de 2017) quien considera que

las mejoras salariales afectan a la calidad de la prestación, aunque sea un factor que no forma parte intrínsecamente de la prestación. De hecho, las mejoras salariales se vinculan con la motivación, calidad, implicación en el cumplimiento de objetivos y pueden repercutir en el mayor rendimiento profesional (RTACPM 130/2019, de 3 de abril de 2019). Además, no implican una regulación ni impone una obligación de carácter general a las licitadoras, sino que otorgan mayor puntuación a la licitadora que se comprometa a ello, siendo esta decisión opción de la empresa. Por otra parte, no resulta discriminatorio, en tanto, quienes lo oferten realizarán también una oferta económica mayor, compensando una puntuación a la otra. Entre ambas estrategias las empresas son libres de elegir (RTACPM 16/2016, de 3 de febrero de 2016, reiterada en RRTACM 281/2016, de 28 de diciembre de 2016, 17/2017, de 18 de enero de 2017, 309/2017, de 25 de octubre o 333/2018, de 17 de octubre de 2018). El tribunal considera especialmente justificado este criterio en el caso de contratos en los que la mano de obra es un componente esencial (RRTACPM 211/2017, de 19 de julio de 2017, 309/2017, de 25 de octubre de 2017, 354/2017, de 22 de noviembre de 2017, 274/2019, de 26 de junio de 2019 o 29/2020, de 20 de enero de 2020).

Para este tribunal esta cláusula no sería discriminatoria; en efecto, el principio de igualdad se garantiza en cuanto se evalúan las ofertas a igualdad de costes. De hecho, el descuelgue de convenios genera distorsiones en la competencia o *dumping social* (RTACPM 354/2017, de 22 de noviembre de 2017).

Hay que matizar que varias de las resoluciones de este tribunal han sido recurridas y anuladas en vía jurisdiccional por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJM.¹⁹⁵ Se basa esta Sala, en la doctrina del TACRC y señala que se produce: una vulneración del sistema de fuentes en las relaciones laborales, un efecto discriminatorio en favor de aquellas empresas con mayor capacidad de financiación y una falta de vinculación directa del criterio con el objeto del contrato.

Sin embargo, el TACPM se ha mantenido firme en su postura y en su resolución 208/2019, de 22 de mayo de 2019, señaló que, si bien este tipo de criterios han sido anulados en vía jurisdiccional frente a tres recursos interpuestos contra sus resoluciones, entiende que se debe al desconocimiento de la admisión de este criterio por la Directiva 2014/24/UE, así

¹⁹⁵ SSTSJ 6070/2017, de 7 de junio de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:6070), 2293/2018, de 23 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:2293), o 2283/2019, de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:2283).

como su mención expresa en la LCSP. Igualmente, considera que tras la STJUE C-368/10, hay que entender que no es preciso que un criterio de valoración se refiera a aspectos sustanciales de la prestación sino a cualquier factor de su ciclo de vida, tal y como ha transpuesto el art. 145.6 LCSP.

El tribunal insiste, además, en la necesidad de obtener la mejor oferta dando la relevancia que se requiere a la calidad de la prestación, en tanto la misma forma parte del principio de buena Administración. Si bien este tipo de criterios incrementan el coste final de la licitación, no hay que confundir precio con valor, porque el principio de eficiencia no debe interpretarse desde un punto de vista exclusivamente economicista, sino en el entendido de que la inclusión de objetivos relacionados con la calidad, como este, suponen una más adecuada canalización de los fondos públicos.

Por último, este tribunal también insiste en la relevancia de que en el expediente conste una justificación adecuada al contrato y no generalista de la concreta vinculación del criterio con el objeto del contrato.

En el informe 6/2018, de 16 de noviembre, la JCCPC, considera inadecuada una condición especial de ejecución que obligue a mejorar las condiciones salariales por encima del mínimo establecido en el convenio sectorial de referencia o del SMI, pero entiende que es posible establecer un criterio de adjudicación de estas características; es decir un criterio que valora una mejora sobre la obligatoriedad exigida.

En este sentido la Junta catalana considera que el mismo puede entenderse vinculado con el objeto del contrato, no en términos generales, sino en determinados contratos como aquellos en los que la mano de obra es un componente esencial.¹⁹⁶ En todo caso, considera el órgano que únicamente es posible valorar dichas mejoras cuando de su consideración pueda conseguirse la finalidad social que las fundamenta. Por tanto, esta Junta pone el acento en que dichos criterios, deberán incluirse solamente cuando puedan contribuir al logro del objetivo social perseguido.

¹⁹⁶ Como veremos, en la Directriz 1/2019, de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya (2019) por la que se fijan los criterios para la aplicación de las cláusulas de mejoras laborales y salariales como criterios de valoración de determinados contratos, se definen los contratos en los que la mano de obra es un componente esencial como aquellos que: tienen mano de obra intensiva y en los que el coste del personal suponga al menos un 80%; o los que tienen mucha oferta laboral, o en los que se brinden servicios de atención directa a las personas.

Por último, la junta catalana exige que dicha vinculación se justifique debidamente en el expediente. En tanto la medida debe fundamentarse en el fomento de la calidad en el empleo, en dicha justificación deberá señalarse también otras circunstancias que se han tomado en cuenta para introducir el criterio como el sector de actividad en el que se enmarca el contrato. En cuanto a la evaluación del criterio, será preciso establecer una fórmula que parta del mismo mínimo pero que establezca un tope de mejora. Por último, el criterio deberá respetar los principios del derecho europeo y será fundamental asegurar que se disponen de los medios de control precisos en términos de efectividad, porque dicho criterio se convertirá en condición especial de ejecución para quien lo oferte.

También el TCCSP (RTCCSP 359/2019, de 28 de noviembre de 2019) acepta la vinculación con el objeto contractual de un criterio que valora las mejoras salariales en un contrato que tiene por objeto el servicio de ayuda a domicilio a la ciudadanía de un municipio. El tribunal señala que no puede basarse en la doctrina de la evaluación comparativa en términos de rendimiento, en tanto, conforme a la misma muchas consideraciones sociales deberían ser excluidas. Finalmente, concluye que es posible considerar que las mejoras salariales están relacionadas con el objeto del contrato, pero no en términos generales, sino que habrá que analizar caso por caso, para lo cual es importante la justificación en el expediente.

En este caso, el tribunal catalán le reconoce un carácter especial al contrato, por tratarse de servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía, con lo cual tiene un régimen específico en la LCSP (art. 312) y, además, en los que la estructura de costes se fundamenta en la mano de obra. Sin embargo, anula el criterio por falta de justificación de la ponderación otorgada que no permite apreciar su proporcionalidad.

En efecto, este tribunal es particularmente insistente con la debida justificación en el expediente de contratación, prueba de ello son sus resoluciones 220/2023, de 29 de marzo de 2023 o 640/2023, de 13 de diciembre de 2023, sobre servicios de ayuda domiciliaria y de mantenimiento de un edificio, respectivamente.

En ellas, el tribunal considera que no se ha justificado en el expediente la vinculación con el objeto contractual.¹⁹⁷ En primer lugar, recuerda que esta justificación debe referirse al

¹⁹⁷ Los criterios sociales han sido anulados por este tribunal en numerosas ocasiones debido a la falta de justificación, señalando el órgano que en estos casos la discrecionalidad técnica del órgano de contratación

contenido material, a los elementos que caractericen el criterio, a las ponderaciones y las fórmulas proyectadas, con el análisis de los posibles escenarios de la licitación. Seguidamente, y en cuanto a la justificación del contenido material, señala el tribunal los siguientes defectos que pueden dar una idea de las exigencias que a juicio de este tribunal deben contenerse en la justificación del expediente:

- que no se ofrecen datos objetivos y concretos, las justificaciones tienen carácter genérico y no especifican las circunstancias del contrato.
- no existe un informe o justificación en el expediente que permita deducir que el criterio establecido conseguirá la finalidad social de mejorar la calidad de la ocupación.
- no se analiza de manera individualizada el concreto sector de actividad al que afecta el criterio y sus condiciones (sobre todo partiendo de la premisa de que, en uno de los casos revisados, el salario medio de las personas trabajadoras del contrato está por encima del fijado en el convenio colectivo aplicable).
- El tribunal considera que el hecho de que el peso de los costes de la mano de obra sea fundamental no motiva por sí solo la vinculación con el objeto del contrato.
- Si bien en el informe al recurso relativo a la RTCCSP 640/2023 se señala que el coste de cambio de cada operario le supone un costo a la Administración de 11.871 euros, y que el órgano de contratación considera la inversión en mejora de salarios justificada; el tribunal señala que pueden existir otros mecanismos para lograr la fidelidad del personal.
- Siendo una medida de carácter económico, no se realiza un análisis de la repercusión presupuestaria en términos de estabilidad financiera.

Sin duda, las justificaciones pedidas por este tribunal son exigentes y requieren no sólo de un trabajo previo de planificación y fundamentación del contrato, sino de una formación y especialización de las personas que realizan los contratos a efectos de asegurar la posibilidad de introducir cláusulas estratégicas en los mismos.

Con respecto al tribunal catalán hay que señalar, por último, que en su reciente RTCCSP 299/2023, de 10 de mayo de 2023, sobre un criterio que valora mejoras de las condiciones laborales sobre el convenio de aplicación, se remite a los argumentos planteados por la JCCPE señalando que el mismo es, además, discriminatorio para aquellas empresas que no

decae por la falta de motivación. Además de las resoluciones mencionadas se pueden consultar también, entre otras, las RRTCCSP 340/2019, 7 de noviembre de 2019 o 30/2020, de 29 de enero de 2020.

mejorándolo cumplen estrictamente la legalidad. Parece, por tanto, por esta reciente resolución, que sí acepta la vinculación con el objeto contractual, pero se decanta por la línea de señalar que vulnera el principio de igualdad y no discriminación. Línea que no había defendido antes, puesto que, frente a un criterio parecido, lo considera objetivo y no discriminatorio por plantearse el criterio con referencia al convenio colectivo de aplicación (RTCCSP 223/2023, de 29 de marzo de 2023).¹⁹⁸

En cuanto al deber de justificación, ha resuelto también el tribunal gallego. En efecto, en RTACPG 78/2019, de 8 de abril de 2019, se recurren dos criterios: el primero premia las mejoras salariales sobre el salario base del personal adscrito a la ejecución del contrato; el segundo valora las mejoras salariales sobre los complementos salariales (en total ambos criterios sumaban 15 puntos). El tribunal considera que hay que concluir, por la dicción literal del art. 145 LCSP que un criterio que valore mejoras salariales y laborales es en principio válido; sin embargo, en el caso no se ha justificado: ni la vinculación al objeto del contrato de este criterio; ni el cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 145.5 LCSP; tampoco se justifica qué sentido tiene que uno de los criterios se valore mediante juicios de valor y otro mediante fórmula. Finalmente, considera que la puntuación que suman los dos criterios es desproporcionada.

El TACPA admite la vinculación con el objeto del contrato de los criterios relativos a las mejoras salariales en contratos en los que los costes de la mano de obra son factor principal; pero insiste en que deben justificarse en el expediente los distintos aspectos del criterio incluida la forma de atribución de puntuaciones y su ponderación (ATACPA 54/2021, de 18 de junio de 2021).

Finalmente, el TARCCYL considera las mejoras salariales vinculadas al objeto del contrato. Así, entiende que una mejora salarial por incentivos de un contrato afecta a la prestación y considera suficiente la justificación relativa a las bajas retribuciones previstas en el convenio, con respecto al personal del ayuntamiento y del sector; y que el sistema de incentivos pretende asegurar la máxima calidad y eficacia de la plantilla. Sin embargo, considera que no se ha justificado debidamente la puntuación otorgada al criterio ni la forma de su valoración (RTARCCYL 94/2019, de 21 de junio de 2019).

¹⁹⁸ En su RTCCSP 124/2017, de 25 de octubre de 2017, bajo la vigencia de la anterior ley de contratos, este tribunal ya consideró las mejoras salariales un elemento distorsionador y discriminatorio entre las potenciales empresas.

Por otra parte, el mismo tribunal acepta otro criterio sobre mejoras salariales y señala que se justifica en el pliego, con datos objetivos e informes, que la experiencia en el ámbito del contrato ha demostrado que, debido al carácter de dedicación parcial que tiene la contratación del personal, se genera una gran rotación del mismo con numerosas bajas anuales que impiden dar seguimiento adecuado al servicio y que dicha rotación se genera precisamente por las condiciones salariales. Por tanto, se considera acreditado que el criterio influirá en la calidad de la prestación. Además, no se entiende que dicho criterio se entrometa en la negociación colectiva, en la medida en que no se impone una obligación a la licitadora sino que cada empresa puede elegir ofertar este aspecto o no (RTARCCYL 192/2022, de 15 de diciembre de 2022).

Encontramos, por tanto, dos posturas doctrinales encontradas que no es posible conciliar, sino decantarse por una u otra. Es difícil, por tanto, establecer criterios que ofrezcan seguridad jurídica, salvo en lo que respecta a que los criterios deben limitarse al personal que ejecutará la prestación objeto del contrato, cuestión en la que todos parecen ponerse de acuerdo.

Personalmente, coincidimos doctrinalmente con aquellos tribunales que consideran que los criterios traducibles en mejoras salariales tienen una clara afectación a la prestación objeto del contrato en la medida en que el personal que realizará dicha prestación se ve afectado por dicho criterio. De la misma opinión es Gallego Córcoles (2019, pp. 114-115) que ve la relación de estos criterios con el objeto contractual en el sentido más flexible que recoge la LCSP.

En efecto, no podemos concluir que las condiciones salariales de la plantilla que realiza un trabajo no afectan a la prestación, tal y como lo hace el TACRC. Este asunto, de hecho, ha sido discutido por la doctrina académica que señala que “parece una obviedad, difícilmente rebatible, que una mejor retribución redunde en una mejor prestación del servicio” (Galán Vioque, 2023, p. 218).

Estos mismos argumentos han sido esgrimidos por los órganos de contratación en los distintos recursos para defender el criterio de mejoras salariales. En efecto, hay un común parecer en que un mejor salario reduce la rotación del personal y, por tanto, incide en la productividad, calidad y seguridad del servicio; fomenta las relaciones laborales estables con el personal más capacitado; y asegura que exista mayor oferta de personas candidatas

para las nuevas contrataciones que redundarán en una selección de personal con mayor capacitación y, por tanto, supondrá una mejora de la calidad del servicio.

Además, a la Administración le interesa evitar que los servicios y obras que realiza se vean interrumpidos por constantes huelgas o reivindicaciones laborales en sectores en que las condiciones de trabajo son tan malas que es común que esto suceda. En definitiva, si las condiciones son mejores, “menor será la presión y exigencias por parte de los trabajadores, menor la posibilidad de síndrome de Burnout, o de depresiones y ausencias laborales, favoreciendo así la paz social, un mayor rendimiento y calidad en la prestación del servicio” (Gordo Cano, 2023, pp. 90-91).

Con respecto a lo señalado por el TSJM, si el anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSLP)¹⁹⁹ exigía una vinculación directa con el objeto del contrato, esto ya no es exigible con la actual LCSP que admite una vinculación indirecta, de tal suerte que no es preciso que el factor a valorar forme parte de la sustancia material del contrato; además de que puede ser considerado en cualquiera de las etapas del ciclo de vida del producto o servicio.

Por otra parte, en cuanto a la alteración del sistema de fuentes en el orden laboral, hay que retomar los argumentos del TACPM que señalan que mediante los contratos no se establecen obligaciones generales; los criterios de adjudicación sólo valoran el compromiso de las empresas con estándares más altos de calidad, pero no regulan el mercado. En el mismo sentido, como ya hemos dicho, se pronuncia Semple (2015, p. 17) quien señala que aquellas operadoras que no cumplen los requisitos sociales podrán seguir operando en el mercado sin ninguna traba. Igualmente, la mejora salarial sólo será “aplicable y exigible durante la ejecución del contrato público, no generando modificaciones en las condiciones pactadas en los contratos de trabajo individuales” (Larrazabal Astigarraga, 2024, p. 91).

En definitiva, en cuanto al impacto económico en el contrato y la pérdida de la eficiencia del mismo, debemos regresar a las reflexiones ya realizadas sobre el rendimiento social y de género de los contratos que incluyen este tipo de consideraciones. No se trata de inflar el coste económico de los contratos. Si partimos del impacto que las mejoras salariales

¹⁹⁹ BOE nº 276, de 16/11/2011, pp. 117729 a 117914, <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2011/11/14/3/con>.

tienen en la calidad de la prestación, no podemos más que reconocer que la Administración estaría pagando por esa mejor prestación.

Por otra parte, debemos recordar que la contratación admite los criterios que valoran el aumento del número de personas que ejecutarán la prestación y las horas de trabajo efectivas de éstas, a través de criterios como las bolsas de horas. Este tipo de ofertas no son gratuitas para las empresas o no deberían serlo: en tanto es mayor el personal y mayores las horas de trabajo, debería implicar un mayor gasto en salarios.²⁰⁰ En ningún caso dichos criterios han sido rechazados porque sólo las empresas con mayor capacidad de financiación podrán asumirlos. Además del riesgo social que puede implicar que una empresa aumente su oferta de personal (a través de estos criterios) y a la vez reduzca su oferta económica (en tanto tiene que competir en esta materia también). Esto, sin duda puede tener como consecuencia unas condiciones precarias de trabajo en los contratos del Sector Público, sobre todo si no se le permite a la Administración considerar otros criterios que mitiguen dichos riesgos.

Finalmente, y con respecto a que los salarios deben establecerse en los niveles señalados en las normas y convenios colectivos, Gallego Córcoles (2017c, p. 5) señala que del considerando 98 de la directiva 2014/24/UE no puede colegirse que las condiciones laborales de las personas trabajadoras no puedan constituirse como criterio de adjudicación, sino que dicha disposición exige que los criterios de este tipo se apliquen de acuerdo con el derecho social de la UE.

c) Condiciones o mejoras laborales

La Directriz 1/2019, de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya (2019), por la que se fijan los criterios para la aplicación de las cláusulas de mejoras laborales y salariales como criterios de valoración de determinados contratos, incluye dentro de los criterios relativos a las condiciones laborales todos los que impliquen mejoras salariales directas e indirectas, otras ventajas retributivas como ayudas de comedor, por traslados, horarios, uniformes, ayudas por especial dedicación, guarderías, etc; número de personas adscritas a la ejecución del contrato con contratos laborales

²⁰⁰ Criterios que además suelen ser comunes en contratos de limpieza en los que las trabajadoras son en su gran mayoría mujeres.

indefinidos, medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar; y capacitación del personal adscrito a la ejecución del contrato.

Si bien, efectivamente, todas estas medidas tienen un impacto en las condiciones laborales, en este apartado vamos a englobar los criterios que valoran el fomento de la calidad en el empleo distintos de las retribuciones a la plantilla que ejecutará el contrato, la formación (que hemos revisado en los apartados anteriores) o de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar o laboral (que veremos en el siguiente). Es decir, revisaremos los limitantes que se les han impuesto a los criterios relativos a condiciones laborales tales como el fomento de la estabilidad en el empleo mediante el mantenimiento de la plantilla, el porcentaje de contratos indefinidos o a tiempo completo, o la conversión de los de jornada parcial o carácter eventual en estos; así como jornadas laborales inferiores a las legal o convencionalmente establecidas.

1. Mantenimiento del personal que ejecuta la prestación

Este criterio ha sido rechazado en varias ocasiones por el TACRC. En concreto, en un caso en el que se valoran las propuestas que hagan las licitadoras de continuidad del personal que actualmente realiza las prestaciones y tiene un año de antigüedad; el tribunal central le achaca los siguientes defectos (RTACRC 468/2017, de 1 de junio de 2017):

- Retoma la jurisprudencia del TS e interpreta que el mantenimiento de la plantilla no puede ser objeto de valoración, así como no lo puede ser la subrogación de personas trabajadoras, en tanto son obligaciones que derivan de la normativa y convenios laborales procedentes.
- Además, considera que el criterio no está vinculado con el objeto del contrato, en tanto no afecta a la calidad de la prestación. Si bien se alegaba que quienes realizaban la prestación con anterioridad conocían mejor tanto el trabajo que había que realizar, como el espacio en el que se realizaba (se trata de un contrato de servicio de mantenimiento de un edificio), el tribunal considera que las prestaciones que tienen que realizar no exigen un especial conocimiento que no pueda cumplirse con un periodo de adaptación, como así lo demuestran los mínimos requisitos de solvencia técnica exigidos.
- Por último, la cláusula no supone la integración de grupos desfavorecidos, consideración que sí se encuentra entre los criterios previstos en las directivas.

En la RTACRC 474/2017, de 1 de junio de 2017, se establece el mismo criterio apuntado en la anterior resolución y el tribunal insiste en que el mismo no afecta a la prestación objeto del contrato, ni a la calidad del servicio (aplica su doctrina del rendimiento). Por otra parte, considera que el criterio no es admisible en un contrato en el que lo fundamental son los costes de la mano de obra pues la competencia entre licitadoras se circunscribe prácticamente a estos costes; por tanto, los precios ofertados serán mayores cuanto mayores sean estos costes. Es decir, igual que para el caso de los criterios relativos a las condiciones salariales, insiste en lo antieconómico de la medida.

A caballo entre este y el siguiente tipo de criterios se sitúa la RTACRC 298/2021, de 26 de marzo de 2021. En el caso, se establecen dos criterios: uno premia a la licitadora que ofrezca un mayor porcentaje de contratos indefinidos en la plantilla que ejecutará la prestación y otro a la que se comprometa a no despedir al personal (salvo despidos disciplinarios). En cuanto al segundo criterio, el tribunal señala que no se limita al personal que ejecutará la prestación, por lo que no concuerda con los requisitos exigibles. Además, los criterios suponen una injerencia en la empresa que no está debidamente justificada en el expediente, salvo de manera muy general. Finalmente, apunta el tribunal que no se motiva adecuadamente el impacto en la calidad de tales criterios.

En el marco de este criterio, se han establecido en ocasiones valoraciones sobre el compromiso de subrogar a la plantilla que venía realizando los trabajos. Dicha cuestión ha sido resuelta por algunos tribunales en sentido negativo, en tanto la obligación de subrogación deviene de las normas laborales, por lo que debe regirse por el art. 130 LCSP y no es una medida disponible para el órgano de contratación (RTCCSP 30/2020, de 29 de enero de 2021).

En efecto, el TACPM si bien es proclive a los criterios que establecen el mantenimiento de la plantilla rechaza aquellos que sólo se pueden cumplir subrogando al personal, en tanto no corresponde al órgano de contratación tal decisión (RTACPM 411/2019, de 25 de septiembre de 2019).

2. Fomento de los contratos indefinidos y a jornada completa

En esta materia tenemos resoluciones contradictorias hasta de los mismos tribunales. En efecto, en la RTACRC 1040/2017, de 10 de noviembre de 2017, el tribunal entiende que

no afectan ni a la prestación objeto del contrato, ni a la calidad del servicio dos criterios que valoran: por un lado, el compromiso de limitar contrataciones eventuales y cubrir las necesidades de medios humanos que surjan con el ofrecimiento de ampliación de contratos en favor de las personas trabajadoras en plantilla; por el otro, el compromiso de sustituir las bajas definitivas de personal mediante el ofrecimiento de la vacante al resto de la plantilla que tenga jornada parcial. Igualmente, teniendo en cuenta que en los contratos de servicios de limpieza el coste de la mano de obra es fundamental la competencia entre licitadoras se circunscribe prácticamente a estos costes; por tanto, los precios ofertados serán mayores cuanto mayores sean estos costes.

Sin embargo, el mismo tribunal, acepta la vinculación con el objeto del contrato de un criterio que valora con 2 puntos a aquellas empresas que oferten contratos indefinidos de las personas conductoras de los autobuses de un servicio de transporte escolar. En esta ocasión, el tribunal considera que la ponderación, así como la justificación referida a que la estabilidad de las personas conductoras repercute en una mejor prestación del servicio, en tanto conocerán mejor a las personas usuarias, las rutas y las paradas, justifica la vinculación con el objeto contractual (RTACRC 1081/2021, de 2 de septiembre de 2021).²⁰¹

El tribunal canario, por su parte, rechaza un criterio que valora el compromiso de integrar la plantilla que ejecutará el contrato con personal con contratos de carácter indefinido. Sin embargo, esgrime como motivo que la justificación no es adecuada porque no se indica cómo se prestaría mejor el servicio contratado, ni cómo se satisfaría mejor el interés público (RTACPC 308/2021, de 8 de noviembre de 2021).

No parece contrario a la aceptación de la vinculación con el objeto contractual el TCCSP en la RTCCSP 359/2019, de 28 de noviembre de 2019. En el caso, se recurre un criterio relativo a la mejora de las condiciones laborales que se traduce en la conversión de la jornada parcial en completa a efectos de evitar la rotación del personal y la precariedad laboral en el sector. El tribunal no lo rechaza por falta de vinculación sino por insuficiente justificación; de hecho, considera que no existe en el expediente la justificación suficiente de la ponderación de 12 puntos otorgada, ni tampoco se dimensiona el impacto económico que supondría.

²⁰¹ Si bien le reprocha otras cuestiones, parece aceptar la misma justificación de la vinculación con el objeto contractual en la RTACRC 885/2021, de 15 de julio de 2021.

El tribunal catalán se pronuncia en el mismo sentido nuevamente en tanto admite, a priori, la vinculación con el objeto contractual de un criterio que evalúa el mayor porcentaje de personal adscrito a la ejecución del contrato con contrato laboral indefinido. Señala el tribunal que dicha cláusula se configura de manera correcta en tanto se refiere a las personas trabajadoras que ejecutarán el contrato y que, en términos generales, cabría afirmar que un mayor número de personas trabajadoras con contratos indefinidos implica una mayor estabilidad laboral y, en consecuencia, una mayor calidad del servicio. Sin embargo, el tribunal reprocha la falta de justificación en el expediente de aspectos como el peso de los costes salariales con respecto a la totalidad del contrato. Ausencia que, en su opinión, no puede ser subsanada por la aportada al recurso. A juicio de este tribunal la motivación de los elementos esenciales que configuran la contratación debe conocerse por las posibles personas interesadas como manifestación del principio de buena administración, transparencia e integridad del derecho de defensa (RTCCSP 388/2020, de 2 de diciembre de 2020).

Misma opinión refleja en la RTCCSP 605/2023 de 15 de noviembre de 2023, en la que rechaza por falta de justificación debida un criterio que valora el porcentaje de personal indefinido en la plantilla que ejecutará la prestación o el compromiso de convertirlo en indefinido.

Acepta el establecimiento de este tipo de criterios el tribunal andaluz. De hecho, en la RTARCJA 11/2021, de 21 de enero de 2021, se recurre un criterio que valora que el porcentaje de contratos indefinidos supere el establecido en el convenio colectivo. El tribunal acoge las explicaciones del órgano de contratación que señalan que quien más tiempo lleve, mejor conocerá los edificios en los que se debe prestar el servicio, por lo tanto, mejor realizará la prestación. Sin embargo, considera que el criterio, tal y como se describe, valora la circunstancia con respecto a toda la plantilla de la empresa; es decir, es un criterio subjetivo y no está vinculado con el objeto del contrato (RTARCJA 11/2021, de 21 de enero de 2021).

En efecto, este tipo de criterios han sido persistentemente rechazados por los tribunales cuando se valoran sobre el total de la plantilla, con base en que esta es una característica subjetiva de la empresa y, por tanto, no está relacionada con el objeto contractual. En otras palabras, planteado así el criterio, no afecta directamente a la calidad del servicio y no es más que un reflejo de las relaciones laborales en la empresa (RTACRC 632/2018, de 29 de

junio de 2018, RTACPG 158/2020, de 30 de septiembre de 2020, RRTACRC 885/2021, de 15 de julio de 2021 y 1103/ 2021, de 9 de septiembre de 2021, RRTACPM 134/2020, de 18 de junio de 2020 y 137/2020, de 18 de junio de 2020).

Claramente a favor de estos criterios se ha posicionado el TACPM desde 2016. En su RTACPM 206/2016, de 6 de octubre, entiende que un criterio que valora el compromiso de convertir en indefinidos los contratos de la plantilla que ejecutará la prestación, o mantenerlos como indefinidos (si ya lo fueran), pretende premiar la estabilidad de la plantilla en la ejecución del contrato, lo cual tiene una clara repercusión en la ejecución del contrato y no es contrario al principio de discriminación, ni restrictivo de la competencia. Igualmente, considera vinculado al objeto del contrato un criterio que valora la contratación con carácter indefinido de las personas que ejecutarán las prestaciones objeto del contrato, en tanto se refiere al personal que ejecutará el contrato y la continuidad de estas personas afecta a la calidad del servicio (RTACPM 4/2020, de 8 de enero de 2020).

También ha aceptado criterios relativos a la estabilidad en el empleo el TACPG. Considera que es, en principio, legal porque se recoge tal cual en la LCSP, el mero hecho de hacer mención a distintos tipos de relaciones laborales no lo convierte en ilegal, además de que no puede considerarse desproporcionado un criterio con una ponderación del 2% (RTACPG 261/2019, de 25 de noviembre de 2019).

Finalmente, ha sido favorable a esta interpretación el TACPA que entiende que es posible valorar el compromiso de integrar la plantilla con personal de contrato indefinido. Este tribunal considera que está vinculado al objeto del contrato en la medida en que la estabilidad laboral aumenta el compromiso y vinculación de las personas trabajadoras con la empresa, tiene impacto en la salud de la plantilla y en su talento, por lo que afecta a la calidad de la prestación puesto que el componente de mano de obra de un contrato de mantenimiento de parques y jardines es fundamental (AATACPA 15/2018, de 27 de marzo de 2018 y 60/2021, de 9 de julio de 2021).

3. Disminución de la jornada laboral

En primer lugar, hay que señalar que, aunque la incluimos en los criterios relativos a las condiciones laborales, esta es una medida que podría tener una finalidad de fomento de la

estabilidad en el empleo, pero también de conciliación de la vida laboral, personal y familiar, entre otras.

En todo caso, contraria a la introducción como criterio de adjudicación o condición especial de ejecución de una cláusula que fija una jornada laboral de 35 horas semanales, frente a la de 39 recogida en el convenio de aplicación ha sido la JCCPE. Esta Junta considera que el criterio no tiene relación con el objeto del contrato en los términos expresados por el TACRC, en tanto no mejora el nivel de rendimiento del contrato, de su objeto o de la calidad de su ejecución. Considera que podría resultar contrario al interés público en tanto reduce las horas de atención a las beneficiarias de este servicio. Además, a su juicio, produce discriminación con aquellas empresas que respetan el convenio en sus 39 horas. Por último, entiende que regula las condiciones laborales de los trabajadores, lo cual no es función del contrato público (Informe de la JCCPE 38/2022, de 29 de julio de 2022).

4. Pagos en los primeros días del mes

En RTACPM 17/2017, de 18 de enero de 2017, el tribunal aplica a un criterio que valora el compromiso de pagar los salarios del personal de vigilancia y seguridad en los tres primeros días del mes su doctrina sobre la procedencia de valorar las condiciones laborales. El tribunal considera que afectan a la prestación sobre todo en un contrato en el que la mano de obra es fundamental y, por tanto, están vinculados al objeto del contrato.

5. Mantenimiento de las condiciones laborales

El TACPM entiende vinculado al objeto del contrato los criterios relativos a la estabilidad laboral como el mantenimiento de las condiciones laborales del personal exigido en el pliego técnico para realizar la prestación. En este sentido, el tribunal señala que los criterios de fomento de la estabilidad en el empleo aparecen expresamente recogidos en la LCSP y, además, en este caso su vinculación está suficientemente justificada por el órgano de contratación (RTACRC 361/2021, de 12 de agosto de 2021).

Hay que señalar que éstos no son los únicos criterios posibles en materia de mejora de las condiciones laborales. Por ejemplo, el TACPN ha aceptado un criterio que premia indirectamente la mejora de las condiciones laborales en un servicio de transporte en autobús. En el mismo se considera que está vinculado al objeto del contrato valorar la disposición de tacógrafo en los autobuses por dos motivos: por un lado, porque mejora las condiciones laborales de las personas trabajadoras, en tanto registra las horas de trabajo y descanso de las personas conductoras del servicio; por otro lado, esto redundaría en la seguridad vial y de las personas viajeras de los autobuses (ATACPN 89/2020, de 9 de octubre de 2020).

En cualquier caso, como vemos, la aceptación de este tipo de criterios es más habitual que la de los que se refieren a condiciones salariales. Incluso, el mismo TACRC, ha admitido su vinculación con el objeto contractual en algunas ocasiones. En todo caso, a las cuestiones que se les alegan, en la medida en que se fundamentan en los mismos argumentos que los relativos a las condiciones salariales, podemos oponerles las mismas consideraciones que ya hemos realizado en el apartado anterior; partiendo, en todo caso, del hecho de que, a nuestro juicio, hay una clara afectación de la calidad del servicio cuando se mejoran las condiciones laborales de las personas que lo ejecutan y que supone un nexo con el objeto contractual interpretado en los términos expuestos en la normativa de contratación pública.

Es llamativo el efecto contradictorio que parecen tener estos criterios en los contratos intensivos en mano de obra, pues mientras unos tribunales ven en esto un motivo para entender la vinculación con el objeto contractual, el TACRC lo rechaza precisamente por ello. Sin embargo, parece que las últimas resoluciones de este tribunal interpretan de manera más flexible la necesaria vinculación con el objeto contractual de estos criterios, lo cual abre un espacio de mayor seguridad para su introducción.

A nuestro juicio, si la impronta de las condiciones laborales en las prestaciones objeto del contrato es clara en general, todavía es más justificable en los contratos en los que los costes de la mano de obra son transcendentales. En este sentido, la Directriz 1/2019, de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya por la que se fijan los criterios para la aplicación de las cláusulas de mejoras laborales y salariales como criterios de valoración de determinados contratos establece que estos criterios serán admisibles en los contratos en los que el coste del personal suponga al menos un 80%, en

aquellos con mucha oferta laboral o en los que se brinden servicios de atención directa a las personas.

Con base en esta definición cabría plantearse si este tipo de criterios están restringidos únicamente a los contratos de servicios que cumplan estas características. Es decir, si no sería posible entender que, por ejemplo, en un contrato de obras²⁰² las condiciones salariales o laborales de las personas trabajadoras afectan al desarrollo de la prestación. A nuestro juicio, a pesar de que el cálculo del presupuesto de obra se basa fundamentalmente en el pago de los materiales necesarios para ejecutarla, la mano de obra en este tipo de contratos es también fundamental y, por tanto, las condiciones laborales de la plantilla que ejecuta la prestación afectan a la ejecución de la obra en sí misma.

Más allá de estas reflexiones, es claro que en este caso también debemos concluir que los criterios relativos a las condiciones laborales deben limitarse al personal que ejecutará las prestaciones objeto del contrato

d) Medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal y medidas de corresponsabilidad

Ya hemos señalado que las medidas de conciliación pueden servir a varias estrategias de género en los contratos: por un lado, son útiles en sectores masculinizados al objeto de fomentar la adopción del rol de cuidados por los hombres trabajadores; por otro, en sectores feminizados pueden contribuir a disminuir la expulsión de las mujeres del mercado de trabajo, la incidencia de los trabajos a tiempo parcial entre la población femenina u otras condiciones que contribuyan a una mayor precariedad laboral de las mujeres, tomando como base que en la actualidad siguen siendo las mujeres las que en su gran mayoría asumen el papel de los cuidados de otros miembros de la familia.

Antes que nada, hay que aclarar que las que hemos catalogado como medidas de corresponsabilidad se han incluido en los criterios analizados dentro de este grupo con la denominación general de medidas de conciliación; por tanto, trataremos conjuntamente ambos aspectos.

²⁰² De hecho, en un contrato de obras se basa la sentencia del asunto Rüffert.

Las medidas de conciliación han seguido, como criterios de adjudicación, una suerte parecida al resto de condiciones laborales. En esta cuestión, igualmente, el TACRC y el TACPM han encabezado las dos posturas contrapuestas, que pasamos a analizar.

En primer lugar, hay que señalar que en los casos en los que el criterio de adjudicación ha consistido, no en el establecimiento de una determinada medida, sino en la existencia de un Plan de conciliación a aplicar a la plantilla que ejecute el contrato, se ha considerado que el criterio no está vinculado con el objeto del contrato. En el caso del TACRC por dos motivos:

- Por tratarse de un criterio social cuya legitimidad ya ha sido rechazada en varias ocasiones con base en su doctrina del rendimiento, en la que se insiste sobre la falta de vinculación del criterio con el objeto contractual por no afectar a la prestación (RTACRC 679/2017, de 27 de julio de 2017).
- Porque es una característica de la empresa que tiene que ver con la política general de responsabilidad corporativa tal y como se entiende en la UE este concepto. Sin embargo, el tribunal señala expresamente que, si hubiera una precisión en la que dichos planes se refirieran exclusivamente al personal que ejecutará la prestación del contrato, sí cumpliría el criterio el requisito de estar vinculado o recaer sobre el objeto del contrato (RTACRC 742/2018, de 31 de julio de 2018).

En el primer razonamiento se enmarca la doctrina del tribunal canario que en el caso de un criterio que valora con 6 puntos contar con un plan de conciliación y con 3 comprometerse a desarrollar uno en el primer año de ejecución del contrato, señala que, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, sólo pueden ser criterios de adjudicación aquellos que estén vinculados directamente con el objeto del contrato y permitan identificar la oferta económicamente más ventajosa. Retoma la doctrina del TACRC y concluye que, si bien el criterio se limita a la plantilla adscrita, por lo que no se refiere a la política general de responsabilidad corporativa de la empresa, no afecta al rendimiento del contrato, ni a la calidad de la prestación, sino a las condiciones de las personas que lo ejecutan siendo por tanto admisible como condición especial de ejecución, pero no como criterio (RTACPC 200/2021, de 14 de julio).

En el segundo razonamiento del TACRC, encaja la opinión del OARC/KEAO que en su resolución 148/2022, de 10 de octubre de 2022, rechaza un criterio relativo al plan de igualdad y conciliación porque no se precisa que dicho plan sea uno específico aplicable

al personal que ejecutará la prestación y no un plan de empresa. El tribunal concluye que se produce, por tanto, una falta de vinculación con el objeto contractual.

Particularmente llamativa es la RTACRC 235/2019, de 8 de marzo de 2019, no tanto por la resolución del tribunal, sino porque, por primera vez, se descuelga un voto particular discordante en la materia, el de Manuel Renedo Omaechevarría. En el caso en cuestión se valoran las medidas concretas de conciliación que las empresas se comprometen a aplicar a la plantilla que realizará los trabajos (hasta 5 puntos) desglosadas en las siguientes cinco medidas:

- ampliación de la edad del menor para solicitar la reducción de jornada expresado en días (1 punto);
- ampliación del permiso retribuido por maternidad expresado en días (1 punto);
- ampliación del permiso retribuido por paternidad expresado en días (1 punto);
- ampliación del periodo de excedencia por cuidado de hijos expresado en días (1 punto);
- oferta cheque servicio que facilite la atención de menores, indicado en importe por años y trabajador (1 punto).

El tribunal, retoma su doctrina sobre que el criterio debe permitir un análisis comparativo del rendimiento de las ofertas con respecto al objeto del contrato tal y como se describe en las especificaciones técnicas. Conforme a esta doctrina, el tribunal concluye que hay ciertas consideraciones, como las medidas de conciliación, que pueden incluirse como condiciones especiales de ejecución, pero no cumplen con características que permitan evaluar el rendimiento por lo que no pueden ser criterios de adjudicación.

Igualmente, el tribunal señala que ni se aprecia ni se justifica en qué incide ese criterio en los servicios objeto del contrato; es decir, no hay vinculación con el objeto del contrato, porque el mismo no se traduce en una mejor prestación del servicio, que es el criterio primordial para determinar si existe tal nexo. Aunque la conciliación sea un bien reseñable, a juicio del tribunal no cumple los requisitos para ser considerado un criterio de adjudicación.

Como hemos adelantado, se emite un voto discordante que entiende:

- por un lado, que la interpretación de la relación del criterio con el objeto del contrato ha cambiado pasando de una en la que los criterios debían repercutir en la prestación,

obra o servicio objeto del contrato de forma directa o indirecta, a la nueva interpretación conforme al art. 145.6 LCSP que define esa vinculación en términos amplios y que no exige que dichos criterios afecten realmente a la prestación, su calidad o sus características, sino que es suficiente que se refieran a cualquier aspecto de los factores que intervengan en el proceso de prestación del servicio. Por tanto, Renedo considera que las medidas de conciliación aplicables a quienes ejecutarán el contrato están vinculadas al objeto contractual, en tanto afectan a factores del proceso de prestación (las personas trabajadoras que brindarán el concreto servicio).

- Por otro, que la conciliación está expresamente prevista en el art. 145 LCSP y no vulnera los principios contractuales de la normativa europea, aunque señala que el criterio no garantiza que vaya a producirse una mejora de la prestación. En todo caso, habrá que revisar que sea coherente con el principio de proporcionalidad y no produzca discriminaciones directas o indirectas con respecto a las restantes licitadoras. Concluye que como se le dan 5 puntos, uno por cada medida, no se considera desproporcionado ni discriminatorio para el resto de las licitadoras que podrían adoptar las medidas si las consideran oportunas.

En todo caso, tras este voto discordante, el TACRC continuó con su doctrina en la materia, e insistió en que las medidas, mismamente si no se exige un plan de conciliación, son equiparables al plan de igualdad y, por tanto, son una característica de la empresa que, además, puede producir discriminación con las empresas que no tengan la obligación de tenerlo (RTACRC 1065/2020, de 5 octubre de 2020). Igualmente, rechaza una cláusula de estas características por su indeterminación que no permite a las licitadoras saber cómo se las va a valorar, además de que no permite conocer si la misma está vinculada al objeto del contrato, es proporcional o discriminatoria entre otras cuestiones (RTACRC 344/2020 de 5 de marzo de 2020).

Sin embargo, tras las anteriores resoluciones, igual que en el caso de los distintivos, parece que el TACRC está modificando su postura doctrinal. Así se deduce de la RTACRC 395/2023, de 30 de marzo de 2023. En el caso, se recurren tres criterios sociales que se evalúan mediante juicios de valor en un contrato de concesión de servicio de transportes por carretera y que valoran:

- las medidas de conciliación que se aplicarán al personal adscrito a la ejecución del contrato por encima de las exigidas en la ley o el convenio de aplicación.

- las medidas que incidan en la igualdad entre mujeres y hombres a aplicar al personal adscrito a la ejecución de e la prestación (se señala que se valorará aplicar un plan de igualdad específico, así como el compromiso de emplear a una mayor proporción de mujeres en puestos de conducción en la plantilla que ejecutará el contrato, para ellos se indicará rango funcional, tipología de contrato, porcentajes y plazos, se señala expresamente que no se valorarán planes de empresa).
- y, por último, la mejora de la capacitación de la plantilla adscrita sobre conducción eficiente y atención y seguridad a la persona usuaria por encima de lo previsto en el convenio de aplicación.

A pesar de que el TACRC había rechazado persistentemente las medidas relativas a la conciliación, los planes de igualdad y la valoración del porcentaje de mujeres entre el equipo que ejecutará la prestación, en esta ocasión se limita a indicar que procede desestimar el motivo del recurso en tanto el mismo señala escuetamente que se fundamenta en la referencia del criterio a la totalidad de la empresa; sin embargo, estas están delimitadas al personal que ejecutará la prestación. Desconocemos si esta resolución forme parte del cambio de postura doctrinal que se vislumbra también con respecto a su resolución 947/2023, de 20 de julio de 2023 en la que acepta un distintivo de igualdad, o se deba a un pésimo planteamiento del recurso. Siendo el primero de los supuestos, esto implicaría admitir no sólo medidas de conciliación como criterio, sino planes de igualdad específicos para los contratos e, incluso, la valoración de la proporción de mujeres que componen la plantilla que ejecutará el contrato.

Quien no se ha alejado de una postura contraria a las medidas de conciliación ha sido el TARCJA que en 2022 emite dos resoluciones muy similares en las que se establecen como medidas de conciliación el aumento de las horas de trabajo de la jornada parcial. En primer lugar, señala que no ha sido justificado debidamente en el expediente del contrato; y en segundo lugar, precisa que no afecta a la prestación del servicio sino que es una mejora social para las personas trabajadoras adscritas a la ejecución del contrato, pero que no repercute en la mejor o más eficaz prestación del servicio contratado (RRTARCJA 25/2022 de 21 de enero de 2022 y 173/2022, de 11 de marzo de 2022).

De la misma manera, rechaza un criterio de adjudicación que valora la ampliación del permiso de paternidad y maternidad el TARCCYL. El tribunal considera que no se explica la vinculación con el objeto contractual más allá de su aplicación al personal que ejecutará

la prestación; además, no se valoran los desiguales efectos entre las licitadoras que puede tener el criterio consecuencia de la diversa composición de sus plantillas (edad, ...). Finalmente, concluye que TSJM ha rechazado la inclusión de criterios que se refieran a condiciones laborales por lo que anula el criterio en cuestión (RTARCCYL 8/2019, de 31 de enero de 2019).

En la misma línea se pronuncia la JCAA quien recientemente ha considerado el plan de conciliación, las mejoras relativas a la jornada, el horario, la distribución del tiempo de trabajo, etc. como discriminatorias y con una gran incidencia en la organización empresarial del trabajo y en la forma de prestación del contrato, así como con un impacto económico en el presupuesto del mismo (Informe 10/2023, de 24 de diciembre de 2023).

En todo caso, en la postura opuesta a la del TACRC se sitúa el TACPM que ya desde su resolución 16/2016, de 3 de febrero de 2016, aceptaba la vinculación de las medidas de conciliación con fundamento en que las mismas afectan a la calidad del servicio en tanto las personas trabajadoras realizarán mejor sus funciones.²⁰³

En su RTACPM 150/2017, de 10 de mayo de 2017, el tribunal madrileño apreció que existía identidad de razón suficiente con la STJUE dictada en el asunto C-368/2010 como para aceptar las medidas de conciliación como criterio de adjudicación. Señala, además que en contratos como el que se revisaba (servicios de limpieza) las condiciones del personal que ejecuta la prestación son determinantes de la calidad de la prestación por lo que tienen claramente repercusión en la misma. Por último, subraya el carácter público y no discriminatorio de dicho criterio.

En la misma línea resuelve en la RTACPM 108/2019, de 20 de marzo de 2019. En el caso, se recurre un criterio que valora las medidas de conciliación que la licitadora ya esté aplicando o se comprometa a aplicar a la plantilla que ejecute el contrato; entre ellas están: la ampliación del permiso de maternidad, la ampliación del permiso de paternidad y permisos retribuidos para asistir al médico, tutorías infantiles y acompañamientos a mayores. El tribunal la considera vinculada al objeto del contrato en los términos expresados en el art. 145 LCSP; es decir, el personal que ejecuta la prestación forma parte de los factores de producción del servicio de limpieza contratado; más si cabe en un

²⁰³ Si bien esta resolución fue recurrida en vía jurisdiccional, el único criterio recurrido y anulado fue el relativo a las mejoras salariales. El TSJM no se pronunció sobre las medidas de formación o conciliación.

contrato en el que el peso de la mano de obra es decisivo, existe subrogación de personal y se requiere la presencia física en el lugar de trabajo en su gran mayoría a jornada completa. Señala el tribunal que la recurrente no alega falta de vinculación del segundo criterio de conciliación (flexibilidad de entrada y salida) establecido en los pliegos. Si entiende vinculado el segundo, no hay razón para no entender relacionado el primero. Más aún, los argumentos esgrimidos por la recurrente en tanto señalan que la falta de vinculación se debe a que no se refiere al servicio de limpieza intrínsecamente vaciarían de contenido la previsión legal del art. 145 LCSP que se refiere expresamente a estas medidas.

El TACPA también considera acorde a derecho un criterio que valora contar con un plan social de ejecución del contrato que incluya entre otras cuestiones un plan de conciliación de la vida laboral y familiar del personal que ejecutará el contrato. Entiende que está relacionado con el objeto del contrato, en tanto existe una vinculación con la mejor calidad en la prestación del servicio y no distorsiona la competencia de manera indebida al asignar únicamente 5 puntos; es más se garantiza una mejor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas (AATACPA 80/2016 de 30 de agosto de 2016 y 60/2021, de 9 de julio de 2021).

El tribunal aragonés acepta un criterio de conciliación nuevamente 2 años más tarde. En un contrato para la conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes, se establece un criterio de adjudicación denominado plan de medidas concretas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar (hasta 2 puntos), se reclama su falta de determinación y de vinculación con el objeto del contrato. En el expediente se justifica el mismo señalando que es un contrato en el que el peso de la mano de obra es preponderante y que las mejores condiciones de trabajo de la plantilla adscrita al contrato, particularmente las medidas de conciliación, redundan en una mayor motivación y mejor disposición del personal, por lo que suponen una mejora del rendimiento. El tribunal no considera que el criterio adolezca de definición, tampoco es desproporcionado, pues sólo pondera 2 puntos. Retoma la RTACPM 16/2016 para concluir que dichas medidas afectan a la calidad del servicio y, por tanto, están vinculadas con el objeto del contrato (ATACPA 15/2018, de 27 de marzo de 2018).

Como vemos, las medidas de conciliación han avanzado por un camino parecido al que han tomado las medidas relativas a las condiciones laborales. En todo caso, a efectos de

conciliar la postura del TACRC, propone Olmo López (2022, pp. 143-144) recurrir a otras medidas, en tanto, según la LCSP, el criterio debe tener como finalidad la conciliación, pero no ser necesariamente una medida de estas características. Es decir, valorar con mayor puntuación una oferta que introduzca mayor tecnificación del trabajo permitirá realizarlo de manera más eficiente y, por tanto, mejorar las posibilidades de conciliación. A nuestro juicio, olvida el autor que una mayor tecnificación no tiene por qué tener como resultado la conciliación, sino que puede redundar en un mayor beneficio empresarial que pase por soluciones como reducciones de la jornada de trabajo del personal o de la propia mano de obra, con las consecuencias en el despido que esto implica, el cual, sin duda, se centrará en aquellas trabajadoras que tengan menor disponibilidad porque necesitan conciliar.

Es decir, a nuestro juicio una medida indirecta de estas características puede producir el efecto contrario al buscado; la única solución que asegura que se tomen medidas de conciliación es valorarlas directamente. Además, creemos, como señala el TACPM, que la LCSP hace una mención expresa de estas medidas porque su vinculación con el objeto contractual debe entenderse desde un punto de vista amplio y flexible, que comprenda el trabajo de las personas como un factor de producción de las prestaciones que se contratan. En efecto, como el tribunal madrileño señala, concluir lo contrario sería anular por completo la previsión del art. 145 LCSP pues ningún criterio de conciliación cumpliría los parámetros de vinculación requeridos.

Por otra parte, y en cuanto a la identidad de razón que el TACPM encuentra entre estos criterios y el asunto C-368/10 del TJUE, debemos recordar que en esa sentencia el tribunal europeo admite la valoración de características de comercio justo como criterios de adjudicación; características que se refieren a las condiciones laborales de las personas que producen los suministros que se quieren adquirir. Si estas condiciones son valorables, con más razón deben serlo las del personal que ejecuta los servicios y obras directamente para la Administración.

e) Contratación de personas en situación o riesgo de vulnerabilidad

En general las cláusulas en esta materia se han referido a la contratación de personas con algún tipo de discapacidad, o pertenecientes a grupos vulnerables; así como de personas en situación de paro o paro prolongado o con dificultades de inserción laboral. En la medida

en que todos estos grupos de personas pueden tocar de manera interseccionada a las mujeres se analizan aquí las tachas puestas a algunas de estas cláusulas.

En primer lugar, hay que precisar que la contratación de personas en situación de paro o paro prolongado o las medidas de lucha contra el desempleo han sido admitidas por el TJUE como condición especial de ejecución en la sentencia Beentjes (31/87) y como criterio de desempate, es decir, a aplicar ante dos ofertas equivalentes, en el asunto Comisión vs. República de Francia (C-225/98).

Sin embargo, la contratación de estos y otros grupos en situación o riesgo de vulnerabilidad ha sido rechazada, según Olmo López (2022, p. 106), por los tribunales administrativos de recursos contractuales por dos motivos:

- falta de vinculación con el objeto del contrato: en este sentido, la RTACRC 679/2017, de 27 de julio de 2017, sobre un criterio que valora el compromiso de incorporar en la plantilla que ejecutará el contrato a personal en situación/riesgo de exclusión del mercado laboral o personal con discapacidad, así como personas que tengan reconocida la situación de víctima de terrorismo, con el objeto de cubrir eventuales necesidades o nuevas contrataciones.²⁰⁴ Igualmente, la RTACRC 69/2021, de 29 de enero de 2021, que anula un criterio relativo a la inclusión de un porcentaje de personas con discapacidad por encima del 2% si la empresa supera las 50 personas trabajadoras, por no considerar que afecta al rendimiento del contrato.
- Carácter discriminatorio cuando a través del mismo criterio se establecía una cláusula de arraigo que permitía privilegiar a las personas desempleadas de una determinada zona geográfica (RTACRC 103/2015, de 30 de enero de 2015).

Ya en 2011, la JCCPE (Informe 12/2011, de 28 de octubre de 2011) señalaba que no consideraba admisible un criterio de adjudicación que valorara el porcentaje de personas en paro a contratar para la ejecución del contrato, en tanto no está vinculado con el objeto del contrato, aunque se admiten como condición especial de ejecución medidas de lucha contra la pobreza.

En sentido contrario, el tribunal canario ha señalado que es posible que un criterio social no comporte un beneficio para el órgano de contratación o los destinatarios del servicio

²⁰⁴ Hay que precisar que en la RTACRC 210/2016, de 18 de marzo de 2016, el tribunal considera conforme a derecho por estar vinculado al objeto del contrato y no ser discriminatorio un criterio que promovía, igualmente, las contrataciones de personas en riesgo de exclusión y personas con discapacidad.

contratado, sino para terceras personas que podrían obtener un mejor empleo durante la ejecución del contrato. Además, señala que el objetivo de fomento de la empleabilidad está reconocido en el objeto del contrato que se revisa.²⁰⁵ Aunque reprocha que dicho objeto, que incluía un aspecto social, no se hubiera justificado de conformidad con el art. 28 LCSP en cuanto a la extensión de la necesidad (RTACPC 242/2022, de 3 de octubre de 2022).

Sin embargo, este mismo tribunal ya había rechazado un criterio de las mismas características tras revisar el objeto del contrato en cuestión porque considera que no se argumenta en el expediente de contratación el valor añadido en la ejecución de la prestación que este criterio aporta. Otra cuestión es que sea admisible como condición especial de ejecución (RTACPC 194/2022, de 1 de agosto de 2022 y previamente rechaza también un criterio parecido en RTACPC 23/2021, de 29 de enero de 2021). Parece, por tanto, que la opinión de este tribunal sobre la vinculación del criterio con el objeto del contrato varía en función de cómo se plantee el objeto contractual en cuestión.

Igualmente, el TACPA está de acuerdo con un criterio de adjudicación que valora contar con un plan social que incluya la contratación de: personas con dificultades de acceso al mercado laboral; personas con discapacidad superior al 50% y personas desempleadas con edad superior a los 45 años. El tribunal considera que garantiza una mejor eficiencia social del contrato y es conforme con las exigencias constitucionales. Concluye que afecta a la mejor calidad de la prestación y por tanto está vinculado con el objeto del contrato. Además, no distorsiona la competencia de manera indebida al asignar hasta 5 puntos (ATACPA 80/2016, de 30 de agosto de 2016).

Por otra parte, el tribunal catalán estimó un recurso contra criterios sociales que valoran la contratación de personal en paro o con dificultades de inserción laboral; sin embargo, el motivo del rechazo se basó en la ausencia de la debida justificación (RTCCSP 222/2021, de 14 de julio de 2021). De hecho, otro criterio similar fue aceptado por el TCCSP como conforme a derecho, ya bajo la vigencia del anterior TRLCSP, siempre y cuando no se refiriera a elementos territoriales que pudieran resultar discriminatorios para empresas con

²⁰⁵ El objeto del contrato era el siguiente: Servicio de gestión integral de las Escuelas Municipales de Educación de Primer Ciclo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria (acogida temprana, programa educativo, actividades complementarias, inmersión lingüística, horario ex-ctividades complementarias, inmersión lingüística, horario extendido, admisión de usuarios, comedor, limpieza, mantenimiento, seguridad, etc.), fomentando la inserción laboral de personas en situación de exclusión social o en grave riesgo de estarlo y la existencia de un plan de conciliación de la vida laboral y familiar del personal existencia de un plan de conciliación de la vida laboral y familiar del personal adscrito a la ejecución del contrato, mejorando las condiciones salariales de estos.

sede en lugares distintos al de la Administración contratante (RTCCSP 89/2018, de 15 de mayo de 2018).

Si bien el TACPM admite la vinculación con el objeto del contrato de los criterios de adjudicación sobre contratación de personas de grupos vulnerables -como quienes están en paro de larga duración, aquellas mayores de 45 años o menores de 30- (RTACPM 4/2020, de 8 de enero de 2020), recuerda que no son admisibles las cláusulas que permitan realizar ofertas hipotéticas o ilusorias, que permiten ventajas indebidas a las licitadoras y que no se traducen, por tanto, en una verdadera ventaja para la Administración o distorsionan la relación calidad-precio. Por tanto, la contratación de personal deberá establecer un mínimo o máximo que resulte útil al contrato en cuestión y que podrá determinarse por relación al total de los medios que será necesario adscribir para la ejecución del contrato (RTACPM 332/2021, de 15 de julio de 2021).

En el caso anterior, el tribunal considera conforme a derecho el criterio en cuestión. Sin embargo, en RTACPM 516/2019, de 12 de diciembre de 2019, anula un criterio de adjudicación que valora la contratación, con contrato indefinido, de personal en riesgo de exclusión o que estén en paro de larga duración, en tanto la valoración se refiere a su contratación en los últimos tres meses previos a la fecha de fin de presentación de ofertas. El tribunal señala que no está vinculado con la oferta, en tanto la contratación que se valora es previa a la misma.

Igualmente, el TARCJA anuló un criterio que valoraba el porcentaje de personas con discapacidad en la plantilla de la empresa, en este caso por referirse a una característica subjetiva y no estar, por tanto, vinculadas con el objeto del contrato (RTARCJA 89/2018, de 4 de mayo de 2018). En el mismo sentido se ha pronunciado el TACPN sobre dos criterios de adjudicación que premiaban el mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad y el menor porcentaje de eventuales (ATACPN 119/2018, de 21 de noviembre de 2018).

C.2.2. Principios de igualdad y no discriminación

Más allá de la vinculación con el objeto contractual, las normas contractuales y la jurisprudencia del TJUE imponen a los criterios de adjudicación el cumplimiento de los principios del derecho europeo y, entre ellos, especialmente el de igualdad y no

discriminación y el de proporcionalidad. En el art. 18.1 Directiva 2014/24/UE se establecen expresamente como principios de la contratación el de igualdad y no discriminación y el de transparencia y proporcionalidad, trasladándose el primero de ellos al art. 1.1 LCSP.

El TJUE ha interpretado este límite siempre en el entendido de que una cláusula no puede favorecer a las empresas de un determinado estado miembro frente a las de otros. En este sentido, la cláusula no debe resultar en un criterio que sólo las licitadoras de algunos estados miembros UE podrían cumplir o lo cumplirían más fácilmente que las de otros estados (STJUE Beentjes) independientemente de que dicho beneficio afecte a una parte o a todos los productos nacionales (STJUE asunto C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana). En ningún caso será posible exigencias tales como el establecimiento de empresas en determinadas zonas geográficas con el objeto de promover el desarrollo económico de zonas deprimidas (STJUE asunto C-351/88, Laboratori Bruneau, Srl).

En esta línea, no es posible valorar aspectos que impliquen la contratación de personas inscritas en oficinas de desempleo de una determinada localidad, ni primar a las empresas radicadas en un determinado municipio o comarca, en tanto, tales consideraciones serían una cláusula de arraigo no admitida en el derecho europeo (JCCAA Informe 6/2009, de 15 de abril de 2009 y JCCPE Informe 3/09, de 25 de septiembre de 2009) y que implica discriminación contra las personas trabajadoras no inscritas en dichas oficinas (RTACPM 4/2020, de 8 de enero de 2020).

Cuestión distinta son los criterios de adjudicación que hacen referencia a normativa local de obligado cumplimiento por el poder adjudicador contratante y que obligará en la ejecución a cualquier operadora económica que resulte adjudicataria. En este sentido, se pronuncia el OARC/KEAO sobre un criterio por el que se valora la realización de una evaluación de impacto de género de conformidad con la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres aprobada por el Parlamento Vasco. Se recurre el criterio por considerarlo de arraigo territorial. Sin embargo, el OARC/KEAO señala que el hecho de solicitar que se atienda a la ley del País Vasco, que es la que obliga a la administración contratante, no supone ventajas ilegítimas o discriminatorias en favor de las operadoras con domicilio social u origen en Euskadi frente a las que no residan en este territorio; sino que implica el cumplimiento estricto de la legalidad aplicable (ROARC/KEAO 148/2021, de 16 de septiembre de 2021).

Corolario del principio de igualdad es el principio de transparencia y publicidad que, en materia de criterios de adjudicación, exige que todas las licitadoras conozcan como van a ser valoradas sus ofertas desde la publicación de los pliegos, incluidas las ponderaciones de dichos criterios (RTACRC 1065/2020, de 5 de octubre de 2020). Para ello, las mismas deberán formularse de forma clara y precisa (JCCAA Informe 16/2015, de 4 de noviembre de 2015).

En efecto, el TJUE considera contrarias al derecho de la UE las cláusulas genéricas o que no presentan la suficiente claridad o precisión como para que tengan dos resultados: que cualquier licitadora razonablemente informada y normalmente diligente pueda conocer con certeza el alcance de los requisitos impuestos e interpretarlos de la misma manera; y que los órganos de contratación puedan comprobar de manera efectiva el cumplimiento de los criterios establecidos (Ortiz Vidal, 2017, p. 43-44).

En cuanto al segundo requisito, en la RTACPG 76/2018, de 20 de septiembre de 2018, se consideró inválido un criterio que establecía el compromiso de subcontratación con personas LGTBQ porque la comprobación del mismo implica el conocimiento de unos datos personales especialmente protegidos. En efecto, esto dificulta la comprobación del cumplimiento del criterio; por un lado, porque no es exigible a las personas trabajadoras que declaren su orientación sexual; por otro, porque no existen documentos que acrediten la misma.

Por otra parte, ya hemos ido viendo cómo las mismas han sido rechazadas por considerar que generan distorsiones entre empresas cuando unas están obligadas a cumplir con el criterio y otras no, como los planes de igualdad (RRTACRC 660/2018, de 6 de julio de 2018 o 1065/2020 de 5 de octubre de 2020) o cuando se considera que la cláusula perjudica a las PYMES o a las empresas con menor capacidad de financiación en cuanto a las mejoras salariales o laborales (RRTACRC 1059/2016, de 16 de diciembre de 2016 o 605/2020, de 26 de agosto de 2020).

Pero el principio de igualdad y no discriminación también ha sido interpretado con relación a las distintas personas que ejecutarán el contrato. Así el TCCSP considera discriminatorio una mejora salarial aplicable sólo al personal que tenga 5 años o más en la prestación del servicio (a efectos de fidelización de sus conocimientos y experiencia) porque el resto de

las personas que prestan el mismo servicio tendrán una remuneración inferior (RTCCSP 640/2023, de 13 de diciembre de 2023).

Igualmente, han sido rechazados por discriminatorios pliegos que hacían referencia al personal que componía el equipo de trabajo en femenino, excluyendo, a juicio del tribunal, la contratación de hombres (RTACRC 747/2020, 26 de junio de 2020).

C.2.3. Proporcionalidad

Gimeno Feliú (2022, pp. 6-7) indica que el principio de proporcionalidad tiene dos características: en primer lugar, implica la comparación del medio y el fin; en segundo lugar, tiene un carácter relativo, debido a que los límites que el mismo impone no son abstractos, sino que deben apreciarse en función de las circunstancias de cada caso.

En general, en los criterios de adjudicación de igualdad de mujeres y hombres la determinación del cumplimiento de este límite ha venido determinada por la ponderación que dicho criterio tenga con respecto a la totalidad de la puntuación, así como por la justificación de dicha ponderación en el expediente correspondiente.

Como avanzamos, la Comisión Europea (2021, p. 52) señala que no se ha determinado un porcentaje máximo de puntuación que debe ser asignado a un criterio de carácter social, sino que deberá determinarse en función del riesgo que implique la ausencia de dicho compromiso, o los posibles beneficios que su cumplimiento genere. Igualmente, habrá de considerarse si dichas cuestiones sociales forman parte del pliego de prescripciones técnicas o de otros documentos de la licitación.

Por otra parte, Gallego Córcoles (2019, p. 116) enumera, con base en la STJUE Wienstrom (C-448/01), los aspectos que ha tenido en cuenta el TJUE para determinar si un criterio de adjudicación es contrario al principio de proporcionalidad por suponer una “distorsión injustificada” a la libre competencia:

- Si se da prioridad al criterio que se expresa en cifras, entendiéndose que cuando al criterio precio, expresado en cifras se le da una puntuación 10 puntos mayor al criterio estratégico no se produce esta distorsión. Es decir, es preciso hacer una valoración de la ponderación de ese criterio con respecto al peso del resto de criterios de adjudicación.

- Si el criterio es útil a los fines estratégicos que persigue; es decir, si es relevante para la protección de los derechos de las mujeres o el principio de igualdad entre mujeres y hombres. En este sentido hay que recordar que, en el asunto Wienstrom, el TJUE acepta una ponderación de 45 puntos al criterio ecológico con fundamento en la relevancia que el suministro de energía eléctrica verde tiene. En otras palabras, es preciso valorar, como señala la Comisión la importancia de los beneficios o riesgos que ese criterio aporta.
- Si la importancia de este objetivo está reconocida o no por la UE. En lo que a este trabajo se refiere, hay que señalar que el principio de igualdad entre mujeres y hombres está protegido en las normas de la UE.

En cuanto a la aplicación de este límite, hay que reconocer que la interpretación del mismo ha variado en función de si el tribunal en concreto ha encontrado el criterio vinculado con el objeto del contrato o no. Así, el TACRC considera las mejoras salariales establecidas en algunos contratos desproporcionadas (RRTACRC 1059/2016, de 16 de diciembre de 2016, 355/2017, de 21 de abril de 2017 y 445/2017, de 26 de mayo de 2017) en tanto el porcentaje de puntuación no es muy alto, pero el criterio no admite graduaciones; es decir, quien lo cumpla recibirá el total de la puntuación y quien no lo haga cero puntos. Contrariamente, el TACPM entiende proporcionadas ponderaciones de hasta 25 puntos en los mismos criterios, precisamente por el peso que la mano de obra tiene en la prestación (RTACPM 17/2017, de 18 de enero de 2017).

En todo caso, el tribunal madrileño reconoce que las normas no establecen una ponderación específica o un rango de ponderación para criterios sociales por lo que considera adecuados, también, los 15 puntos que se le otorgan a las medidas de conciliación en la RTACPM 108/2019, de 20 de marzo de 2019.

Otros tribunales como el TACPA ponen el acento en la necesidad de una adecuada justificación que señale los motivos por los que se establece un máximo de aumento y la forma de atribución de puntuaciones, sobre todo cuando el criterio es ponderado con 23 puntos (ATACPA 54/2021, de 18 de junio de 2021).

Por último, hay que señalar que este límite se relaciona con el siguiente, en tanto se considera que sería anulable, por conceder una libertad de elección ilimitada, un criterio que establezca que se puede recibir una puntuación entre 1 y 20 puntos por valores sociales y no indique qué parámetros se tendrán en cuenta para determinar el número exacto de

puntos (Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, 2011, p. 38).

C.2.4. No otorgar al órgano una libertad de decisión ilimitada

Para dilucidar esta cuestión debemos regresar sobre la distinción entre criterios automáticos, que se valoran mediante fórmulas, y criterios sometidos a juicios de valor. En el caso de los primeros, las autoridades que contratan no tienen margen de discrecionalidad alguna, puesto que la puntuación resultante vendrá determinada por la simple aplicación de una fórmula. Sin embargo, los criterios evaluables mediante juicios de valor tienen como carácter distintivo la decisión discrecional de la mesa que valora la oferta.

En este sentido, hay que señalar que los criterios de adjudicación sometidos a juicios de valor deben otorgar un margen de discrecionalidad a quien los evalúa, pero no pueden incurrir en arbitrariedad (ROARC/KEAO 209/2019, de 3 de diciembre de 2019) y que es función de los tribunales controlar si la Administración ha superado su margen de discrecionalidad e incurrido en arbitrariedad. En este sentido, un criterio indeterminado o mal definido implica arbitrariedad (RTACRC 648/2018, de 6 de julio de 2018).

Para evitar que se critique un criterio de igualdad por ser arbitrario, Lesmes Zabalegui (s.f., p. 12) propone que no se introduzcan criterios de género sometidos a juicios de valor, limitándose únicamente a los automáticos. Ya habíamos visto que Pintos Santiago (2020, ap. III.2.1.) realizaba una reflexión parecida. Insistimos, por tanto, en que, a nuestro juicio, esta decisión dependerá de las características del contrato y del criterio de género que se quiera incorporar y recordamos que tanto el EIGE et al. (2022, p. 63) como la Comisión Europea (2021, p. 52) proponen como adecuados criterios cuya valoración es prácticamente en su totalidad de carácter discrecional.

5.2.4. OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS O DESPROPORCIONADAS

Cuando una empresa realiza una oferta económica excesivamente baja, puede haber dudas sobre su viabilidad. Por eso, las normas de contratación prevén un procedimiento para la detección de las posibles bajas temerarias, así como su comprobación.

El procedimiento de presunción de baja anormal o desproporcionada supone también un mecanismo para asegurar que todas las empresas compiten en igualdad de condiciones; condiciones que implican el cumplimiento de las normas sociolaborales vigentes. Así, si el principio de riesgo y ventura empuja a la contratista a reducir costes con el objetivo de aumentar su beneficio económico, teniendo esto un efecto negativo en las condiciones laborales (Rodríguez Escanciano, 2019, p. 38), la exigencia prevista en el LCSP de cumplimiento de las normas internacionales y nacionales sociolaborales quiere ser un contrapeso a este posible proceder, para garantizar que dicha rebaja de costes no se ha hecho a costa de vulnerar los derechos de las personas empleadas en la ejecución del contrato.

En el marco de la contratación estratégica de género, a efectos de asegurar que los derechos de las mujeres trabajadoras que ejecutarán las prestaciones del contrato están debidamente garantizados nos interesará, sobre todo en contratos con un gran peso de mano de obra, en sectores feminizados y con bajos salarios, asegurarnos de que las bajadas económicas que ofertan las licitadoras no se han realizado sacrificando sus derechos laborales.

A. Régimen jurídico

La regulación de las ofertas anormalmente bajas se contiene en los arts. 69 Directiva 2014/24/UE y 149 LCSP. Según la norma nacional, el procedimiento se prevé para el caso de que el órgano de contratación presuma que una oferta es inviable debido al bajo nivel de los precios ofertados.

Para determinar si una oferta se encuentra incurso en esa presunción de anormalidad, los poderes adjudicadores deberán establecer en los pliegos del contrato los parámetros objetivos que se utilizarán para dicha evaluación. Si bien antes de la LCSP, dicha baja se establecía únicamente sobre el precio del contrato. En la actualidad, la norma admite esa posibilidad sólo cuando el único criterio de adjudicación es el precio. Sin embargo, cuando existe más de un criterio de adjudicación se exige que la incursión en baja anormal o desproporcionada se evalúe con respecto a la oferta en su conjunto (art. 149.2 LCSP).

En un caso o en otro, dichos parámetros deberán establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares y permitirán asegurarse de que la oferta de la licitadora es suficiente para garantizar los derechos sociales y laborales de las personas trabajadoras.

Por último, hay que tener en cuenta que, de comprobarse que la presunción de anormalidad de la oferta es cierta, la oferta será excluida del procedimiento de licitación.

B. Procedimiento

La exclusión de la oferta no es, sin embargo, automática, sino que deberá llevarse a cabo tras el procedimiento contradictorio establecido en el LCSP.

En efecto, en primer lugar, la mesa evaluará si, conforme a los parámetros objetivos establecidos en el pliego, alguna de las ofertas se encuentra incurso en presunción de anormalidad. En el caso de que así fuere, la mesa requerirá a la empresa para que explique el bajo nivel de los precios ofertados. Sólo cuando de que la explicación no sea satisfactoria, podrá la mesa adoptar decisión motivada, y proceder el órgano de contratación a excluir dicha oferta (art. 69.3 Directiva 2014/24/UE y art. 149.6 LCSP).

Sobre el procedimiento de bajas anormales o desproporcionadas el TACRC mantiene una doctrina que puede resumirse en los siguientes puntos (RTACRC 1255/2021, de 13 de septiembre de 2021):

- se ha de tramitar un procedimiento contradictorio con audiencia a la licitadora para que pueda justificar el bajo nivel de los precios o costes ofertados;
- existe una presunción *iuris tantum* de que la oferta no puede ser cumplida, presunción que debe ser destruida por la licitadora;
- no es precisa una justificación exhaustiva, pero sí explicaciones suficientes que aclaren satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes;
- la justificación de los argumentos ha de ser más profunda o sólida cuanto mayor sea la anormalidad de la oferta;
- la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no corresponde al órgano de contratación;
- el control jurídico de esa decisión es limitado; dado que es una decisión discrecional, se aplicará la doctrina de los límites de la discrecionalidad técnica de la Administración;
- el rechazo de la oferta exige una resolución motivada por el poder adjudicador.

C. Justificación

Tanto la Directiva 2014/24/UE como la LCSP señalan las cuestiones sobre las que podrá pedir explicaciones la mesa de contratación a efectos de que la empresa que realizó la oferta presuntamente anormal explique el bajo nivel de los precios. De entre ellos, las normas han querido dar especial relevancia al cumplimiento de las obligaciones sociales y medioambientales.

Para empezar, como hemos dicho, se consideran dichas obligaciones como una de las cuestiones sobre las que la mesa puede exigir explicaciones a la licitadora incurso en presunción de anormalidad. En efecto la LCSP establece que se podrá pedir justificación sobre “el respeto de las obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201” (art. 149.4 d) LCSP).

Además, se establece el rechazo directo de la oferta en el caso de comprobar que es anormalmente baja porque vulnera la normativa sobre subcontratación o no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes (art. 149.4 LCSP). Como vemos no hay margen de discrecionalidad para el poder adjudicador en esta materia; en el caso de que se vulneren las normas mencionadas, tanto la directiva europea como la ley nacional exigen el rechazo de la oferta y, por tanto, su exclusión. Así lo recuerda el tribunal canario en su resolución 97/2021, de 5 de abril de 2021, en la que subraya la obligación de comprobar que la incursión en presunción de baja anormal o desproporcionada no se debe a que se vulnera la normativa laboral o social aplicable, incluyendo el convenio colectivo sectorial; de lo contrario, la proposición deberá ser rechazada.

En concreto, cuando menciona esta obligación, la Directiva 2014/24/UE se refiere expresamente al cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el art. 18.2 de la misma y que se vinculan con la garantía de los convenios internacionales enlistados en el anexo X de la norma europea. La LCSP, por su parte, hace referencia a las obligaciones dispuestas en el art. 201 LCSP que se remite al anexo V LCSP en el que se contiene la misma lista de tratados internacionales. Entre ellos, recordemos que se encuentra el Convenio nº 100 OIT relativo a la igual remuneración de mujeres y hombres por un trabajo de igual valor y el

Convenio nº 111 OIT referido a la prohibición de la discriminación, entre otras cuestiones por razón de sexo, en el empleo y la ocupación.²⁰⁶

Por tanto, en caso de incurrir en presunción de anormalidad, es indispensable que el órgano de contratación requiera la documentación que efectivamente acredite el cumplimiento de dichas obligaciones sociales y laborales (Comisión Europea, 2021, p. 57); de otra manera, no se podrá tener certeza de que el bajo nivel de los precios no se debe al incumplimiento de esas obligaciones.

En cuanto a qué se entiende por una satisfactoria justificación del bajo nivel de los precios, ya hemos señalado que el TACRC considera que corresponde decidirlo al órgano de contratación. Sin embargo, este tribunal ha realizado algunas apreciaciones en la materia. En efecto, el órgano colegiado indica que la justificación de la baja temeraria es correcta si se desglosan los costes salariales y los datos mínimos de los precios en otras partidas (RTACRC 1279/2019, de 11 de noviembre de 2019). Por otra parte, ha rechazado justificaciones relativas a la solvencia de la empresa cuando no realizan una justificación objetiva, es decir, relacionada con el contrato (RTACRC 513/2020, de 2 de abril de 2020).

En el mismo sentido, en RTACRC 1131/2019, de 7 de octubre de 2019, el tribunal señala *obiter dicta* que está motivada la exclusión de una oferta que incurrió en presunción de baja por no cubrir las necesidades mínimas del contrato en relación con el personal. En el caso, no se cumplía con la exigencia del convenio colectivo de estimar los costes relativos al personal con sus complementos.

Por otra parte, señala que si bien la oferta a precio 0€ en un criterio no supone una exclusión automática, hay que revisar si no se ha utilizado de forma fraudulenta para provocar la inoperancia de la fórmula y vulnerar así las reglas de la competencia real y efectiva que si fueron respetadas por el resto de las licitadoras (RTACRC 299/2023, de 9 de marzo de 2023).

Finalmente, el OARC/KEAO ha admitido bajadas de precio basadas en el ahorro en cuotas de seguridad social que produce la contratación de personas con discapacidad. No admite la explicación de la Administración que señala que no se detalla ni explica a quién contratará, o cómo lo hará, por lo que no es posible comprobar que es cierto el motivo de

²⁰⁶ Y que, a raíz de la Directiva (UE) 2023/970, puede entenderse incluida la obligación de remunerar en condiciones de igualdad a mujeres y hombres.

la baja. A juicio del órgano unipersonal, la solicitud que le fue enviada a la licitadora para que justificara sus precios fue muy genérica y no exigía tales extremos. Por tanto, concluye que se trata de un ahorro legal, permitido y equiparable a las ayudas de Estado que la propia LCSP admite (ROARC/KEAO 153/2021, de 28 de septiembre de 2021).

5.2.5. CRITERIOS DE DESEMPATE

Para el caso de que de la aplicación de los criterios de adjudicación resultara un empate en la puntuación obtenida por dos o más licitadoras (obviamente, las que hayan presentado las mejores ofertas), la LCSP prevé en su art. 147 la posibilidad de establecer en los pliegos del contrato los criterios de desempate que se tomarán en cuenta.

En concreto, el precepto prevé dos posibilidades: en el apartado primero del mismo, se establecen los requisitos que deben cumplir los criterios de desempate en el caso de que los mismos se establezcan en los pliegos del contrato; en el apartado segundo del artículo se señala un listado, por orden de prioridad, de los criterios que se aplicarán en defecto de previsión alguna en los pliegos del contrato.

Así, el primer apartado del art. 147 LCSP exige que los criterios de desempate previstos en los pliegos cumplan dos requisitos: en primer lugar, deberán estar vinculados con el objeto del contrato; en segundo lugar, deberán referirse a alguno de los supuestos señalados en las letras a) a e) de dicha disposición. Es decir, se dará preferencia a:

“a) Propositiones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa. En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

b) Propositiones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que

cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.

c) En la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial.

d) Las ofertas de entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo para la adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo.

e) Propositiones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres" (art. 147.1 LCSP).

Por otra parte, en caso de ausencia de previsión en los pliegos se aplicarán los siguientes criterios de desempate en el orden que aquí se menciona:

“a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.

b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.

c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.

d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.” (art 147.2 LCSP).

Varias de las propuestas incluidas en este precepto pueden ser útiles en el marco de la contratación estratégica de género. Por ejemplo, se podrá impulsar el sector de las entidades sin ánimo de lucro porque se quiere privilegiar a entidades lideradas por mujeres o como sector eminentemente feminizado; o se puede encontrar utilidad al hecho de

privilegiar a las personas con algún tipo de discapacidad o que tienen dificultades de inserción laboral en tanto el objetivo de igualdad deseado es favorecer a mujeres que se encuentran en estas situaciones; o incluso puede ser beneficioso dar prioridad a aquellas empresas con menor índice de temporalidad entre las personas empleadas, cuando el objeto del contrato se refiere a un sector en el que la mano de obra femenina es fundamental.

Hay que precisar que en ninguno de estos casos es viable establecer un criterio de desempate que discrimine a las mujeres frente a los hombres; es decir, por el momento, no es plausible que la disposición autorice a que el porcentaje de personas con discapacidad que se valore sea únicamente el de mujeres (con base en cómo los tribunales de recursos contractuales están interpretando el principio de igualdad). Ni, claramente, es posible privilegiar a entidades sin ánimo de lucro dirigidas por mujeres (con fundamento en las resoluciones relativas a las reservas contractuales).

En todo caso, la letra e) del primer apartado del artículo y la letra c) del segundo apartado establecen criterios claramente vinculados con la igualdad entre mujeres y hombres y que derivan del mandato que el art. 34.2 LOI establece para el caso de los contratos celebrados por la Administración General del Estado.

Respecto a ellos, es muy importante aclarar que, en el caso de no realizar previsión alguna en los pliegos, el criterio de desempate que evalúa el porcentaje de mujeres en plantilla se aplicaría siempre en tercer lugar; es decir, cuando de la aplicación sucesiva de los dos anteriores no se hubiera logrado generar un desempate.²⁰⁷ Sin embargo, el primer apartado del art. 147 LCSP no establece un orden entre esos criterios de desempate, por lo que el mismo puede ser alterado en los pliegos del contrato y, si es conforme con el objetivo de igualdad que se pretende lograr, se podría establecer como primer criterio de desempate el relativo a las ofertas presentadas por empresas que hayan adoptado medidas en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

Por otra parte, señala Burzaco Samper (2016, p. 291) que es cuestión debatida doctrinalmente si las previsiones legales establecidas para los criterios de desempate eran o no ampliables en los pliegos de los contratos. No es clara la posición de todos los órganos de recursos contractuales en esta materia, porque, si bien algunos parecen admitir que los

²⁰⁷ En este sentido, la JCCPE ha señalado que los criterios del ap. 2º del art. 147 LCSP, se deben aplicar por orden, de manera sucesiva, por lo que tienen carácter excluyente y eliminatorio (Informe 48/2019, de 16 de marzo de 2020).

pliegos establezcan criterios de desempate distintos a los del primer apartado del art. 147 LCSP (ROARC/KEAO 197/2021, de 16 de diciembre de 2021); es cierto, que al haber utilizado las cámaras legislativas al expresión “dichos criterios de adjudicación específicos para el desempate deberán estar vinculados al objeto del contrato y se referirán a”²⁰⁸ (art. 147.1 LCSP) no parece que ofrezcan margen a la Administración para establecer en los pliegos criterios distintos a los previstos en ese apartado.

En efecto, la JCAA señala que la regulación en los pliegos deberá atender a las limitaciones impuestas por el apartado 1º del art. 147 LCSP; es decir, que estén vinculados al objeto del contrato y se refieran a alguna de las cuestiones señaladas en las letras a) a e) de dicho párrafo (Informe 7/2021, de 10 de mayo de 2021).

En el mismo sentido, el TACRC ha anulado cláusulas que establecen un criterio de desempate de conformidad con los del artículo 147.2 LCSP porque considera que cuando se prevén en el pliego deben estar vinculados con el objeto del contrato y referirse a los supuestos del apartado 147.1 LCSP. Así, el sorteo no está vinculado con el objeto del contrato (RTACRC 1111/2018, de 30 de noviembre de 2018) y, además, se refiere a los parámetros previstos en el apartado segundo del art. 147 LCSP. Tampoco encuentra relación con los requisitos previstos en la LCSP el TARCCYL en un criterio de desempate que establece la preferencia en favor de cooperativas (RTARCCYL 97/2019 de 4 de julio de 2019).

Otra cuestión debatida es la exigencia de vinculación con el objeto del contrato que se establece en el art. 147.1 LCSP. A este respecto, Olmo López (2022, p. 54) señala que, a pesar de que la LCSP exige la vinculación de los criterios de desempate con el objeto del contrato, a su juicio, no debería exigirse este requisito en atención a la naturaleza de dichos criterios, cuya función no es evaluar el rendimiento de cada oferta, sino dirimir empates cuando estos pudieran suceder. Pozo Bouzas (2018, p. 29), por otra parte, recuerda que según el Consejo de Estado los criterios de desempate son verdaderos criterios de adjudicación y, por tanto, deben cumplir con los requisitos que se les imponen a los mismos.

En todo caso, el mismo art. 147 LCSP en los dos apartados que lo componen, enlista ejemplos que como criterios de adjudicación (no de desempate) han sido reiteradamente

²⁰⁸ El subrayado es nuestro.

criticados por su falta de vinculación con el objeto contractual, en tanto se refieren a la totalidad de la plantilla, a características subjetivas de las empresas o a medidas establecidas, no para la ejecución contractual, sino a fin de plazo de presentación de ofertas. Más allá de que el sorteo, técnica de desempate utilizada comúnmente, carece de cualquier tipo de vinculación con ningún objeto contractual.

Por tanto, es inevitable concluir que la vinculación con el objeto del contrato exigida en el caso de los criterios de desempate es mucho más flexible que en lo relativo a los criterios de adjudicación e incluso condiciones especiales de ejecución. En este sentido se ha pronunciado el OARC/KEAO, quien considera vinculado al objeto del contrato un criterio de desempate que premia el mayor porcentaje de mujeres conductoras de autobús en la plantilla, en tanto la vinculación al objeto del contrato de los criterios de desempate exigida en el art. 147 LCSP se refiere a características de las empresas o al porcentaje de personal de la plantilla de la empresa que cumple con un determinado requisito (ROARC/KEAO 197/2021, de 16 de diciembre de 2021).

Por último, en cuanto a la forma de acreditación de los supuestos previstos en el art. 147.1 LCSP, la norma sólo señala que la misma deberá exigirse en el momento en que se produzca el empate y no antes. En este sentido, en lo relativo a la documentación a solicitar, Rodríguez Escanciano (2019, pp. 81-84) propone los siguientes como medios de prueba: el distintivo de igualdad (art. 50 LOI); la presencia equilibrada de mujeres en consejos de administración (art. 75 LOI); los planes de igualdad (art. 45 LOI); o las medidas de conciliación.

En cuanto a los planes de igualdad que menciona, parecería factible considerar que es una medida de igualdad de oportunidades contar con el mismo y que, por tanto, encajaría como criterio de desempate en el 147.1.e) LCSP (Sanmartín Mora, 2022, p. 2). Sin embargo, el tribunal catalán se ha posicionado en contra de un criterio de desempate de estas características. En efecto, ha señalado que no considera que el cumplimiento de las obligaciones laborales como la tenencia de un plan de igualdad deba suponer mayor valoración para la empresa a los efectos de la adjudicación del contrato, incluso en el caso de un empate (RTCCSP 34/2021, de 3 de febrero de 2021).

5.3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

La ejecución es una parte esencial del contrato puesto que de la misma depende la verdadera eficacia de las previsiones de igualdad de género realizadas en los pliegos. En materia de cláusulas de igualdad se refleja en dos cuestiones: en primer lugar, en la previsión en los pliegos de condiciones especiales de ejecución de género; y, en segundo lugar, en cuanto a los mecanismos que se establezcan para asegurar un adecuado seguimiento y evaluación de dicha ejecución.

5.3.1. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

La función que cumplen las condiciones especiales de ejecución en el contrato es distinta a la de los requisitos de solvencia, así como a la de los criterios de adjudicación. Tanto los requisitos de solvencia, como los criterios de valoración se establecen para todas las licitadoras, mientras que las condiciones de ejecución sólo las debe cumplir la contratista. Por otra parte, la solvencia forma parte de los requisitos que se le exigen a las operadoras económicas para poder participar en el procedimiento de adjudicación y asegurar, en el caso de que sea adjudicataria, que no existe riesgo de que el contrato no pueda ejecutarse en los términos previstos. Los criterios de adjudicación se refieren a la valoración de la oferta y las licitadoras pueden modular en qué medida los cumplen en función de sus circunstancias. En cambio, las condiciones de ejecución son obligaciones de carácter estratégico que determinan el modo en que se llevará a cabo la prestación siendo obligatorias para cualquier empresa que se convierta en contratista (Medina Arnáiz, 2019b, pp.128-129).

Puesto que las condiciones especiales de ejecución se traducen en obligaciones, es relevante distinguir entre estas y las obligaciones impuestas a los poderes adjudicadores en el art. 201 LCSP. En efecto, en este artículo se obliga a los órganos de contratación a adoptar todas aquellas medidas que resulten precisas para garantizar que las contratistas cumplen con sus obligaciones laborales, sociales y medioambientales de conformidad con lo establecido en el derecho de la UE, el nacional, los convenios colectivos o el resto de las disposiciones de derecho internacional que resulten vinculantes; en particular, las establecidas en el anexo V LCSP.

Además de la supervisión que la Administración debe realizar durante la ejecución del contrato, la LCSP otorga la facultad al órgano de contratación de revisar el cumplimiento de dichas obligaciones por las licitadoras o candidatas durante el procedimiento de licitación.

Finalmente, el art. 201 LCSP prevé la imposición de las penalidades previstas en el art. 192 LCSP por el incumplimiento de estas obligaciones durante la ejecución del contrato, particularmente por el retraso reiterado en el pago de salarios o la retribución inferior a la establecida en los convenios colectivos cuando ésta sea grave y dolosa.

Sobre esta disposición, hay que recordar, en primer lugar, que deviene, junto con el anexo indicado, del ya citado art. 18.2 Directiva 2014/24/UE que el TJUE ha reconocido con carácter de principio de la contratación su STJUE, de 30 de enero de 2020, en el asunto Tim SpA, C-395/18.

En segundo lugar, debemos aclarar que, aunque comparte caracteres con las condiciones especiales de ejecución (como su carácter social, su obligatoriedad durante la ejecución del contrato o la imposición de penalidades frente a su incumplimiento) no son lo mismo.

Las obligaciones derivadas de las normas sectoriales (medioambientales, sociales, laborales, de igualdad, ...) a las que se refiere el art. 201 LCSP tienen carácter de obligación legal, no contractual; por tanto, se aplican por imperativo legal y no es preciso establecerlas en el pliego (salvo con carácter de recordatorio), en tanto ya están establecidas en las normas sectoriales; es decir, su obligatoriedad no deriva del contrato sino de las propias normas que las imponen (Medina Arnáiz, 2019b, p. 129). Por último, las obligaciones legales atañen de manera global a la actividad de la empresa (RTACRC 1071/2018, de 23 de noviembre de 2018) y no exclusivamente durante la ejecución del concreto contrato.

Las condiciones especiales de ejecución, por su parte, hay que establecerlas en el pliego, si bien la Directiva 2014/24/UE y el art. 202 LCSP señalan su carácter voluntario, la realidad es que este último precepto obliga a establecer al menos una condición especial en cualquiera de los sectores que en el mismo se definen. Por tanto, las condiciones especiales de ejecución tienen como finalidad promover, favorecer, garantizar aspectos medioambientales y sociales como los descritos en el art. 202 LCSP. Además, se vinculan a la ejecución del contrato; es decir, se ciñen a la prestación prevista o a los factores que

intervienen en la misma; y, finalmente, tienen carácter accesorio con respecto a la prestación principal o las prestaciones complementarias previstas en el contrato (RTACRC 1071/2018, de 23 de noviembre de 2018).

También diferentes a las condiciones especiales de ejecución, son las obligaciones distintas de la principal. Estas tienen carácter contractual, no legal y son prestaciones debidas, no accesorias, pero carecen del carácter de principal. A diferencia de las condiciones especiales, no tienen una finalidad de carácter sectorial como las definidas en el art. 202 LCSP y deben preverse necesariamente en los pliegos, por lo que carecen de carácter facultativo (RTACRC 1071/2018, de 23 de noviembre de 2018).

En este sentido, Medina Arnáiz (2019b, p. 129-130) resume los caracteres de las condiciones especiales de ejecución como sigue:

- deben preverse en los pliegos.
- son un elemento circunstancial de la prestación principal, se trata de obligaciones contractuales distintas de la principal que pueden calificarse como obligaciones esenciales (cumpliendo una serie de requisitos).
- se vinculan al objeto del contrato.
- atienden a diversas finalidades como las que se enumeran en la LCSP.

En todo caso, esto nos lleva a concluir que repetir en los pliegos las obligaciones legales sectoriales no es establecer ninguna condición especial de ejecución. Introducir en los pliegos tales obligaciones sólo cobra sentido si se plantea a modo de recordatorio, pues la obligación legal preexiste al contrato y se mantiene se plantee en el pliego o no. Sin embargo, las condiciones especiales de ejecución deben exigirse en los pliegos para ser efectivas y su función es ir más allá de la legalidad existente (Larrazabal Astigarraga, 2024, p. 54) promoviendo determinados comportamientos socialmente beneficiosos de las empresas que resulten adjudicatarias de los contratos.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta que las condiciones especiales de ejecución han sido consideradas doctrinalmente como las cláusulas más adecuadas para la introducción de consideraciones sociales porque permiten definir el modo en que la contratista deberá ejecutar la prestación, cuestión que a juicio de la Comisión otorga un amplio margen de maniobra en términos sociales (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 33).

Recordemos que fue una condición especial de ejecución, la primera cláusula social que admitió el TJUE (asunto Beentjes, 31/87).

La posibilidad de incorporar cláusulas de género en las condiciones de ejecución está reconocida en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres desde 2007 y reza como sigue:

“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” (art. 33 LOI).

En esta línea, la fase de ejecución ha sido señalada como la más eficaz para incorporar cláusulas de género (Ayuntamiento de Zaragoza, s.f., ap. 3.5). En efecto, “[...] en tanto que se trata de medidas que se exigirán *pro futuro*, a quien resulte adjudicatario del contrato, en orden a respetar el principio de concurrencia efectiva entre licitadores, son una de las opciones más interesantes a través de las que establecer medidas de género” (Valcárcel Fernández, 2013, p. 361).

A pesar de que las condiciones especiales de ejecución tienen una mayor tradición como cláusulas sociales²⁰⁹ y, por tanto, de género, no todas ellas se aceptan por los tribunales. Por otra parte, a la hora de establecer este tipo de cláusulas hay que considerar que las mismas suponen una obligación que vincula a la contratista. Es decir, si los criterios de adjudicación permiten a las licitadoras decidir si están en condiciones de asumir un compromiso en materia de igualdad como el que plantea el órgano de contratación, las condiciones especiales obligan a cualquier operadora económica que se convierta en la contratista, sin posibilidad de graduaciones, por lo que es muy importante conocer el mercado en el que se quieren establecer dichas cláusulas a efectos de no imponer imposibles. Por todo ello, insistimos en que es necesario realizar un análisis caso por caso

²⁰⁹ Tanto es así que la JCCPC ya las aceptaba en 2001 junto con los criterios de desempate, no así las reservas y los criterios de adjudicación (Informe de la Comisión permanente de la JCCPC 4/2001, de 23 de noviembre de 2001).

para determinar la conveniencia de qué cláusulas de género introducir y qué función cumplirán en el concreto contrato.

A. Regulación

Las condiciones especiales de ejecución se regulan en el art. 70 Directiva 2014/24/UE y el art. 202 LCSP. En el primero de los preceptos se señala que será posible establecer condiciones que hagan referencia a cuestiones económicas, de innovación, o de tipo medioambiental, social o relativas al empleo; siempre y cuando estén vinculadas con el objeto del contrato y se publiquen en el anuncio de licitación o en los pliegos.

Más extenso es el art. 202 LCSP que, además de recordar los requisitos de estas cláusulas, obliga al establecimiento en todos los contratos de al menos una condición que tenga una finalidad económica, de innovación, medioambiental o social, tal y como se señala en el segundo apartado de dicho artículo.²¹⁰

Seguidamente, el segundo apartado de esta disposición enumera con carácter no exhaustivo las posibles consideraciones de tipo medioambiental y social que pueden tomarse en cuenta y de las cuáles transcribimos las de carácter social a los efectos de este trabajo

“Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el

²¹⁰ La LCSP también ha introducido una condición especial de ejecución relativa al sometimiento a la normativa europea y nacional en materia de protección de datos personas que deberá figurar en todos los contratos en los que sea preciso realizar una cesión de datos personales y que deberá tener el carácter de obligación contractual esencial a efectos del art. 211.1. f) LCSP.

juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial” (art. 202.2 LCSP).

Es preciso aclarar que la norma no obliga a incluir todas las condiciones que allí se prevén, ni siquiera una de cada, sino únicamente una a determinar por el órgano de contratación (De Guerrero Manso, 2023, ap. III.2).

Por tanto, si bien es obligatorio establecer una condición especial de ejecución en cada contrato, no es preciso que la misma tenga que ver con la igualdad entre mujeres y hombres,²¹¹ de conformidad con lo dispuesto en la LCSP. Esto mismo se deduce del art. 33 LOI que señala que las administraciones podrán establecer una condición especial de ejecución para promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo.

Continuando con el art. 202 LCSP, hay que señalar que en el apartado tercero de dicho artículo se establecen las consecuencias que es posible prever por el incumplimiento de una condición especial de ejecución. Y, finalmente el apartado 4º obliga a que todas las subcontratistas cumplan con las condiciones establecidas en el contrato.

Es preciso indicar que la obligatoriedad de las condiciones especiales de ejecución no es aplicable a todo el Sector Público como los criterios de adjudicación, sino solo a los

²¹¹ Salvo disposición normativa autonómica en la materia. Por ejemplo, en el Decreto Legislativo 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres se obliga al Sector Público Vasco a establecer una condición especial de ejecución en materia de igualdad de mujeres y hombres más allá de la exigencia de utilizar un lenguaje e imágenes no sexistas (art. 22.5 b) texto refundido).

contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas (Belando Garín, 2017, p. 439), lo cual no obsta para que cualquier entidad del Sector Público pueda incluirlas de manera voluntaria.

Por último, hay que señalar que según el art. 116.4 c) LCSP las condiciones especiales de ejecución que se establezcan en los pliegos de un contrato deberán justificarse debidamente en el expediente.

B. Requisitos y límites

Ya hemos adelantado los límites que la Directiva 2014/24/UE impone a las condiciones especiales de ejecución. Estos, han sido transpuestos en el primer apartado del art. 202 LCSP en el que se añaden otros derivados de la jurisprudencia del TJUE. Así nuestra norma señala que dichas cláusulas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Estar vinculadas con el objeto del contrato, en el sentido del artículo 145 LCSP.
- No ser directa o indirectamente discriminatorias.
- Ser compatibles con el derecho de la Unión Europea
- E indicarse en el anuncio de licitación y en los pliegos.

Una condición especial de ejecución de género tendrá que cumplir con estos cuatro requisitos (Medina Arnáiz, 2020, p. 89). Además, no podrá consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni referirse a la comprobación de la aptitud o solvencia de las licitadoras o a los criterios de adjudicación (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001a, p. 33).

Por otra parte, a la hora de establecer condiciones especiales de ejecución habrá que atender a las características del contrato, así como a las del mercado en el que se aplicarán, porque como hemos señalado, dichas condiciones tienen carácter obligatorio para cualquier operadora económica que se convierta en contratista. En este sentido, es de especial trascendencia atender a la situación de las PYMES, minimizando las cargas que dichas cláusulas puedan suponerles y atendiendo al principio de proporcionalidad y libre concurrencia (Angulo Garzaro, 2019, ap. IV). Por ello, es necesario sopesar el coste o carga que las consideraciones de género que queremos incluir en un determinado contrato tienen; ya que, debido a su carácter vinculante, pueden tener un efecto disuasorio en el acceso de

mujeres emprendedoras a las licitaciones públicas o suponer costes excesivos para aquellas que realizan un esfuerzo por introducirse en el mercado del Sector Público.²¹²

Igualmente, la Comisión Europea (2021, p. 60) señala que, para que las condiciones de ejecución, sean efectivas deben cumplir 4 requisitos:

- Redacción clara que evite tecnicismos jurídicos.
- Establecimiento de condiciones suficientemente específicas que tengan plazos y resultados definidos.
- Asignación a una parte o persona responsable de su ejecución
- Acompañamiento de vías de recurso adecuadas para los casos de incumplimiento.

Aclarado lo anterior, revisaremos a continuación las posibilidades que se vislumbran para establecer condiciones especiales de género en los contratos públicos.

C. Las cláusulas de género como condiciones especiales de ejecución

C.1. Posibilidades

De Guerrero Manso (2023, ap. III.2) clasifica las condiciones especiales de ejecución que enumera la LCSP y concluye que hay un grupo concreto que alude de manera expresa a la mujer y que podría subdividirse, a su vez, en dos bloques:

- Medidas para eliminar las desigualdades entre las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo.
- Medidas para fomentar una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral, así como la conciliación familiar.²¹³

Sin embargo, a nuestro juicio hay que realizar dos precisiones. Por un lado, que esas medidas no sólo pueden ser útiles a la hora de aplicar una estrategia de género en la contratación. En efecto, si queremos actuar sobre las condiciones laborales y salariales de

²¹² Nuevamente las consultas preliminares de mercado son una herramienta muy útil a la hora de determinar las condiciones especiales de género más adecuadas.

²¹³ La autora critica la integración de la conciliación familiar como una medida relativa a la mujer debido a que dicha clasificación supone en sí misma la reproducción de un rol de género que asocia a las mujeres con las labores de cuidado. En todo caso, ya hemos señalado que en este trabajo incluimos el análisis de esta consideración desde una perspectiva de género por dos motivos: por un lado, porque las labores de cuidado siguen siendo un rol de género que pesa mayoritariamente sobre las mujeres y que no tomarlo en cuenta puede suponer seguir expulsando a las mismas del mercado de trabajo o limitar sus jornadas. Por otro, porque las medidas de conciliación adoptadas por los hombres son un instrumento adecuado para cambiar dichos roles de género y promover la adopción, por parte de ellos, de las labores de cuidados.

un determinado sector feminizado, es posible considerar como cláusulas de género aquellas condiciones que no mencionen expresamente a las mujeres pero que en la práctica reporten un beneficio concreto en sus vidas.

Por otro lado, ya hemos indicado que el listado de la LCSP no tiene carácter exhaustivo; por tanto, serán condiciones especiales de ejecución de género aquellas otras que podamos considerar interesantes en orden a lograr un determinado objetivo estratégico de género, como las relativas a formación, desagregación de datos, informes de impacto de género, desarrollo y aplicación de indicadores, etc.

En general, consideramos que son aplicables aquí las reflexiones que ya hemos realizado en cuanto a los criterios de adjudicación en materia de igualdad, con la salvedad hecha de que la función que dichas cláusulas cumplen en el contrato es radicalmente distinta y, que, por tanto, deberán adecuarse las mismas. En todo caso, las posibilidades de condiciones de género son amplias.

En este sentido, hay que señalar que hay consideraciones, como el uso no sexista del lenguaje y las imágenes, que funcionan mejor como condiciones especiales de ejecución. En efecto, su adopción voluntaria por parte de las empresas podría significar que la Administración publique documentación o mensajes que no atiendan a esta consideración que es obligatoria en el Sector Público (art. 14.11 LOI); o cuando menos, le exigirían un trabajo de readaptación de los productos obtenidos fruto del contrato. Por lo tanto, en la medida en que debe ser cumplida por cualquiera de las operadoras que finalmente vaya a ejecutar el contrato, tendrá que integrarse con carácter de condición especial de ejecución.

González Bustos (2023, p. 166) señala que se podrán establecer condiciones especiales de ejecución como la obligación de que los mandos directos de las personas trabajadoras que ejecuten el contrato realicen una formación sobre la igualdad de género en el empleo (que abarque aspectos como embarazo, maternidad, menopausia, acoso sexual, permisos por motivos familiares y otras medidas de conciliación) o que se garantice el cumplimiento del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

En la misma línea, Belando Garín (2017, pp 439-440) señala las siguientes condiciones especiales de ejecución en materia de igualdad como posibles opciones a adoptar en un contrato:

- La aprobación de planes de igualdad en empresas que carezcan del mismo por no estar obligadas.
- La solicitud de distintivos de igualdad de género.
- La obligación de realizar cursos en materia de uso no sexista del lenguaje, acoso sexual o sobre igualdad entre mujeres y hombres en general
- El establecimiento de protocolos internos para detectar la violencia de género o el acoso sexual.
- El desarrollo de planes de conciliación de la vida profesional y familiar.
- El aumento progresivo de la plantilla femenina.

Igualmente, en las distintas guías institucionales son comunes las condiciones especiales de ejecución que obligan a realizar, durante toda la ejecución del contrato, un uso no sexista del lenguaje o las imágenes o la inclusión de datos sobre la situación y posición de las mujeres, así como de indicadores de género en aquellos contratos que se imputen a un programa presupuestario. Así mismo, en determinados contratos en los que es posible obtener este tipo de datos e indicadores será exigible la realización de un informe final de impacto de género (Ayuntamiento de Madrid, 2016, ap. 5.1).

Por otra parte, las condiciones especiales de ejecución pueden contribuir a reforzar los compromisos adoptados por la empresa en el caso de haber establecido criterios de adjudicación en materia de igualdad. Así, Pintos Santiago (2020, ap. III.3.3) llamaba la atención sobre la posibilidad de incluir como condición especial de ejecución el cumplimiento de los criterios de igualdad a los que se comprometió la licitadora, de tal manera que su incumplimiento conlleve la imposición de penalidades. En efecto, habrá criterios de adjudicación de género referidos a compromisos a cumplir durante la ejecución que se convertirán en condiciones especiales de ejecución del contrato para aquellas empresas que los ofertaron.

En todo caso, la introducción de consideraciones de género como condiciones de ejecución del contrato deberá atender a las características del contrato, al objetivo estratégico perseguido, al mercado en el que se inserta y a otros elementos del contrato como su duración (Belando Garín, 2017, p. 441), en tanto la misma determinará la condición que se puede solicitar; es decir, las condiciones que se establezcan tendrán que ser ejecutables en el periodo de vigencia del contrato.

C.2. Aplicación de los requisitos a las condiciones especiales de ejecución

En general, los defectos que se le han achacado a las condiciones especiales de ejecución de género han sido los mismos que los apreciados para los criterios de adjudicación; si bien algunas cláusulas han sido admitidas con más facilidad como condiciones de ejecución que como criterios y, en menor medida, algunas cláusulas que se han admitido por determinados tribunales como criterios no se considera, por esos mismos órganos, que puedan fungir como condiciones especiales de ejecución.

En los próximos apartados, analizaremos las tachas que se les han achacado a las distintas condiciones de ejecución en materia de igualdad entre mujeres y hombres siguiendo la misma sistemática que empleamos para los criterios de adjudicación, si bien advertimos que no suele haber un único motivo para rechazar dichas condiciones. Igualmente, en el **anexo VI** se resumen las posiciones adoptadas por los distintos órganos y tribunales en función de los criterios analizados.

C.2.1. Vinculación con el objeto del contrato

Para interpretar la necesaria vinculación con el objeto del contrato de una condición especial de ejecución, debemos remitirnos a la definición que de la misma se da en el art. 145.6 de la LCSP (De Guerrero Manso, 2023, ap. III.1). En efecto, el art. 70 Directiva 2014/24/UE se refiere al art. 67.3 de la misma norma a efectos de interpretar la vinculación con el objeto del contrato; así como el art. 202 LCSP indica que dicho nexo deberá interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 145 LCSP. Por tanto, hay que concluir que las mismas reglas del juego operan para el caso de los criterios de adjudicación que para las condiciones especiales de ejecución en lo que a la relación con el objeto contractual se refiere.

Ya hemos analizado en el apartado correspondiente a los criterios de adjudicación lo que se establece en el art. 145.6 LCSP sobre la mencionada vinculación, así como su relación con el art. 148 LCSP en el que se define el ciclo de vida de un producto o servicio. Sirva aquí recordar que la misma no exige que la condición tenga que estar relacionada con la propia prestación objeto del contrato, sino con alguno de sus factores en cualquiera de las etapas de su ciclo de vida.

Sin embargo, a pesar de que la literalidad de las normas es la misma, la interpretación sobre cuándo existe esta vinculación con el objeto del contrato en las condiciones especiales de ejecución ha sido mucho más laxa. Según Olmo López (2022, p. 58), mientras la vinculación con el objeto del contrato en los criterios de adjudicación ha exigido que los mismos permitan realizar una evaluación comparativa de las ofertas (según la doctrina del TACRC), este mismo límite en las condiciones de ejecución del contrato se refiere a que las mismas estén relacionadas con las prestaciones que se llevarán a cabo durante la ejecución del contrato. Hay que recordar que, en esta cuestión, ya en 2011 señalaba la Comisión que “[e]n el caso de las cláusulas de ejecución del contrato, lo que se exige es que exista un vínculo con la ejecución de las tareas necesarias para la producción de los bienes o la prestación de los servicios que se presentan a licitación” (Comisión Europea, 2011, p. 42).

La realidad refleja que, en la práctica, la interpretación de dicha vinculación con el objeto contractual venía siendo mucho más relajada en la etapa de ejecución del contrato. En efecto, el TACPM señalaba incluso antes de la entrada en vigor de la actual LCSP que “cuando hablamos de condiciones de ejecución del contrato no se trata de acreditar que la prestación será mejor cualitativamente hablando, sino que tiene por objeto garantizar que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación” (RTACPM 196/2017, de 5 de julio de 2017).

Igualmente, a juicio del TACRC, existe una diferencia entre la vinculación exigible a un criterio de adjudicación que se refiere al rendimiento y la predicable de una condición especial de ejecución; en este último caso, “la vinculación al objeto del contrato se cumple por el hecho de que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra” (RRTACRC 489/2019, de 9 de mayo de 2019 o 897/2019, de 31 de julio de 2019).

C.2.1.1. Características subjetivas

Según el EIGE et al. (2022, p. 68) la exigencia de vinculación con el objeto del contrato implica que las condiciones de ejecución no pueden estar relacionadas con la política general de la empresa, sino con las actividades que es preciso realizar durante la ejecución del contrato. Así, las cláusulas que hemos revisado en el apartado de criterios de

adjudicación, cuando han sido admitidas como condición especial, han tenido como requisito el que el EIGE indica.

a) Planes de igualdad

En este sentido se pronunciaba en 2014 la JCCAA, quien señala que es posible introducir condiciones especiales de ejecución sociales que deberán estar vinculadas al objeto del contrato y no referirse a la política general de la empresa. Por lo que las condiciones especiales de ejecución no podrán vincularse a garantizar la paridad salarial en la empresa, pero pueden fomentar la aplicación de instrumentos que promuevan la igualdad de mujeres y hombres en la empresa (como los planes de igualdad) o medidas que eviten la discriminación indirecta que pueden sufrir las mujeres; por ejemplo, mediante medidas de conciliación de la vida laboral o familiar (Informe 14/2015, de 4 de noviembre de 2015).

En sentido contrario se pronuncia la Junta valenciana, la cual indica que no se comprende cómo una condición especial de ejecución que exija acreditar la inscripción de un plan de igualdad puede afectar a la ejecución del contrato (Informe de la JSCAV 13/2021, de 18 de febrero de 2022).

El TACPA, sin embargo, acepta dos condiciones especiales de ejecución en materia de igualdad que exigían la aportación del plan de igualdad si se está obligada a tenerlo y priorizar la contratación de mujeres (u hombres) cuando se cuente con una proporción desequilibrada de mujeres (u hombres) en plantilla (entendiendo por tal la inferior al 40%). Para el tribunal, la primera condición tiene encaje en el art. 201 LCSP, además de ser una prohibición de contratación. La segunda está prevista en el art. 202.2 LCSP que permite introducir condiciones especiales que tengan por objeto: "(i) eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; (ii) favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; (iii) combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración" (RTACRC 80/2022 de 20 de enero de 2022).

b) Fomento de la contratación femenina

En cuanto al fomento de la contratación femenina, el tribunal gallego en su resolución 278/2019, de 9 de diciembre de 2019, rechaza tres condiciones especiales de ejecución que exigían que:

- al menos el 50% de las nuevas contrataciones o promociones para puestos de responsabilidad o gerencia (incluidas las que se subcontrataran) debían estar ocupados por mujeres;
- al menos el 50% de las nuevas contrataciones durante la ejecución del contrato debían cubrirse por mujeres, de las cuales al menos el 10% lo harían con base en la reinserción laboral de mujeres en condiciones de vulnerabilidad (personas con discapacidad, víctimas de violencia de género,...);
- existieran medidas específicas para la conciliación familiar durante la ejecución del contrato para personas trabajadoras con cargas familiares, dirigidas específicamente a hombres y familias con una única persona progenitora (horarios flexibles, jornadas reducidas, servicios de apoyo como comedores, guarderías) o ayudas económicas, en su defecto.

Sin embargo, el único reparo que el tribunal les pone es que no se precisa que es sólo para el personal que ejecutará el contrato, por lo que se refiere a la política general de la empresa y no está relacionada con el objeto del contrato.

En principio, según estas posturas, sería posible solicitar como condición especial de ejecución tener un plan de igualdad, la adopción de medidas de conciliación, o la contratación de personal femenino, siempre y cuando se exijan con respecto al personal que ejecutará la prestación, y no con referencia a la totalidad de la plantilla de la empresa.

Sin embargo, no todos los tribunales han estado de acuerdo con esto. Además, hasta el momento, no se ha pronunciado ningún tribunal sobre la exigencia del distintivo de igualdad como condición especial de ejecución, pero si el TACRC la ha admitido ya como criterio de adjudicación, podríamos pensar que dicho distintivo puede ser admitido como medio de prueba del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución que acredite.

C.2.1.2. Impacto en la prestación

En cuanto a las cláusulas que han sido rechazadas o admitidas en función de su impacto en la prestación debemos señalar las siguientes:

a) Formación

El TACRC es proclive a aceptar condiciones relativas a la formación de la plantilla adscrita al contrato que tienen por objeto mejorar la ocupación y la adaptabilidad de la misma, así como optimizar sus capacidades y su cualificación (RRTACRC 73/2020, 23 de enero de 2020 o 168/2020, de 6 de febrero de 2020).

b) Salarios mínimos o por encima de lo establecido en las normas

En el informe 6/2018, de 16 de noviembre, de la JCCPC, se señala que no es posible establecer una condición especial de ejecución que obligue a unas determinadas mejoras salariales por encima del convenio de aplicación o del SMI. En efecto, derivado de la doctrina del TJUE en las sentencias Rüffert y RegioPost, la Junta indica que dicha condición pudiera estar relacionada con el objeto del contrato en tanto se refiera al personal que ejecuta la prestación y en la medida en que se trate de contratos en los que la mano de obra es un componente esencial. Sin embargo, el derecho europeo señala que, a efectos de garantizar la libre prestación de servicios, la exigencia en los contratos públicos de condiciones de ejecución deberá limitarse a los mínimos establecidos en las normas legales o en los convenios colectivos de aplicación general del lugar de ejecución del contrato.

En definitiva, esta Junta acepta la valoración de esta cuestión como criterio de adjudicación, pero no la considera adecuada como condición especial de ejecución con base en la jurisprudencia del TJUE; si bien acepta su vinculación con el objeto contractual. En efecto, sobre esto, Galán Vioque (2023, p. 220) apunta que, si como criterio de adjudicación se reconoce que está relacionado con el objeto del contrato, habrá que reconocerlo también como condición especial de ejecución, otra cuestión es que cumpla con el principio de proporcionalidad.

Recordando los pronunciamientos del TJUE, Medina Arnáiz (2019b, p. 139) concuerda con la junta catalana en que las condiciones especiales de ejecución que establezcan el

pago de un determinado salario deberán referirse a una disposición legal o convenio colectivo de aplicación general que establezca esa obligación. Y añade que no se aplicarán en el caso de que afecte a personas trabajadoras de empresas con sede en el extranjero, lugar en el que se llevarán a cabo las prestaciones y en el que aplica otro convenio sectorial.

De conformidad con el TACRC, tampoco se podrá exigir que se aplique el convenio colectivo estatal del sector a aquellas empresas en las que rige el convenio colectivo de empresa; por un lado, porque no se deben introducir cláusulas relativas al ámbito laboral, en tanto no corresponde determinarlas vía ámbito administrativo; por otro, porque de una condición de esas características no se deduce una mejor prestación del servicio (RRTACRC 1058/2017, de 10 de noviembre de 2017 y 1071/2018, de 23 de noviembre de 2018).

En este caso, la posición del TACRC es distinta a la de la junta catalana, en tanto, el primero, no reconoce siquiera la vinculación con el objeto del contrato de dicha cláusula. El segundo, sin embargo, parte de dicha vinculación, pero, basándose en la doctrina europea, concluye que en este momento no es posible establecer en los pliegos de un contrato una obligación de ese calibre.

El TACPM, por su parte, no pone reparos a este tipo de condiciones especiales de ejecución. En efecto, acepta una condición que exige aplicar las tablas salariales de un determinado convenio colectivo al personal que ejecute el contrato, el tribunal considera adecuado que se establezca un salario mínimo como condición de ejecución dada la precariedad salarial del sector de vigilancia y la ausencia de conflictos que esto puede comportar (RTACPM 196/2017, de 5 de julio de 2017).

En concreto, el tribunal madrileño señala que dicha condición no se inmiscuye en el sistema de fuentes del orden laboral, pues las condiciones establecidas en los convenios colectivos pueden ser mejoradas por las empresas, y tampoco se entromete en la relación empresa-personal empleado, pues lo único que pretende es asegurar unas determinadas condiciones sociales en la ejecución del contrato, igual que pudiera requerir asegurar unas condiciones medioambientales concretas (RTACPM 331/2017, de 8 de noviembre de 2017). El mismo tribunal entiende que es posible establecer como condición especial de ejecución las tablas salariales de un convenio colectivo con base en la sentencia RegioPost (RTACPM 19/2018, de 10 de enero de 2018).

Nuevamente, se refleja en este ámbito una dialéctica en las posiciones abanderadas por la doctrina del TACRC y del TACPM. A diferencia de los criterios de adjudicación, en esta materia, la JCCPC se posiciona en contra del uso de esta consideración como condición especial de ejecución y parece que esta medida sólo ha encontrado respaldo, por el momento, en el tribunal madrileño.

c) Condiciones laborales

Medina Arnáiz (2019b, p. 140) señala que no es posible establecer condiciones especiales de ejecución que exijan mantener plantillas anteriores en la medida en que se trataría de un caso de subrogación laboral que no puede ser impuesto por el poder adjudicador mediante los pliegos de un contrato. Habrá que atender para esto al art. 130 LCSP. Recoge esta autora la opinión del TACRC al respecto (RTACRC 293/2018, de 9 de enero de 2019).

Igualmente, el TACRC rechazó, bajo la vigencia del TRLCSP, una condición especial de ejecución relativa al mantenimiento de las condiciones laborales y la readmisión en caso de despido improcedente por considerar que excedía las disposiciones legales vigentes y, por tanto, era contraria al derecho de la UE, más aún cuando dichas cláusulas supeditaban esas decisiones de la empresa a la autorización de la Administración contratante (RTACRC 160/2016, 19 de febrero de 2016).

Por su parte, el TARCJA admite una condición especial de ejecución que imponía las contrataciones de carácter estable, principalmente de mujeres, mediante una cláusula que pedía la sustitución de los anteriores contratos temporales del personal subrogado con contratos estables en el plazo de 3 meses desde la formalización del contrato, salvo las contrataciones por incrementos de demanda estacional u otros picos de demanda. Se recurre por ser contraria a la libertad de empresa constitucional. Sin embargo, el tribunal considera que se trata de una condición especial de ejecución de tipo social admitida y que respeta la libertad de empresa en tanto la descripción de estable incluye los contratos con una duración igual al plazo del contrato y excluye las contrataciones por picos de demandas (RTARCJA 266/2015, de 23 de julio de 2015).

Sí acepta el TCCSP una condición especial de ejecución consistente en el mantenimiento de las condiciones laborales de las personas que ejecutan el contrato durante todo el periodo de ejecución contractual y con referencia al convenio colectivo del sector en

Cataluña (RTCCSP 293/2018, de 9 de enero de 2019). En efecto, el tribunal opina que una cláusula de dichas características cumple los cuatro requisitos exigibles a las condiciones de ejecución:

- se incardina dentro de las finalidades contenidas en el art. 202 LCSP.
- se ha publicado en los pliegos y en el anuncio.
- se vincula con el objeto del contrato en el sentido del art. 145.6 LCSP en tanto se refieren al personal adscrito a la ejecución del mismo.
- y no se ha demostrado que sea una condición discriminatoria en tanto, de conformidad con la sentencia Rüffert, no va más allá de las disposiciones imperativas mínimas. En este caso, el tribunal considera que el convenio del sector al que se hace referencia en el contrato afecta de igual manera a todas las licitadoras sin impedir la participación de empresas de otros países o de las que se encuentren descolgadas del convenio colectivo del sector.

En el mismo, sentido se ha pronunciado la JCAA (Informes 1/2015, de 17 de marzo de 2015 y 16/2014, de 1 de octubre de 2014), a la que se le plantea la legalidad de una cláusula que establece que, durante la vigencia del contrato, la empresa contratista se obliga a no minorar las condiciones laborales de manera unilateral, con referencia al convenio colectivo vigente en el momento de la formalización, aunque luego éste decaiga. Se prevé que el incumplimiento de esta cláusula suponga la supresión de la prórroga o la resolución del contrato. La junta entiende que la cláusula es legal, pero debe considerar 3 cuestiones:

- sólo tiene sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de personas trabajadoras;
- su inclusión requiere de evaluación previa de su idoneidad por el órgano de contratación, así como de su alcance temporal, salvo que sea regulada por reglamento;
- la cláusula debe incorporar los parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida y establecerse un importante y responsable control de su aplicación.

Por tanto, salvo aquellas condiciones referidas al mantenimiento de plantillas que chocan con las disposiciones que regulan los casos de subrogación laboral previstos en el art. 130 LCSP, parece que las consideraciones relativas a las condiciones laborales están más aceptadas por la doctrina.

d) Conciliación de la vida laboral, familiar y personal

Ya hemos adelantado que la JCAA y el TACPC admiten las medidas de conciliación como condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que se apliquen a la plantilla que ejecutará la prestación.

Además, el tribunal canario, de manera indirecta las admite también en una resolución en la que se recurre un criterio de adjudicación que valora la adopción de un plan de conciliación. El tribunal retoma la doctrina del TACRC para concluir que tal criterio no afecta al rendimiento de las ofertas ni a la calidad de la prestación, sino a las condiciones de las personas que lo ejecutan siendo por tanto admisible como condición especial de ejecución pero no como criterio de valoración. (RTACPC 200/2021, de 14 de julio de 2021).

e) Contratación de personas en situación o riesgo de vulnerabilidad

El TACRC entiende vinculada al objeto del contrato una condición de ejecución relativa a la obligación de contratar a un 10% de personas con dificultades de acceso al mercado laboral que es posible sustituir o complementar con la subcontratación con un centro especial de empleo o empresa de inserción laboral, o, incluso, en el caso de que hubiera que subrogar al personal, el compromiso será contratar a estas personas en todas las nuevas contrataciones (RTACRC 572/2020, de 30 de abril de 2020).

Igualmente, el tribunal canario acepta como adecuada a derecho una cláusula que exigía que el 50% de las nuevas contrataciones que fuera preciso realizar se hicieran a personas inscritas en los servicios de desempleo con al menos 6 meses de antelación a la fecha de la contratación (RTACPC 289/2022, de 21 de noviembre de 2022). El mismo tribunal ya había rechazado una cláusula de estas características, pero por falta de la debida justificación en el expediente (RTACPC 141/2022, de 11 de mayo de 2022). Esta justificación debida ha sido, de hecho, causa de desestimación de numerosos criterios y condiciones por el tribunal canario (RTACPC 31/2022, de 2 de febrero de 2022).

En conclusión, parece que esta consideración es ampliamente aceptada como condición especial de ejecución, a diferencia de los problemas que ha presentado como criterio de adjudicación.

C.2.2. Publicidad y transparencia

Las condiciones especiales de ejecución se deberán publicar, no sólo en el anuncio de licitación sino también en los pliegos contractuales que son la ley del contrato (Medina Arnáiz, 2019b, p. 136).

En este sentido, el TACRC ha recordado la distinción entre obligaciones contenidas en las normas sectoriales y condiciones especiales de ejecución. Si bien las primeras no requieren publicación en los pliegos contractuales, en tanto son vinculantes *ex lege*, es requisito de validez de las condiciones que se publiquen en los pliegos y en el anuncio (RTACRC 1367/2021, de 14 de octubre de 2021).

C.2.3. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación se ha traducido, en el marco de la doctrina europea, en la prohibición de las cláusulas de arraigo territorial. Así, se entiende que este principio se respeta cuando se exige la contratación de un cierto número de trabajadores para la ejecución del contrato, pero no se cumple si además se obliga a que los mismos sean de una determinada zona geográfica o nacionalidad (Bernal Blay, 2013, p.174).

En este sentido se pronuncia la JCAA (Informe 6/2009, de 15 de abril de 2009) que precisa que se pueden establecer cláusulas que obliguen a la contratación de personal desempleado, pero no se puede exigir que el mismo tendrá que estar empadronado en un determinado territorio porque es discriminatorio.

También recuerda este requisito el tribunal canario. En efecto, cuando se recurre una condición especial de ejecución relativa a que el 50% del personal que ejecute las obras contratadas deben ser parados de larga duración de la localidad con prioridad a las personas residentes en el barrio en el que se realizará la obra, el TACPC estima que, si bien la cláusula está vinculada al objeto del contrato porque se refiere al personal que ejecutará la prestación, es discriminatoria, indirectamente para las empresas y directamente para las personas trabajadoras, en cuanto se establece una cláusula de arraigo a favor de personas de un determinado municipio y barrio. Igualmente, considera que la exigencia del 50% del personal es desproporcionada y no se justifica en el expediente. (RTACRC 453/2019 de 25 de abril de 2019).

Por otra parte, la doctrina ha aceptado la remisión a cuestiones locales, de manera excepcional, si se justifica adecuadamente y siempre y cuando las mismas tengan por objeto determinar aspectos de la condición especial de ejecución. Sin embargo, habrá que ser lo más preciso y claro posible en la determinación de dichas cuestiones, de tal forma que no generen efectos discriminatorios.

En este sentido, se pronuncia el TACRC, en dos ocasiones diferentes. En la primera de ellas, no considera una cláusula de arraigo territorial la condición especial de ejecución que hace referencia a un servicio de empleo de un determinado lugar, únicamente al objeto de señalar que es el competente para definir quienes se consideran personas con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, o para determinar que un órgano concreto es el responsable de revisar el cumplimiento de la condición especial de ejecución (RTACRC 131/2017, de 8 de febrero de 2017).

En una segunda ocasión (RTACRC 897/2019, de 31 de julio de 2019), rechaza una condición especial de ejecución que implica la contratación para la ejecución de la prestación a personal con dificultades de inserción laboral. La cláusula definía qué se consideraba personas con dificultades de inserción, entre otras cuestiones haciendo referencia a aquellas inscritas en los programas de inserción laboral del Ayuntamiento de Palma, “u otros semejantes”. El tribunal considera que esta cláusula está vinculada al objeto del contrato y que, en principio, no es discriminatoria. Sin embargo, entiende que la misma es imprecisa en cuanto a qué se refiere porque no define las características del programa de inserción de Palma que se tomarán en cuenta, por tanto, se dificulta saber cuáles serían otros semejantes.

Por otra parte, la vulneración del principio de discriminación se ha interpretado en el sentido de anular aquellas cláusulas que, aunque no hacen referencia a un determinado territorio, generan desigualdades entre las empresas.

Así se pronuncia el TACRC sobre los planes de igualdad. En efecto, en su resolución 427/2021, de 16 de abril de 2021, en la que se recurre una condición especial de ejecución que obliga a las empresas de menos de 250 personas trabajadoras a elaborar un plan de igualdad y a aquellas de más de 250 a justificar la efectiva implantación de uno, el tribunal estima que no puede considerarse condición especial de ejecución lo que para unas licitadoras no supone un extra de valor sobre la norma porque es obligatorio, pero para

otras supone una carga. Puesto que aquellas empresas que no están obligadas son las más pequeñas, el tribunal concluye que dicha condición sería discriminatoria para empresas de menores dimensiones.

Igualmente, el tribunal central rechaza las cláusulas que obligan a la aplicación del convenio colectivo estatal sectorial de seguridad porque son discriminatorias con las PYMES, en un sector en el que muchas han elegido descolgarse del convenio estatal y aplicar el de empresa; opción que, recuerda, es legal (RRTACRC 663/2017, de 21 de julio de 2017 o 1120/2017, de 24 de noviembre de 2017).

En cuanto a las cláusulas que imponen condiciones laborales más favorables que las establecidas en los convenios de aplicación (fijan jornadas laborales por debajo de las horas semanales establecidas, determinan el abono de uno o varios complementos salariales por encima de lo establecido en el convenio colectivo, la concesión de un periodo de descanso superior al señalado o de permisos laborales más beneficiosos para el personal que ejecutará la prestación), la JCCPE considera que regulan las relaciones laborales y supondrían un trato desfavorable para quienes cumplen el convenio colectivo y quieren ejecutar en esas condiciones el contrato (Informes 1/2020, de 16 de marzo de 2020 y 38/2022, 29 de julio de 2022).

Otro parecer en cuanto a medidas sobre condiciones laborales como las de conciliación tiene el TACPA. De manera ilustrativa, en su resolución 15/2018, de 27 de marzo de 2018, estima conformes a derecho y no discriminatorias varias medidas sobre igualdad entre mujeres y hombres. En concreto, en un contrato para la conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes se recurren las siguientes condiciones especiales de ejecución de género y empleo:

- Todas las nuevas contrataciones deberán ser mujeres y el porcentaje de contratación de las mismas debe ser al menos 5 puntos por encima del medio del último trimestre en el sector de actividad.
- Adopción de medidas de conciliación.
- No minoración de las condiciones laborales durante la ejecución del contrato.
- No extinguir los contratos laborales vigentes a la fecha de formalización del contrato.

El tribunal considera que no son discriminatorias porque deben ser acatadas por todas las licitadoras y no dan prevalencia a ninguna de ellas.

Se alega en el recurso, además, que esas medidas están sujetas a la negociación colectiva por lo que no pueden ser impuestas en los pliegos de un contrato.

El tribunal responde que la cláusula sobre contrataciones de mujeres no se refiere a todas las nuevas contrataciones, sino sólo a aquellas que sean precisas para que el porcentaje de mujeres esté por encima de los 5 puntos de la media del sector señalada. Además, señala el tribunal aragonés que el TC reconoce que la negociación colectiva debe darse en el marco de la ley; por tanto, una ley como la relativa a los contratos del Sector Público puede disponer la posibilidad de usar los contratos públicos para el fomento de objetivos de la política de igualdad de mujeres y hombres. En cuanto a la condición relativa a las medidas de conciliación, el tribunal vuelve a señalar que no es contraria a la negociación colectiva, de hecho, exige la adopción de cierto número de medidas, pero cuáles sean quedará en manos de la negociación.

Con respecto a la prohibición de minorar las condiciones laborales, el tribunal considera que no se inmiscuye en la negociación colectiva, sino que, además de ser lícita de conformidad con la libertad de pactos, garantiza el principio de igualdad pues una minoración de dichas condiciones alteraría las circunstancias conforme a las cuales se adjudicó el contrato. Dicha condición no afecta de manera desproporcionada a la organización de la adjudicataria estando justificada para garantizar la correcta ejecución del contrato y promover una contratación responsable. Finalmente, se acepta la condición que exige no extinguir los contratos vigentes en la medida que pretende mantener la plantilla mínima adscrita para la ejecución del contrato, asegurando que se cumplan las condiciones bajo las que se adjudicó el contrato.

Por último, también se han planteado recursos por vulneración del principio de igualdad contra condiciones especiales de adjudicación que promueven la paridad en las plantillas fomentando la contratación de mujeres (RTARCJA 266/2015, de 23 de julio de 2015). En este caso el tribunal ha considerado que es una condición especial de ejecución conforme con la Directiva 2014/24/UE (art 26 y considerando 98) y las normas de igualdad autonómicas y que pretende fomentar la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y la paridad en la plantilla partiendo de que en la misma hay más hombres que mujeres. En este sentido, hay que recordar que el TJUE ya ha aceptado el uso de las acciones afirmativas

en STJUE en el asunto C-409/95 (Marschall, ECLI:EU:C:1997:533); así como venía haciendo el TC (STC 128/1987, de 16 de julio de 1987, ECLI:ES:TC:1987:128 ²¹⁴).

C.3. Control del cumplimiento

Según el ap. 3º del art. 202 LCSP el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución puede tener como consecuencia tres medidas: la imposición de penalidades, la resolución contractual o la concurrencia de una causa de prohibición de contratar.

En cuanto a la imposición de penalidades, la disposición se refiere a las previstas en el art. 192 LCSP, que apunta que los órganos de contratación podrán prever en los pliegos penalidades en el caso de que se produzca un cumplimiento defectuoso de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme al artículo 202.1 LCSP. Por tanto, la posibilidad de imponer penalidades no surge de manera automática, sino que debe preverse en los pliegos contractuales. De hecho, es conveniente establecer penalidades en los pliegos para estos casos, debido a que las mismas son el instrumento menos gravoso para asegurar la ejecución del contrato de conformidad con las condiciones especiales de género. De nada sirve prever condiciones de ejecución, si luego el contrato no se ejecuta de conformidad con las mismas, en tanto el objetivo estratégico de género buscado no se lograría.

Otra posible vía es la resolución contractual. En primer lugar, hay que considerar que las resoluciones contractuales suponen una sanción más grave para la empresa, pero también mayor onerosidad para el órgano de contratación que debe tramitar dos procedimientos sucesivos (resolución y nueva licitación) con el gasto de recursos que ello conlleva. En segundo lugar, es importante señalar que, tal y como dispone el art. 202.3 LCSP, para proceder a la resolución contractual será preciso atribuir a las condiciones especiales de ejecución el carácter de obligación esencial a los efectos del art. 211 LCSP.

En este sentido, nos recuerda Medina Arnáiz (2019b, p. 132) que, si se establecen como obligación esencial a efectos de resolución contractual, el deber de precisión y concreción de dichas cláusulas se agrava por mor del art. 211.1 f) LCSP. En efecto, dicha disposición

²¹⁴ BOE nº191, de 11/08/1987, pp. 15 a 18.

establece varios requisitos que deben ser cumplidos por una obligación esencial para que el incumplimiento de la misma se erija en causa de resolución contractual:

- Deberán haber sido calificadas como obligaciones esenciales en los pliegos del contrato o en el documento descriptivo del procedimiento.
- Las obligaciones esenciales deberán respetar los límites que el art. 34.1 LCSP impone a la libertad de pactos; a saber, no ser contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.
- Deberán, además, mencionarse de manera precisa, clara e inequívoca, de tal suerte que no se admitirán las cláusulas de tipo general.

Por último, y sólo en el caso de que el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución no haya sido establecido como causa de resolución contractual, el mismo podrá ser considerado como infracción grave, de tal manera que en su incumplimiento pueda dar lugar al establecimiento de la prohibición de contratar prevista en el art. 71.2 c) LCSP.

Recordemos que dicho precepto prevé como causa de prohibición de contratar:

“Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios” (art. 71.2 c) LCSP).

Por tanto, para que finalmente concurra la causa de prohibición, no sólo será preciso tipificar el incumplimiento en los pliegos como infracción grave, sino que el mismo debe haber conllevado la imposición de penalidades y deberá acreditarse el dolo, culpa o negligencia por parte de la empresa en la comisión de la infracción.

En todo caso, está claro que las tres medidas a tomar no son acumulativas, sino que el órgano de contratación deberá optar entre una u otras. Si se decanta por la imposición de penalidades, tendrá la opción de precisar que el incumplimiento supone una infracción grave a efectos de que concurra la causa de prohibición de contratar. A la vez, si opta por esa opción no se podrá designar la condición como obligación esencial. Al contrario, si el órgano de contratación decidiera calificar la condición especial como obligación esencial

y la misma cumpliera los requisitos impuestos en la letra f) del art. 211.1 LCSP, podrá resolver el contrato, pero no establecer prohibición de contratar alguna.

En todo caso, a la hora de elegir por una u otra vía Casares Marcos (2017, pp. 149-150) señala que la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 1191/1993, de 25 de noviembre y 3811/1998, de 8 de octubre) y del Tribunal Supremo (STS 9840/2001, de 14 de diciembre de 2001) denotan predilección por el mantenimiento del contrato, señalando que esta opción es la que mejor defiende el interés público y sin perjuicio de la imposición de las correspondientes penalidades.

Por último, hay que señalar que, si bien la revisión del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución se produce normalmente durante la ejecución del contrato, el TACRC ha admitido la posibilidad de excluir a una licitadora cuando existe la certeza de que no cumplirá tal condición. En efecto, en su resolución 303/2019, de 29 de marzo de 2019, el tribunal señala que la sanción por incumplimiento de una condición es una penalidad, la resolución contractual o una posible prohibición, no es posible adelantar o presumir el incumplimiento futuro y con base en ello excluir a una licitadora del procedimiento. Sin embargo, en este caso, las licitadoras han reconocido expresamente tras requerimiento del órgano de contratación que no van a cumplir la condición, por lo que adjudicarles el contrato sabiendo que no van a ejecutarlo de conformidad con el pliego no tiene sentido. Por lo tanto, la exclusión de las licitadoras es correcta, siempre y cuando el requerimiento efectuado haya sido claro en cuanto a la obligatoriedad de dicha condición.

5.3.2. SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN

Como señalamos en el apartado correspondiente de este trabajo, el seguimiento y evaluación de la estrategia de género adoptada en los contratos es una fase muy estrechamente relacionada con la planificación, en tanto las mismas se retroalimentan.

Además, “un adecuado control y seguimiento en la materia constituye el principal reto para que las cláusulas sociales y/o medioambientales desplieguen los efectos pretendidos” (Pozo Bouzas, 2018, p. 49).

Señala Sanmartín Mora (2023a, pp. 4-5) que hay que distinguir entre dos tipos de actuaciones:

- La primera, que podríamos denominar seguimiento, implica establecer sistemas de control sobre dos aspectos: en primer lugar, sobre la introducción de cláusulas estratégicas en los pliegos de los contratos, es decir, un control sobre el procedimiento de licitación; en segundo lugar, sobre su efectivo cumplimiento durante la ejecución del mismo.
- La segunda, que a nuestro juicio responde al concepto de evaluación de impacto, supondría revisar si se han alcanzado los resultados previstos con respecto a una determinada política sectorial o transversal; en este caso, si se cumplió con los objetivos de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres.

A. Seguimiento

En referencia al primer tipo de control que menciona Sanmartín Mora, el control sobre el procedimiento de licitación, se podrán crear, a nuestro juicio, sistemas estandarizados de control de la inclusión de cláusulas de igualdad en los procedimientos de contratación que sirvan de guía para la revisión de la adecuación de la estrategia de género planteada a las normas de contratación y que deberán fundamentarse en todos los aspectos que hemos ido explicando a lo largo del apartado 5 de este trabajo.

Igualmente, esta información podrá servir de base para un posterior análisis del grado de implementación de la contratación pública estratégica de género.

En cuanto al segundo tipo de revisión, el control del cumplimiento, hay que señalar que, para que las cláusulas de igualdad sean efectivas; es decir, para que contribuyan a la estrategia de género para la que se han establecido; será preciso que las mismas se establezcan en los pliegos de manera adecuada y acompañadas de previsiones que permitan determinar el grado de cumplimiento, así como de mecanismos de control frente al incumplimiento.

En este sentido, debemos recordar que la Comisión Europea (2021, p. 60)²¹⁵ señala que para asegurar su efectividad las mismas deben:

²¹⁵ Tal y como hemos señalado, la Comisión Europea establece estas consideraciones con respecto a las condiciones especiales de ejecución. Sin embargo, consideramos que las mismas son aplicables también a otras cláusulas cuyo cumplimiento debe ser comprobado durante la ejecución del contrato, como los criterios de adjudicación de género que exigen un compromiso de la contratista durante la ejecución.

- Redactarse de manera clara para que cualquier persona pueda comprenderlas; en este sentido, se evitarán los tecnicismos jurídicos.
- Establecerse de forma específica para el contrato y la finalidad concreta que persiguen, determinando los plazos para su cumplimiento, así como los resultados que se espera obtener.
- Asignarse con claridad a alguna de las partes del contrato o a una determinada persona o figura que actuará en el mismo.
- Acompañarse de instrumentos de recurso adecuados para el caso de incumplimiento, como sanciones de carácter económico o la adopción obligatoria de medidas correctoras que reconduzcan el desajuste que se haya podido producir. En efecto, una ejecución conforme a los términos pactados exige la previsión en los pliegos de los posibles incumplimientos a los que puede llegar la contratista (Casares Marcos, 2017, p. 142).

Por tanto, a efectos de cumplimiento, es importante determinar qué personas serán las responsables de llevar a la práctica las cláusulas de igualdad. En general, esta supervisión suele desarrollarse por la Administración contratante, aunque algunas cuestiones podrán ser revisadas por la contratista, por ambas, de manera conjunta, o por un tercer organismo técnico (Comisión Europea, 2021, p. 65 y EIGE et al., 2022, p. 73).

Igualmente, conviene precisar las actividades de supervisión que se llevarán a cabo. En este sentido, Larrazabal Astigarraga (2012, p. 220-227) mencionaba los siguientes mecanismos con los que la Administración cuenta para dar seguimiento a la ejecución de los contratos:

- Las prerrogativas de la Administración. Estas prerrogativas se reconocen en diversos artículos de la LCSP, como veremos. Baste aquí señalar la prevista en el art. 190 LCSP, relativa a la capacidad de inspección de las actividades de la contratista para la ejecución del contrato en los términos previstos en los pliegos. En concreto, el precepto señala que el órgano de contratación ostenta esta facultad de supervisión en el marco de la LCSP y en función de cada tipo de contrato, por lo que se verá sometido a los límites establecidos en la norma. Además, dicha prerrogativa no puede suponer un derecho general de inspección de instalaciones, oficinas y lugares en los que la contratista realiza su trabajo, salvo casos debidamente justificados. Por último, hay

que señalar que el procedimiento de ejercicio de prerrogativas se prevé en el art. 191 LCSP.

- Auditoría sociolaboral. En efecto, “parte de la doctrina defiende la conveniencia de que las empresas adjudicatarias soporten auditorías sociales externas dirigidas a controlar y verificar el cumplimiento de los compromisos sociales adquiridos por éstas” (Larrazabal Astigarraga, 2012, p. 224).

Por último, la Administración contratante puede reaccionar frente al incumplimiento, de las cláusulas. Para ello dispondrá de las siguientes herramientas previstas en la LCSP: las penalidades y la resolución contractual, sobre las que ya hemos hablado en el apartado relativo a las condiciones especiales de ejecución. En todo caso, procedemos a continuación a realizar algunas precisiones sobre ellas.

El primer apartado del art. 192 LCSP permite la previsión en los pliegos de penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del contrato, o el incumplimiento de los compromisos recogidos en los pliegos, así como de las condiciones especiales de ejecución. Las penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento producido y atenderán a los límites que señala el primer apartado del precepto: cada una no podrán exceder del 10% del precio del contrato (IVA excluido), y el total de las mismas no podrá superar el 50% de dicho precio.

El segundo apartado de dicho precepto, habilita a la Administración a, en el caso de incumplimiento parcial de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, optar entre la resolución o la imposición de penalidades. Siempre, teniendo en cuenta que la doctrina es favorable a imponer la consecuencia menos gravosa.

En todo caso, en el supuesto de querer imponer penalidades por incumplimiento de cláusulas de igualdad, hay que recordar que las mismas han de preverse en los pliegos del contrato de manera precisa y clara y con la determinación de los incumplimientos que las originarán, así como de las cuantías de penalización que podrán ocasionar a la contratista. Igualmente, se deberá llevar a cabo un procedimiento contradictorio, en el que la contratista pueda alegar frente al incumplimiento que se le imputa.

Por otra parte, aplica a la contratante la obligación descrita en el art. 201 LCSP, según la cual se vincula a adoptar las medidas precisas para asegurar el cumplimiento de las

obligaciones relativas a los derechos laborales y sociales durante la ejecución del contrato. Se remite aquí la ley al anexo V en el que se relacionan los convenios internacionales en materia laboral y medioambiental que obligan. El incumplimiento de esta obligación y, particularmente, los impagos o retrasos reiterados o los pagos por debajo de los mínimos establecidos en los convenios colectivos aplicables, cuando sea grave y doloso, podrá dar lugar a la aplicación de las penalidades previstas en el art. 192 LCSP.

Finalmente, el art. 211 LCSP prevé las causas de resolución contractual de entre las que cabe destacar la ya mencionada letra f) del primer apartado del artículo, en tanto permite prever como causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato cuando se hayan determinado de conformidad con los requisitos señalados en la norma.

En esta línea, la letra i) del art. 211.1 LCSP reconoce como causa de resolución el impago durante la ejecución del contrato de los salarios a las personas trabajadoras que realizan la prestación o el incumplimiento de los convenios colectivos en vigor que les son aplicables. Si bien limita su adopción para el caso de que sea instada por la representación de las personas trabajadoras, salvo, para el caso de que se trate de personal subrogado y el adeudo de salarios supere el 5% del precio de adjudicación del contrato (art. 212 LCSP).

Por último, recordamos que el art. 24 de la Directiva (UE) 2023/970 relativa al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres señala que se podrán exigir penalidades y cláusulas resolutorias que garanticen el cumplimiento del principio de igualdad de retribución en la ejecución de los contratos públicos.

B. Evaluación

Señala Semple (2015, p. 18) que, en todo caso, conviene medir los efectos de la introducción de cláusulas medioambientales y sociales (Semple, 2015, p. 18). De hecho, la evaluación debe responder a esta finalidad; es decir, debemos poder conocer si los objetivos estratégicos de género que se han planteado se están logrando, así como el impacto en materia de igualdad que ha tenido el contrato, porque este es, en definitiva, el sentido de la contratación pública estratégica de género.

Con este fin, numerosas guías prevén la posibilidad de exigir la entrega, a la finalización del contrato de un informe de impacto de género. Este informe deberá ofrecer datos

desagregados por sexo relativos a las actuaciones realizadas, que permitan tener una idea de cómo se han cumplido los objetivos estratégicos planteados.

En este sentido, conviene asociar a los objetivos que se pretenden lograr indicadores concretos, de tal manera que pueda llegarse a una medición de los resultados. Medición que servirá de fundamento para reconducir la estrategia de género en materia de compra pública, así como para la definición de nuevos objetivos y, sobre todo, a efectos del procedimiento de licitación, será una fuente que ofrecerá datos objetivos, precisos y concretos que integren las justificaciones de las posteriores cláusulas de igualdad y que ofrezcan información de cómo, efectivamente, dichas cláusulas impactan en una mayor calidad de las prestaciones que se contratan.

Sin duda, en este aspecto y en el de la planificación es donde más camino queda por recorrer. En efecto, la falta de capacidad analítica de los gobiernos que contratan agranda las limitaciones con las que se encuentra la planificación de género basada en evidencias (Orser et al, 2021, p. 277). De hecho, el análisis de la contratación pública con perspectiva de género es nuevo para la mayoría de los gobiernos que pretenden dar cumplimiento a los ODS (Orser et al, 2021, p. 279).

Por último, debemos llamar la atención sobre el hecho de que un adecuado seguimiento y una efectiva y útil evaluación requieren que las entidades del SP contratante dediquen a ello los medios personales y materiales suficientes; así como asegurar que las personas que las realizan tienen la formación y capacitación suficiente para llevar a cabo estas actuaciones.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La consideración de las cláusulas de igualdad de género en la contratación debe partir de un planteamiento en el que confluyan las dos visiones presentadas en este trabajo: la contratación pública estratégica y la perspectiva de género y su carácter transversal. Ambas teorías configuran una contratación pública estratégica de género, perspectiva que permite comprender en toda su amplitud las posibilidades que los contratos del SP ofrecen a la garantía del principio de igualdad y utilizarlos de manera que contribuyan efectivamente a materializar una estrategia de género.

La contratación pública estratégica impone un cambio de paradigma necesario en el ámbito del derecho administrativo de los contratos, en tanto no puede seguir estudiándose y aplicándose este ámbito desgajado de los diversos sectores y actividades en las que impacta, tampoco del resto del quehacer administrativo. Los contratos públicos colocan a la Administración como consumidora en el mercado europeo y, si bien son una herramienta útil para garantizar un espacio común de intercambio de mercancías y de libre competencia; también son un instrumento con un potencial inmenso para construir un mercado europeo que garantice e impulse los derechos de las mujeres.

En este sentido, no hay que olvidar que de manera paralela al desarrollo de la contratación estratégica se ha producido en el mundo administrativo y en el sector del consumo dos cambios muy interesantes que la contratación pública no puede obviar (Casares Marcos, 2017, p. 153). Por un lado, el SP está sufriendo un cambio de mentalidad sobre la concepción de la ciudadanía, dejando cada vez más de lado el concepto de personas usuarias de servicios públicos para llegar a comprenderlas como clientes de esos servicios. Por otro, en el ámbito del consumo, las y los clientes han dado pasos de gigantes en su elección hacia consumos más responsables, social y ambientalmente, hasta el punto de que dichos factores se estiman por encima del precio o a pesar del aumento de costes que los mismos suponen. Todo ello, ha confluído inevitablemente en una mayor exigencia de responsabilidad a las administraciones públicas cuando se comportan como consumidoras.

Por su parte, la perspectiva de género ha venido permeando todos los espacios de actuación de los poderes públicos en la convicción de que no es posible un cambio real hacia la igualdad, si ésta no es considerada en cada uno de los ámbitos en los que se actúa. La realidad ha demostrado que la cultura de género está tan naturalizada, tan inserta en nuestra

sociedad, que si olvidamos analizar con esa perspectiva la actuación administrativa ésta no será neutra al género, sino ciega al mismo. Por eso, se ha impuesto el carácter transversal de la PEG, un carácter que le ha llevado desde el actuar sustantivo de la Administración, al ámbito de los presupuestos, desde el que ha dado el salto a la contratación pública como instrumento de ejecución del gasto.

La integración de la visión de género en todo el actuar administrativo es una cuestión ineludible en términos de igualdad, porque no es posible seguir avanzando como sociedad si los resultados de ese avance sólo benefician a una parte de la población, o perpetúan las relaciones de poder que alimentan las desigualdades entre hombres y mujeres. Por otra parte, esta es una cuestión que no puede ser dejada para mañana, ni relegada a actuaciones puntuales y accesorias. La garantía de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres es un asunto de la máxima prioridad si tenemos como objetivo construir una sociedad justa, inclusiva y sostenible y, en esta labor, la Administración, como garante del interés general, debe asumir su responsabilidad.

La convergencia de ambas dos posturas en el ámbito de la contratación, nos lleva directamente a una contratación pública estratégica de género. La CPEG fusiona los planteamientos de ambas doctrinas para instrumentalizar los contratos públicos en aras del logro de los objetivos de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres. Esa fusión permite un planteamiento más amplio que recoge los beneficios que ambas aportan, al objeto de construir un espacio doctrinal que entiende los contratos públicos como herramientas de inversión en igualdad de género y que no se reduce a una técnica para introducir cláusulas de igualdad en la contratación.

La CPEG es además un instrumento de responsabilidad de la Administración porque como señala la Comisión Europea (2021, p. 17) hay que reconocer que el coste de no hacer nada implica desde riesgos para la reputación de los poderes adjudicadores, hasta incumplir la normativa o las metas establecidas en materia social, además de los costes indirectos que puede conllevar el mantenimiento de problemas sociales para el Sector Público.

Si la CPEG es el marco de este trabajo, hay que reconocer que el mismo debe materializarse en algo, debe traducirse en algún aspecto del contrato público que indique su adecuación a ese marco. Este aspecto son las cláusulas de igualdad de género. En definitiva, las cláusulas

de igualdad no deben entenderse sin el marco de la estrategia de género; pero la misma ha de materializarse a través de ellas.

En este sentido, se han analizado en este trabajo las posibilidades y límites de estas cláusulas, fundamentalmente cuando fungen como objeto del contrato, prescripción técnica, causa de prohibición de contratar, requisito de solvencia, criterio de adjudicación y condición especial de ejecución. Pero también como parte de otros aspectos en las distintas etapas del ciclo de los contratos.

Revisados todos estos aspectos, debemos concluir que es posible materializar una estrategia de género en cualquiera de las cláusulas contractuales, independientemente de la función que cumplan en el contrato, pero que esta actuación debe venir sustentada por una adecuada planificación y análisis que fundamente y justifique las cláusulas de igualdad, particularmente su vinculación con el objeto contractual; así como unas precisas labores de seguimiento y evaluación que justifiquen, con resultados, la actuación realizada y fundamenten la introducción de consideraciones de género en posteriores contratos.

Hay que hacer hincapié, por tanto, en tres aspectos mencionados en este trabajo que son fundamentales para lograr un uso estratégico de género de los contratos públicos y que, además, están íntimamente relacionados: la planificación, la evaluación y la justificación.

En cuanto a la planificación, señala Gómez Fariñas (2019) sobre la contratación estratégica que “para sacar el máximo partido a este nuevo modelo de compras públicas es preciso que los órganos de contratación diseñen una estrategia de contratación clara a medio o largo plazo” (p. 77). La planificación, que es un elemento indispensable de toda actuación administrativa, se torna clave en la CPEG en tanto, sin ella, es difícil que un contrato vaya a responder a una verdadera estrategia de género; es más, se limitará a introducir cláusulas de igualdad en las funciones que considere menos conflictivas, pero con dificultad podrá tener clara una visión estratégica a la que quiere contribuir.

En lo que se refiere a la evaluación, hay que recordar que, más allá de su íntima relación con la planificación; la única manera de confirmar que estamos logrando contribuir a una estrategia de género es medir el impacto que se ha logrado con los contratos. De esta manera, se podrá acreditar en futuras licitaciones que los productos y servicios no sólo no pierden calidad, sino que ganan, y que, en el largo plazo, el mayor gasto (si lo hay) se

convierte en inversión en favor de una sociedad y un sector empresarial más competitivo en términos de sostenibilidad.

Por último, hay que dedicar tiempo y esfuerzo a justificar adecuadamente las cláusulas estratégicas de género en los expedientes. En los mismos deben constar datos objetivos e información precisa relativa al contrato que justifique por qué se está optando por una determinada cláusula de igualdad y no por otra, qué ventajas comporta, qué objetivo fomenta y cómo se vincula con el objeto del contrato. La justificación se basará en los datos e información que fueron fundamento de la planificación y resultado del seguimiento y evaluación realizadas y se adjuntará en todos los expedientes de contratación que formen parte de la estrategia de género. Este documento servirá, sin duda, para ir abriendo camino en el ámbito doctrinal hacia una contratación pública estratégica de género.

Finalmente, debemos pararnos a reflexionar sobre los obstáculos encontrados en materia de contratación estratégica de género. En 2021, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (2021, pp. 131-133) ya remarcaba varios con los que se están topando las cláusulas estratégicas. En concreto y con respecto a las sociales, mencionaba la gran complejidad y dispersión de la normativa social y laboral y la ausencia de un criterio único de aplicación de la misma, lo que no permite tener seguridad jurídica. Igualmente, llamaba la atención sobre la complejidad de incluir criterios sociales que cumplan los requisitos establecidos por los tribunales de recursos contractuales para considerarlos vinculados al objeto del contrato, en particular, la exigencia de que mida el rendimiento de la oferta. Todo ello aderezado con una insuficiencia de medios personales y técnicos que impide en muchos casos poder supervisar el adecuado cumplimiento de las cláusulas sociales establecidas, así como la falta de formación o personal cualificado.

Igualmente, Medina Arnáiz (2011, p. 49) indica que las posibilidades de incorporar objetivos secundarios en la contratación están condicionadas por las limitaciones impuestas por la propia legislación, así como por la falta de voluntad política. La misma autora subrayaba ya en 2011 que la falta de certidumbre jurídica tanto en el tipo de cláusulas, como en los medios de acreditación de las mismas, estaba suponiendo un impedimento para el uso estratégico de los contratos públicos (p. 61). Pasados los años, esta situación parece haber avanzado a nivel normativo, pero su interpretación en los tribunales de recursos contractuales sigue siendo un problema. En efecto, este trabajo ha

sido fiel reflejo de los problemas que ya apuntaban tanto la autora mencionada como la JCCPE.

El panorama presentado coloca a los órganos de contratación en la tesitura de adoptar una de dos posturas: situarse en una especie de telaraña en la se ven abocados a encontrar la forma de redacción precisa, la cláusula adecuada y nunca rebatida, que encaje de manera precisa en el objeto del contrato y sea conforme al resto de elementos del mismo; o, por otro lado, dar un salto cualitativo y comenzar a replantearse los contratos desde la estrategia de género misma, lo cual implica planificar, analizar la información disponible, consultar a las partes, justificar en términos de igualdad los contratos y dar seguimiento y evaluar el impacto de los mismos. Está claro que la primera de las opciones no tiene posibilidades de mantenerse en un largo plazo, puesto que coloca a la Administración en un equilibrio frágil que puede ser destruido en la siguiente interpretación doctrinal. Por ello, implementar y justificar una verdadera estrategia de género se torna, hoy más que nunca, como la vía óptima para la contratación.

Ninguna de las dos opciones, sin embargo, asegura el éxito en un recurso porque, como hemos visto, otro de los problemas planteados en este trabajo son las interpretaciones restrictivas de la vinculación de las diversas cláusulas con el objeto del contrato, particularmente las relativas a los criterios de adjudicación. En este sentido, es preciso salir de interpretaciones economicistas que entienden el contrato como instrumento de gasto y no en términos de inversión.

La CPEG debe llevarnos a entender los contratos públicos como una vía para invertir en la construcción de un mercado que respeta la igualdad entre mujeres y hombres, que toma acciones para garantizar que a lo largo de la cadena de suministro no se vulneran los derechos de las mujeres ni las niñas, que fomenta claramente el pago de salarios iguales por trabajos de igual valor, que promueve la asunción por los hombres de su responsabilidad en las labores de cuidado, que genera entornos laborales seguros para las mujeres en los que pueden prosperar y desarrollar su carrera profesional sin tener que elegir entre el trabajo y el cuidado de las personas dependientes; un mercado capaz de eliminar los obstáculos que expulsan a las mujeres del mismo y de ofrecerles oportunidades en espacios masculinizados, así como de garantizarles un salario digno en sectores feminizados.

Todo esto y más son objetivos que es posible impulsar a través de la contratación pública, siempre y cuando la interpretación de la vinculación con el objeto contractual se adapte a esta nueva visión estratégica de igualdad y, en atención a ello, se relaje lo suficiente como para permitir un verdadero uso estratégico de género de los contratos del Sector Público,

En todo caso, poner en práctica la CPEG e introducir consideraciones de género en el clausulado de los contratos requiere de recursos, tal y como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo. Ya hemos señalado que Sarter (2019, pp. 6-9) resume los recursos que habrían de ponerse en marcha para asegurar una efectiva implementación de la igualdad de género en los contratos públicos en los siguientes: formación, redes de cooperación entre profesionales, guías accesibles y creación de cuerpos de profesionales.

Por tanto, estamos hablando, en primer lugar, de dos cuestiones: formación y profesionalización. La formación requerida para una adecuada implementación de una estrategia de género en los contratos incluye, sin duda, la relativa a los dos planteamientos de los que deriva: la contratación pública estratégica y la perspectiva de género. Esto supone formar, tanto en materia de género como en contratación estratégica a todo el personal que tramita contratos en el Sector Público.

En efecto, el conocimiento en estas materias es necesario, sin él es difícil diseñar, tramitar e implementar contratos públicos en el marco de la CPEG. Este conocimiento debe llegar, además, a los órganos y tribunales de recursos contractuales de tal manera que sea un apoyo a la hora de dilucidar si una cláusula estratégica está o no vinculada con el objeto contractual. Pero, esta formación no es suficiente, se requiere una verdadera profesionalización de las autoridades contratantes. La idea no es nueva, en efecto, ha sido impulsada por gran parte de la doctrina y es, además, una apuesta de la propia Comisión Europea (2021, p. 5).

En este sentido, según Sanmartín Mora (2023a, p. 2), una de las premisas de la contratación pública estratégica es crear estructuras de soporte adecuadas que incluyan la profesionalización de las personas empleadas públicas que participan en la tramitación de los contratos del Sector Público de tal manera que se reconozca este ámbito como una profesión en sí misma. Igualmente, Medina Arnáiz (2020) considera que “[l]a apuesta normativa por una contratación pública estratégica añade un alto grado de complejidad a los procedimientos de licitación que requiere de una mayor profesionalización por parte de

los órganos de contratación y de la dotación de instrumentos que aporten seguridad jurídica” (p. 95). Crear un cuerpo de personas profesionales de la contratación pública estratégica con conocimientos profundos en materia de género será, por tanto, una herramienta fundamental para la materialización de la CPEG.

Más allá de estas cuestiones, es preciso insistir en la necesidad de poner a disposición otros recursos al servicio de ese cuerpo de profesionales. La contratación estratégica de género no puede construirse sobre la sobrecarga de trabajo y disponibilidad de tiempo del actual personal que tramita contratos, porque esto no redundaría en una verdadera reflexión y análisis estratégico del problema, ni en el estudio de cómo el contrato puede ser utilizado para el logro de esa estrategia de género. Si existe un compromiso claro en favor de la contratación pública estratégica de género, éste debe traducirse en los recursos precisos para llevarla a la práctica a cabalidad, incluidas las redes y guías de las que Sarter (2019) habla.

ANEXO I. CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO Y CARACTERES DE LA CPEG

CPE Y CPSR	PEG Y GRPP	CPEG
Concepción de la contratación pública como estrategia, con fundamento en lo cual los contratos públicos se instrumentalizan para el logro de objetivos de la política social.	No cambia la concepción de la contratación pública, que se sigue comprendiendo como un trámite burocrático en el que hay que actuar en virtud del carácter transversal de la PEG. La introducción de la PEG en los contratos se entiende como una vertiente de los presupuestos sensibles al género.	Asume una visión estratégica de la contratación pública. Los contratos se instrumentalizan para el logro de objetivos de igualdad. La contratación pública sirve a una estrategia de género.
El contrato contribuye al logro de dos objetivos (compra y política social) por lo que se generan sinergias en el uso de los recursos públicos.		El contrato contribuye al logro de dos objetivos (compra y política de igualdad) por lo que se generan sinergias en el uso de los recursos públicos.
Se vuelve central la idea de calidad, entendida en términos de sostenibilidad social. El precio no es la cualidad más relevante, la Administración invierte en calidad social a través del gasto en contratación.		La contratación pública estratégica de género no es gasto, es inversión. Se vuelve central la idea de calidad entendida en términos igualdad de género. El menor precio no es la cualidad más relevante, la Administración invierte en bienes y

CPE Y CPSR	PEG Y GRPP	CPEG
		servicios con un alto valor de género, con un mayor rendimiento de género.
	Se pone el foco en el análisis del impacto de género que puede tener el contrato.	Es preciso un adecuado análisis del impacto de género del contrato para integrar adecuadamente la estrategia de igualdad perseguida. Esa estrategia de género no se limita a determinar cláusulas de igualdad entre mujeres y hombres; va más allá, en tanto exige una previa evaluación del impacto de género del contrato que determinará la procedencia de introducir cláusulas en un contrato, así como las más adecuadas para lograr objetivos de la política de igualdad.
Las cláusulas de igualdad están relacionadas con el ámbito del empleo; se asocia a la igualdad cláusulas que están relacionadas con los roles de género, sin mayores cuestionamientos.	Las cláusulas a introducir no se limitan al ámbito laboral, dependerán de los resultados del análisis realizado. Todas las cláusulas se integran atendiendo a una visión de género que cuestiona los roles tradicionales y pretende alterar las estructuras de poder existentes.	Las cláusulas a introducir no se limitan al ámbito laboral, dependerán de los resultados del análisis realizado. Todas las cláusulas se integran atendiendo a la estrategia de género perseguida. Las cláusulas se refieren a cuestiones que impactan en las relaciones, estructuras y roles de género, así como en los intereses estratégicos de género.

CPE Y CPSR	PEG Y GRPP	CPEG
Implica introducir consideraciones y cláusulas sociales en el diseño de la licitación, la sustanciación del procedimiento y la ejecución del contrato.	El análisis del impacto de género debe realizarse en todos los momentos del procedimiento de licitación, el carácter transversal de la perspectiva de género posibilita la introducción de cláusulas en cualquier momento del procedimiento de contratación, su diseño y ejecución.	El análisis del impacto de género debe realizarse en todos los momentos del procedimiento de licitación. El carácter transversal de la perspectiva de género implica introducir cláusulas de igualdad en cualquier momento del procedimiento de licitación, su diseño y la ejecución del contrato.
Toda estrategia requiere planificación.	Las fases de diseño y evaluación cobran relevancia a efectos de garantizar el logro de los objetivos de igualdad planteados.	La planificación, el diseño y evaluación de los contratos son fases que cobran gran relevancia a la hora de determinar la eficacia de la estrategia de género elegida. Los mismos permitirán establecer metas o indicadores, así como reajustar la estrategia en función de los resultados obtenidos.
Las cláusulas van más allá de los mínimos obligados por las normas, aunque algunas se ocupan de garantizar el cumplimiento de normas sociales.		Las cláusulas empujan hacia la igualdad de género, promoviendo comportamientos de las operadoras económicas que van más allá de las obligaciones legales. Las cláusulas también permiten asegurar el cumplimiento de la legalidad vigente en materia de igualdad.

CPE Y CPSR	PEG Y GRPP	CPEG
Es indispensable contar con los conocimientos y capacidades necesarias en la materia para poder aplicarla.	Se pone el acento en los necesarios conocimientos y capacidades necesarias en la materia para poder aplicarla.	Es preciso contar con conocimientos técnicos de ambas dos fuentes, tanto en materia de igualdad como en materia de contratación para poder materializar una verdadera estrategia de género mediante la contratación pública.

ANEXO II. ALGUNAS PREGUNTAS PARA PLANIFICAR CON PEG LOS CONTRATOS

Ámbito	Preguntas
Sobre el objeto del contrato; el bien o servicio que se pretende contratar	- ¿Pueden los bienes o servicios que se quieren contratar tener diferentes consecuencias para mujeres y hombres en toda su diversidad y cuáles son esas? - ¿Pueden hombres y mujeres tener diferentes necesidades o partir de diferentes situaciones con respecto al objeto del contrato? ¿cuáles? ¿cómo puede el contrato impactar en las mismas?
Sobre el sector de actividad	- ¿Cuál es la configuración de la mano de obra en el sector económico o actividad?: ○ Presencia de mujeres y hombres en el ámbito de intervención o sector de actividad, ¿existe infrarrepresentación o sobrerrepresentación de alguno de los sexos? ○ Puestos de trabajo que desempeñan las mujeres y los hombres: cargos de responsabilidad, gestión o dirección. ○ Salarios percibidos por las mujeres y los hombres. ○ Estabilidad en el empleo. ○ Grado de implantación y eficacia de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar. - ¿Hasta qué grado de la cadena de suministro se puede llegar a tener conocimiento? - ¿Pueden las empresas que operan en el sector ofrecer los productos y servicios con las características de género que precisamos? ¿Es necesario adaptar las exigencias en función de las capacidades de las mismas? ¿Qué grado de desarrollo de lo que buscamos existe en el sector? ¿Se dispone de los medios, capacidades y tecnologías necesarias para ejecutar lo que pedimos o acreditar lo que se quiere solicitar?

Ámbito	Preguntas
Sobre las características del contrato	- ¿Cuál es la duración del contrato? ¿pueden las medidas que se proponen llevarse a cabo en ese periodo de tiempo o requieren adaptación? - ¿Incluye el contrato la producción de materiales que se difundirán?, ¿pueden incluir imágenes o lenguaje sexista? - ¿Incluye el contrato la compra de bienes que se distribuirán?, ¿pueden incluir imágenes o lenguaje sexista? - ¿Qué impacto tendrá la medida en concreto en el presupuesto del contrato? ¿se justifica en términos de inversión? ¿cómo?
Sobre las personas usuarias o beneficiarias de los bienes o servicios	- ¿Quiénes serán las personas beneficiarias últimas del contrato: hombres y/o mujeres? ¿cómo se les considerará o se les incluirá a ambos en el contrato? - ¿Hacen las personas usuarias o beneficiarias de los bienes o servicios un uso diferenciado de género de los mismos? ¿Cuál, cómo, en qué medida? ¿cómo puede el contrato impactar en este uso diferenciado o facilitarlo en función de la estrategia de género buscada?
Otras cuestiones	- ¿Existen antecedentes de medidas de género adoptadas en contratos similares? ¿resultaron eficaces? ¿en qué medida? ¿cómo se pueden mejorar? - ¿Hubo problemas en ejecuciones anteriores del mismo contrato que puedan solventarse con la adopción de cláusulas de igualdad? - ¿Hay intereses estratégicos de género que es posible impulsar mediante el contrato en cuestión?

ANEXO III. PLAN DE IGUALDAD COMO PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Carácter declarativo de la inscripción	Carácter constitutivo de la inscripción	Postura matizada	Competencia	Acreditación de no estar incurso en la prohibición	Medidas de <i>self-cleaning</i>
TACRC TACPC TACPN OARC/KEAO JCCAM TACPG	TARCJA TACPM TARCCYL	TACPM acepta la solicitud de inscripción en el registro como cumplimiento de la obligación de inscribir. CCCJA acepta la solicitud si transcurrieron más de 3 meses desde la misma y hasta el fin de plazo de presentación de ofertas.	TACPA se declara incompetente.	TACPM JCCAM CJE Basta con la declaración responsable.	TARCJA TACPM TACPG Recuerdan el efecto directo del art. 57.6 Directiva 2014/24/UE e imponen la concesión a las licitadoras del derecho a acreditar que han adoptado las medidas necesarias para asegurar su fiabilidad.
		TACPC señala que la ausencia de inscripción es suficiente para generar dudas sobre el cumplimiento de la obligación referida a tener plan de igualdad, por lo que es preciso requerir la documentación acreditativa de esta circunstancia.	OARC/KEAO TCCSP Se declaran expresamente competentes.	TARCJA La declaración responsable es insuficiente.	

ANEXO IV. CLÁUSULAS DE GÉNERO EN LA SOLVENCIA

Tipo de solvencia	Criterio de solvencia	Tipos de contratos que lo admiten
Económica y financiera	Imposición del umbral estrictamente necesario para asegurar la adecuada ejecución del contrato.	Todo tipo de contratos
Técnica y profesional	Experiencia en los últimos 3 o 5 años en trabajos similares al objeto del contrato.	Todo tipo de contratos
	Personal técnico o unidades técnicas, estén estas integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución.	Todo tipo de contratos
	Títulos académicos y profesionales de la empresaria / el empresario, del personal directivo de la empresa, particularmente de quienes vayan a ser responsables de las obras o servicios.	Contratos de obras y de servicios
	Sistemas de gestión de la cadena de suministro y de seguimiento que se aplicarán durante la ejecución del contrato.	Contratos de suministros
	Entrega de muestras, descripciones o fotografías de los productos a suministrar.	Contratos de suministros
	Criterios de solvencia alternativos para empresas de nueva creación (menos de 5 años).	Todo tipo de contratos
Adscripción de medios	Medios materiales	Todo tipo de contratos, en materia de género más adecuado en los contratos de servicios
	Medios personales	Todo tipo de contratos, en materia de género más adecuado en los contratos de obras y servicios

ANEXO V. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE GÉNERO

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones ²¹⁶
Distintivos de igualdad			
	Es una cualidad de la empresa y se refiere a la misma en su conjunto; es un criterio subjetivo.	TACRC	Valorar los que se apliquen a la ejecución del contrato.
	Se refiere a toda la plantilla, por lo que es una cualidad de la empresa.	TACRC	Valorar los que se refieran a la plantilla que ejecutará la prestación.
	No se relaciona con ninguna etapa del ciclo de vida.	TACRC	Justificar la vinculación con el objeto del contrato en el expediente.
	Se refiere a la política empresarial.	OARC/KEAO	Pueden valorarse las medidas que se aplicarán a la ejecución del contrato y al personal que realizará las prestaciones y admitir el certificado como medio de prueba del cumplimiento de las mismas, de conformidad con lo dispuesto por la Comisión Europea (2021, p. 52) en su guía.
	No se justifica en el expediente cómo afecta a la calidad de la oferta.	TCCSP	Justificar debidamente en el expediente.

²¹⁶ Las propuestas que se realizan en esta columna no aseguran la infalibilidad de los criterios, sino que pretenden dar ideas sobre las formas en que pueden solventarse algunos de los problemas que los criterios han encontrado en los tribunales de recursos contractuales. En todo caso, habrá cuestiones cuya solución no sea posible en tanto se trata de interpretaciones del órgano procedente; en ese caso, proponemos justificar adecuadamente el criterio en el expediente cómo única vía para su inclusión.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	No se da la opción de acreditar el cumplimiento de los requisitos que justifiquen la obtención de los certificados señalados por otros medios distintos.	TCCSP	Dar la opción.
	Se valora la posesión del certificado y no se usa como medio de prueba.	TACPG TACPC	Pueden valorarse las medidas que se aplicarán a la ejecución del contrato y al personal que realizará las prestaciones y admitir el certificado como medio de prueba del cumplimiento de las mismas, de conformidad con lo dispuesto por la Comisión Europea (2021, p. 52) en su guía.
	Se considera vinculado al objeto contractual la exigencia de tener un distintivo en tanto afecta al personal que ejecutará la prestación y a su relación con las personas beneficiarias.	TACRC	
Planes de igualdad			
	Es un criterio subjetivo que se refiere a una característica de la empresa.	TACRC CJAE OARC/KEAO	Valorar los planes aplicables en la ejecución del contrato y a las personas que ejecutarán la prestación.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	No es admisible la valoración de los planes de igualdad de empresa.	TACRC OARC/KEAO	Valorar los planes de igualdad aplicables a la ejecución del contrato, no los planes de empresa.
	Se refiere a la responsabilidad social de la empresa en contra de lo dispuesto en el considerando 97 Directiva 2014/24/UE.	TACRC OARC/KEAO	Podrían valorarse medidas de igualdad y admitir el plan como forma de acreditación del cumplimiento de que se aplicarán esas medidas, de conformidad con la guía de la Comisión Europea (2021, p. 52).
	Es discriminatorio porque algunas empresas están obligadas y otras no.	TACRC	Sopesar las características de las empresas que actúan en el sector en el que se aplicará el criterio, porque el plan de igualdad es una prohibición de contratar para empresas de 50 o más personas en plantilla. Si no se ve viabilidad, recurrir a la medida anterior. En todo caso, justificar la ausencia de discriminación.
	Ausencia de justificación de la vinculación con el objeto en el expediente.	OARC/KEAO	Justificar debidamente la vinculación.
	Plan específico a aplicar a la ejecución del contrato: es admisible, está vinculado con el objeto del contrato tal y como lo está la valoración de un	TACPM	

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	producto de comercio justo y es público y no discriminatorio.		
Fomento de la contratación de mujeres			
Valoración del porcentaje de mujeres en plantilla o del porcentaje de mujeres con contratos fijos.	Se refiere a una característica subjetiva de la empresa.	TSJE Comisión Europea TACRC	Referirse al personal que ejecutará la prestación y no a la plantilla.
	No tiene objetivo estratégico si se aplica a un sector feminizado.	TACRC	Hacer un buen análisis de género antes de definir los criterios de adjudicación.
Mujeres en puestos de responsabilidad.	No afecta al rendimiento del contrato.	TACRC	Justificar con datos objetivos la brecha salarial o el techo de cristal en el sector o cualquier otra causa que fundamente la estrategia de género elegida.
Proporción de mujeres en el equipo de trabajo que ejecutará la prestación.	No se justifica la vinculación en el expediente.	TACPN	Justificar la vinculación.
	No comporta ventaja a la prestación del servicio.	TACPN	Justificar el valor de género que el criterio aporta al bien, obra o servicio contratado.
	Discriminatorio cuando las empresas que presentan oferta pueden ser personas físicas que no precisan de la contratación de un equipo de trabajo.	TACPN	Justificar en términos de acciones afirmativas, atender a la realidad del sector.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	Considera que es una finalidad reconocida expresamente por la LCSP y se atiene a la directiva en tanto se refiere sólo al personal que ejecutará la prestación.	TCCSP	
	Acepta el criterio por fomentar la empleabilidad de mujeres en un sector masculinizado y considerar que la vinculación con el objeto contractual no tiene por qué ser directa.	TARCCYL	
	Entiende que no se justifica suficientemente la vinculación con el objeto del contrato en el expediente.	TCCSP TARCCYL	Justificar con datos objetivos y de manera precisa para el concreto contrato.
Compromiso de que el 100% de las nuevas contrataciones sean mujeres.	No afecta al rendimiento de la oferta.	TACPA	Justificar el objetivo de género perseguido
Protocolos de acoso laboral y sexual o violencia de género			
	No se refiere a los protocolos aplicables a la ejecución del contrato sino a los de la empresa en general. Es una característica subjetiva.	TARCJA	Valorar aquellos protocolos aplicables a la ejecución del contrato.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	Ausencia de justificación en el expediente.	TARCJA	Justificar debidamente el criterio en el expediente.
Formación			
Formación en materias relativas al objeto del contrato.	La vinculación se cuestiona en contratos de suministro en los que se exige que la contratista forme a los destinatarios de los productos.	TACRC	Sopesar si el objeto contractual requiere del planteamiento de un contrato mixto de servicios y suministro
	Está vinculado con el objeto del contrato y mejora la calidad de la prestación.	TACRC JCCAA TCCSP TACPM TACPN TACPC OARC/KEAO	Debe valorarse sobre la plantilla que ejecutará la prestación y versar sobre las materias objeto del contrato.
Mejoras salariales²¹⁷			
	Los niveles salariales deben mantenerse en los mínimos establecidos por los convenios colectivos aplicables según	TACRC JCCAA	

²¹⁷ En este caso se plantean dos posturas doctrinales contradictorias que no es posible conciliar en tanto se rebaten la una a la otra. Por ello, no presentamos aquí posibles soluciones en la medida en que las mismas pasan por adoptar una u otra postura.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia europea.		
	Se vulnera el sistema de fuentes de las relaciones laborales al imponer a la empresa un determinado salario, así como el art. 38 CE sobre libertad de empresa y el derecho a la negociación colectiva.	TACRC TSJM	
	No afecta a la prestación, porque no mejora el rendimiento o la calidad de ejecución. Unos mejores salarios no implican necesariamente unos mejores servicios.	TACRC TAFRCB TACPC TARCJA TSJM	
	Vulnera el principio de proporcionalidad, el de selección de la oferta económicamente más ventajosa y el de no discriminación.	TACRC TACPC	
	Es contrario al principio de discriminación.	TSJM TAFRCB TACPC TCCSP	

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	Afecta a la calidad de la prestación, en tanto se vincula con la motivación, calidad e implicación del personal en el cumplimiento de los objetivos, lo que repercute en una mayor implicación del personal.	TACPM JCCPC TCCSP TACPA TARCCYL	
	No se impone una regulación ni una obligación de carácter general.	TACPM TARCCYL	
	Es especialmente adecuado en contratos en los que la mano de obra es un componente esencial.	TACPM JCCPC TCCSP TACPA	
	No es discriminatorio, el descuelgue de convenios sí genera distorsiones a la competencia y dumping social.	TACPM	
	Aporta calidad que es un tipo de valor y una forma de canalizar adecuadamente los recursos públicos.	TACPM	
	Se justifican en la medida en que puedan contribuir efectivamente al logro del objetivo social perseguido.	JCCPC TCCSP	

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	Se considera que es un criterio válido atendiendo a la dicción literal de la LCSP.	TACPG	
	Es importante justificar el criterio adecuadamente en el expediente.	TACPM JCCAC TCCSP TACPA TARCCYL TACPG	
Mejoras laborales			
Mantenimiento del personal que ejecuta la prestación.	Contrario a las disposiciones laborales sobre subrogación laboral. No es una medida disponible para el órgano de contratación.	TACRC	La subrogación es obligatoria cuando la misma corresponde de conformidad con la normatividad laboral. En ese caso habrá que dar la información procedente en los pliegos (art. 130 LCSP).
	El mantenimiento de la plantilla no afecta a la calidad de la prestación, no hay nada que no puedan conocer las personas trabajadoras en un periodo básico de adaptación.	TACRC	Justificar la afectación a la calidad de la prestación que supone el conocimiento adquirido del espacio concreto.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	Es antieconómico pues aumenta los costes de personal en un contrato en el que son el grueso del presupuesto.	TACRC	Atender a la inversión y retorno en valor social y de género que se obtiene con el contrato.
	No se limita al personal que ejecutará la prestación. Injerencia en la política empresarial.	TACRC	Limitar el criterio al personal que ejecutará la prestación.
	No se pueden establecer criterios que obliguen a la subrogación o que sólo puedan cumplirse subrogando al personal anterior.	TACPM TCCSP	En materia de subrogación atender a las normas laborales y a lo dispuesto en el art. 130 LCSP.
Fomento de los contratos indefinidos y a jornada completa.	No afecta a la calidad de la prestación, no está vinculado al objeto del contrato.	TACRC	Justificar adecuadamente cómo la estabilidad en el empleo redunda en un mejor conocimiento de los detalles del servicio u obra y, por tanto, en una mejor prestación del mismo y/o cómo afecta al compromiso, salud de la plantilla, retención de talento, etc.
	Aumentan los costes del contrato sobre todo en aquellos en que el presupuesto se basa en la mano de obra.	TACRC	Atender a la inversión y retorno en valor social y de género que se obtiene con el contrato.
	Ausencia de justificación: de cómo afecta a la prestación (y, por tanto, de	TACPC TCCSP	Justificar adecuadamente en el expediente.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	su vinculación con el objeto del contrato), de la ponderación o su impacto económico,...		
	Se refiere a la totalidad de la plantilla por lo que es un criterio subjetivo no relacionado con el objeto del contrato.	TARCJA TACPM TACPG TACRC TCCSP	Limitar los efectos del criterio a la plantilla que ejecutará la prestación.
	Están vinculados al objeto del contrato porque afectan a la calidad del servicio. La estabilidad laboral aumenta el compromiso de la plantilla y afecta a su salud y talento. Además, afecta a los mayores y mejores conocimientos sobre el servicio y, por tanto, a una mejor prestación.	TACRC TARCJA TACPM TACPA	
	Es, en principio, legal porque así está recogido en el art. 145 LCSP.	TACPG	
Disminución de la jornada laboral.	No afecta a la prestación ni al rendimiento del contrato.	JCCPE	Justificar adecuadamente cómo la reducción de la jornada laboral afecta a la estabilidad en el

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
			empleo, a la política de conciliación o a la estrategia de género perseguida.
	Discriminación con las empresas que respetan la jornada laboral semanal establecida en el convenio.	JCCPE	Justificar la ausencia de discriminación, en tanto, se acoge la empresa que quiera.
	Reduce las horas de atención a las personas usuarias del servicio.	JCCPE	Justificar soluciones, por ejemplo, la previsión de turnos de atención.
Pagos en los primeros días del mes.	Afecta a la prestación y, por tanto, están vinculados con el objeto del contrato.	TACPM	
Mantenimiento de las condiciones laborales del personal exigido.	Afecta a la prestación y, por tanto, están vinculados con el objeto del contrato.	TACPM	
Medidas de conciliación o de corresponsabilidad			
	No está vinculado con el objeto del contrato en tanto no afecta a la prestación ni al rendimiento.	TACRC TACPC TARCJA TARCCYL	Justificar cómo la medida afecta a la calidad de la prestación, el valor de género que aporta, cómo garantiza la eficiencia social y de género del contrato.
	No está vinculado al objeto porque se refiere a toda la plantilla.	TACRC OARC/KEAO	El criterio debe valorar exclusivamente las medidas o el plan específico aplicable a la ejecución del contrato.

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
	Equiparables al plan de igualdad, por tanto, susceptibles de producir discriminación.	TACRC	Justificar de qué manera se cumple con el principio de igualdad, en tanto es decisión de la empresa adoptar o no las medidas. Diferenciar las medidas de conciliación de la obligación de adoptar un plan de igualdad.
	Ausencia de justificación.	TARCJA	Justificar debidamente en el expediente.
	Es discriminatoria y afecta económicamente al precio del contrato.	JCCAA	Justificar en el expediente cómo la valoración afecta a la estrategia de género y cómo la medida se convierte en una inversión.
	Se aceptan las medidas vinculadas a la plantilla que ejecutará la prestación.	TACRC TACPM	
	Afectan al personal que ejecutará la prestación, mejoran su disposición y, por tanto, su rendimiento. En definitiva, afectan a la calidad de la prestación.	TACPM TACPA	
	Identidad de razón suficiente con el STJUE asunto C-368/2010.	TACPM	
	No discriminatoria.	TACPM	
	No tomarla en cuenta vaciaría de contenido lo dispuesto en esta materia en el art. 145 LCSP.	TACPM	

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones ²¹⁶
Contratación de personas de grupos en riesgo o en situación de vulnerabilidad			
	No afectan a la prestación, ni al rendimiento del contrato; por tanto, no están vinculados al objeto del contrato.	TACRC JCCPE TACPC	Justificar debidamente el criterio elegido y su valor estratégico en el expediente.
	Si contienen cláusulas de arraigo territorial son discriminatorias.	TACRC TCCSP	No establecer cláusulas de arraigo territorial.
	No se justifica la vinculación con el objeto en el expediente.	TCCSP	Justificar debidamente el criterio elegido y su valor estratégico en el expediente.
	No se deben establecer criterios que permitan realizar ofertas en las que las licitadoras puedan obtener ventajas indebidas o realizar ofertas ilusorias.	TACPM	En criterios relacionados con número de personas a contratar se deben establecer límites máximos y mínimos adecuados al objeto del contrato.
	No se debe valorar la contratación del personal previa a la fecha de finalización de presentación de ofertas.	TACPM	Definir el criterio con respecto a la ejecución del contrato.
	No es posible valorar el porcentaje de personas en la plantilla, es un requisito subjetivo.	TARCJA TACPN	Definir el criterio con respecto a la plantilla que ejecutará la prestación objeto del contrato.
	Están vinculadas con el objeto del contrato, afectan a la prestación y a la eficiencia social del contrato.	TACPA TCCSP TACPM	

Criterio	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones²¹⁶
		TACPC	

ANEXO VI. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE GÉNERO

Cláusula	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones ²¹⁸
Planes de igualdad			
Contar con plan de igualdad	No afectan a la ejecución del contrato.	JSCAV	Justificar su impacto en la ejecución del contrato.
	Son discriminatorios porque algunas empresas están obligadas y otras no.	TACRC	Considerar que son una prohibición de contratar para empresas de 50 o más personas en plantilla a la hora de establecer la condición.
	Son admisibles.	JCCAA	
Presentar el plan de igualdad cuando se está obligado a tenerlo.	Es admisible.	TACPA	
Fomento de la contratación de mujeres			
	Se refieren a la totalidad de la empresa por lo que forman parte de la política general de la misma.	TACPG	Delimitar la cláusula a las personas que ejecutarán la prestación.
	Son admisibles.	TACPA TARCJA	
Formación			
	Es admisible.	TACRC	

²¹⁸ Las propuestas que se realizan en esta columna no aseguran la infalibilidad de los criterios, sino que pretenden dar ideas sobre las formas en que pueden solventarse algunos de los problemas que los criterios han encontrado en los tribunales de recursos contractuales. En todo caso, habrá cuestiones cuya solución no sea posible en tanto se trata de interpretaciones del órgano procedente; en ese caso, proponemos justificar adecuadamente el criterio en el expediente cómo única vía para su inclusión.

Cláusula	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones ²¹⁸
Mejoras o condiciones salariales			
	No es posible valorar la mejora por encima de los mínimos legales establecidos.	JCCPC TACRC	Las condiciones especiales de ejecución sobre salarios deberán referirse a una disposición legal o convenio colectivo de aplicación general para el caso de trabajadores desplazados de un Estado a otro (Directiva 96/71/CE).
	No implica una mejor prestación del servicio	TACRC	Justificar la afectación al servicio, el valor de género y social que aporta.
	Un contrato no puede introducir cláusulas relativas al ámbito laboral.	TACRC	Justificar la falta de intromisión en el ámbito laboral: las condiciones de los convenios colectivos pueden ser mejoradas por las empresas, las cláusulas contractuales no establecen regulaciones genéricas para toda la empresa, ni para el sector.
	Es discriminatorio con las PYMES exigir que no se descuelguen del convenio sectorial.	TACRC	Justificar la garantía del principio de no discriminación.
	Es posible establecer como condición especial de ejecución la aplicación de las tablas salariales de un determinado convenio colectivo de conformidad con la STJUE en el asunto RegioPost.	TACPM	

Cláusula	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones ²¹⁸
Condiciones laborales			
Conversión de contratos temporales en estables.	Son admisibles.	TARCJA	
Mantenimiento de plantillas.	No es admisible en tanto se trata de un caso de subrogación.	TACRC	No establecer condiciones especiales que sólo se puedan cumplir subrogando a la anterior plantilla. Atender a lo dispuesto en el art. 130 LCSP.
Medidas de readmisión o supeditación de decisiones sobre condiciones laborales a la autorización de la Administración.	Excede las disposiciones legales vigentes y, por tanto, es contraria al derecho de la UE.	TACRC	No establecer condiciones que supongan una injerencia en la política empresarial. Justificar la vinculación con el objeto del contrato de las condiciones establecidas.
Mantenimiento de las condiciones laborales de las personas que ejecutan el contrato durante todo el periodo del mismo de conformidad con el convenio colectivo de sectorial aplicable o el vigente al momento de la formalización.	Es discriminatoria con las empresas que cumplen el convenio colectivo.	JCCPE	Justificar la garantía del principio de no discriminación.
	Es admisible, cumple todos los requisitos que se le exigen a una condición especial de ejecución.	TCCSP JCCAA TACPA	
Reducción de la jornada laboral	No afecta a la prestación ni al rendimiento del contrato.	JCCPE	Justificar adecuadamente cómo la reducción de la jornada laboral afecta a la estabilidad en el empleo, a la política de conciliación o a la estrategia de género perseguida.

Cláusula	Doctrina u opinión	Órgano o tribunal	Posibles soluciones ²¹⁸
Medidas de conciliación o de corresponsabilidad			
	Se refieren a la totalidad de la empresa por lo que forman parte de la política general de la misma.	TACPC JCCAA	Circunscribir las medidas a la plantilla que ejecutará el contrato y a la ejecución de la prestación prevista.
	Son admisibles.	JCCAA TACPC TACPA	
Contratación de personas en situación o riesgo de vulnerabilidad			
	Son admisibles.	TACRC TACPC JCCPE	
	No están debidamente justificadas.	TACPC	Asegurar que las condiciones se justifican debidamente en el expediente.

SIGLAS

BM	Banco Mundial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCCJA	Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía
CE	Constitución Española
CEDAW	Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women / Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres
CEE	Comunidad Económica Europea
CJAE	Comisión Jurídica Asesora de Extremadura
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
COCEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination Against Women / Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CP	Contratación pública
CPE	Contratación pública estratégica
CPEG	Contratación pública estratégica de género
CPSR	Contratación pública socialmente responsable
CPV	Common Procurement Vocabulary / Vocabulario Común de Contratos Públicos
DEUC	Documento Europeo Único de Contratación
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas

EIGE	European Institute for Gender Equality / Instituto Europeo para la Igualdad de Género
ET	Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
FLO	Fairtrade Labelling Organizations International / Organización Internacional de Etiquetado Justo
FWF	Fair Wear Foundation
GOTS	Global Organic Textile Standard
GRPP	Gender-responsive public procurement / contratación pública sensible al género.
INE	Instituto Nacional de Estadística
JCCAA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.
JCCAC	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias
JCCAM	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid
JCCPC	Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña
JCCPE	Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado
JSCAV	Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunitat Valenciá
LISOS	Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se o, por la que se transponen al ordenamiento jurídico

español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

LOI	Ley Orgánica 2/2007, de 23 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LPG 2023	Ley 1/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023
OARC/KEAO	Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi
OAFRCA	Órgano Foral de Recursos Contractuales de Álava
ODS	Objetivos de Desarrollo Sostenible
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OIRESCON	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación
PBL	Presupuesto Base de Licitación
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
PEG	Perspectiva de género
PIB	Producto Interno Bruto
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PPTP	Pliego de prescripciones técnicas particulares
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
SP	Sector Público
TACPA	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

TACPC	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias
TACPG	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia.
TACPM	Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid
TACPN	Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TAFRCB	Tribunal Administrativo Foral de Recursos Contractuales de Bizkaia
TARCCYL	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León
TARCJA	Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía
TC	Tribunal Constitucional
TCCSP	Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJM	Tribunal Superior de Justicia de Madrid
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TUE	Tratado de la Unión Europea
REGCON	Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad

UE	Unión Europea
UTE	Unión Temporal de Empresas
UNICEF	United Nations Children's Fund / Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
WFTO	World Fair Trade Organization

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almodóvar Iñesta, María (2022). Los criterios sociales de adjudicación. Especial referencia a la doctrina de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales. *La Administración al día*. INAP. Ed. 8/6/2022. 26 pp. Recuperado de <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512890>

Álvarez Cuesta, Henar (2020). Acceso de las entidades de economía social a la contratación pública. En Quintana López, T. (dir.) Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords). *La contratación pública estratégica en la contratación del Sector Público* (pp. 349-388). Tirant Lo Blanch.

Álvarez Cuesta, Henar (2019). El distintivo de igualdad y los planes de igualdad como vías para acreditar el cumplimiento del principio de igualdad por las empresas licitadoras con las Administraciones públicas. En Rodríguez Escanciano, S.; Álvarez Cuesta, H.; Megino Fernández, D.; Fernández Fernández, R. *La apuesta por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la Ley de contratos del Sector Público* (pp. 103-130). Centro de Estudios Financieros.

Angulo Garzaro, Amaya (2019). “Las condiciones medioambientales, sociales o relativas al empleo en la contratación pública: la necesaria proporcionalidad en su exigencia para no suponer un obstáculo a la libre competencia”. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 161, 2019. Pp. 217-231. Sin paginado en la versión conseguida.

Arrowsmith, Sue (2010). Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of Public Procurement*, vol. 10, issue 2; verano 2010. Pp. 149-186. . <https://doi.org/10.1108/JOPP-10-02-2010-B001>

Beauvoir, Simone de (2014). *El segundo sexo*. Ediciones Cátedra (Grupo Anaya, S.A.) 5ª ed. 904 pp.

Belando Garín, Beatriz (2017). La contratación pública como instrumento de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. En Gimeno Feliú, J. M. (dir). *Observatorio de los Contratos Públicos 2016* (pp. 431-445). Aranzadi.

Bello Paredes, Santiago A. (2020). Contratación Pública y PYMES. En Quintana López, T. (dir.) Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords). *La contratación pública estratégica en la contratación del Sector Público* (pp. 417-442). Tirant Lo Blanch.

Benetti, Giulia (2024). ¿Puede ofrecerse un trato diferenciado a los licitadores según tengan o no ánimo de lucro? Implicaciones de los últimos pronunciamientos del TJUE acerca de los contratos reservados”. *Actualidad administrativa* nº3, 2024. 14 pp.

Bernal Blay, Miguel Ángel (2013). El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. En Pernas García J. J. (dir). *Contratación pública estratégica* (pp. 161-186). Aranzadi, 1ª ed.

Bernal Blay, Miguel Ángel (2008). Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº extra 10, 2008, pp. 211-252.

Burzaco Samper, María (2016). Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales. *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 86, pp. 281-310.

Casares Marcos, Ana Belén (2017). Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución. En García Romero, M. B. y Pardo López, M. M. (dirs). *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 113-156). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

CNMC (2020). *Guía sobre contratación pública y competencia. Fase 1. La planificación de la contratación pública*. Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. 22 pp. Recuperado de https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf..

Conceicao, Pedro; Hsu, Yu-Chieh; Mirza, Tasneem; Mohammed, Rehana; Pávez Esbry, Fernanda; Rivera Vázquez, Carolina y Tapia, Heriberto (2023). *Breaking*

Down Gender Biases. Shifting social norms towards gender equality. Gender Social Norms Index 2023, Executive Summary. UNDP, 2023. 40 pp.

<https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdp-document/gsni202302.pdf>

Consejo Económico y Social de España (CES, 2022) *Mujeres, trabajos y cuidados: propuestas y perspectivas de futuro. Informe 1/2022.* Consejo Económico y Social. 1ª ed. 173 pp. <https://www.ces.es/documents/10180/5263052/Inf0122.pdf/8283bf1c-0f10-1f2d-7e55-444949c4def1>.

De Fuentes G^a-Romero de Tejada, Carlos (2023). Exclusión de un operador por no cumplir las cláusulas sociales en la contratación pública, ¿automática o no?. En Kubica, M. L. y Ruda González, A. (dir). *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del VI Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, 2023, pp. 1109-1120.

De Guerrero Manso, Carmen (2023). Contratación pública social y cláusulas de promoción de la igualdad de género. Estado de la cuestión y propuestas de mejora. En Gimeno Feliú, J.M (dir) y De Guerrero Manso, C. (coord.) *Observatorio de los contratos públicos 2022* (pp. 285-320). Aranzadi, 1ª ed, junio 2023. Sin paginado en la versión conseguida.

De Guerrero Manso, M^a C. (2020). *Guía práctica sobre la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, con especial atención a las cláusulas que permitan la integración y participación en los contratos de las mujeres 2020.* Instituto Aragonés de la Mujer. 71 pp. [Archivo pdf]

https://bibliotecavirtual.aragon.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=3719817

Domínguez Álvarez, José Luis (2020). La igualdad de género en la contratación pública. De la actividad tradicional de fomento al “nudge”, una alternativa cierta para las entidades locales de la España vaciada. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 209. (octubre-diciembre 2020), Crónica, pp. 357-377. Sin paginado en la versión conseguida.

Elson, Diane (1999). *Gender Budget Initiative. Background papers.* Commonwealth Secretariat. 20 pp.

https://genderbudgeting.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/12/diane_elson_gb_initiative1999.pdf

Emakunde – Instituto Vasco de la Mujer, Gobierno Vasco y Ortiz de Lejarazu, Helena – Red Kuorum (2013). *Guía para la elaboración de informes de impacto de género*. Emakunde. Diciembre de 2013. 88 pp. [Archivo pdf]

https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/pub_guias/es_emakunde/adjuntos/26.guia.para.la.elaboracion.de.informes.de.impacto.de.genero.pdf.

European Institute for Gender Equality (EIGE), Caimi, V., Helferich, B., Mans, L., Semple, A., Singer, F. (2022). *Gender-responsive Public Procurement: step-by-step toolkit*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022. 85 pp. <https://data.europa.eu/doi/10.2839/55592>.

European Institute for Gender Equality (EIGE, 2022). *Gender-responsive Public Procurement in the EU*. Publications Office of the European Union, 2022. 75 pp. DOI: 10.2839/91977.

European Institute for Gender Equality (EIGE, 2021). *Gender-responsive public procurement*. Publications Office of the European Union. 32 pp. DOI: 10.2839/791371.

European Institute for Gender Equality (EIGE, 2016). *Gender Impact Assessment. Gender Mainstreaming Toolkit*. Publications Office of the European Union. 44 pp. DOI: 10.2839/907321.

Fernández García, M^a Yolanda (2005). La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo. *Revista de Administración Pública* n° 166, Madrid, enero-abril (2005), pp. 281-320.

Fernández Riquelme, Sergio (2009). Política Social en la Unión Europea: del Estado del Bienestar a la Europa Social. *La Razón Histórica*, n° 9, 2009, pp. 29-38.

Freixes, Teresa (s.f.) *La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 48 pp. [Archivo pdf]

<https://www.urv.cat/media/upload/arxiu/igualtat/JeanMonnet/2012/La%20igualdad%20de%20mujeres%20y%20hombres%20en%20el%20Derecho%20de%20la%20UE%20TJUE%20y%20TEDH.pdf>.

Galán Vioque, Roberto (2023). El encaje de los convenios colectivos en la contratación pública. En Galán Vioque, R. (dir.) y Ruiz Olmo, I. (coord). *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 199-223). Tirant lo Blanch.

Gallego Córcoles, Isabel (2019). Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de adjudicación y de desempate. En Pardo López, M. M. y Sánchez García, A. (dirs). *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos* (pp. 107-125). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Gallego Córcoles, Isabel (2017a). La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 4, enero-diciembre 2017, pp. 92-113. DOI: 10.24965/da.v0i4.10497.

Gallego Córcoles, Isabel (2017b). La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación. En García Romero, M. B. y Pardo López, M. M. (dirs). *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 81-111). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Gallego Córcoles, Isabel (2017c). Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 152, sección informe de jurisprudencia, nov-dic 2017. Ed. Wolters Kluwer. 27 pp.

Gallo Campos, Karla y Salinas Beristáin, Laura (2007). *Protocolo teórico metodológico para la verificación del grado de tutela de derechos de las mujeres en el orden jurídico mexicano*. Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género. Colección Género y Derecho. 53 pp.

García Beaudoux, Virginia (2018). Carreras de obstáculos y laberintos de cristal. En Lucía, L. (dir.) y Useros, A. y Muñoz, C. (coord.). *El Atlas de las mujeres en el mundo. Las luchas históricas y los desafíos actuales del feminismo* (pp. 66-69). Clave Intelectual.

Gimeno Feliú, José María (2022). El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad. *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 59, 2022, pp. 1-40.

Gimeno Feliú, José María (2021). *La ley de contratos del Sector Público 9/2017 como transposición del derecho europeo. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Apuntes de la asignatura de Contratación Pública del Máster Interuniversitario de Derecho de la Administración Pública. Actualizados a enero de 2021. 272 pp.

Gimeno Feliú, José María (13-14 de noviembre de 2019). ¿Es nuestra contratación estratégica? Conferencia de clausura de las Jornadas *Cumpliendo con Europa: la contratación pública estratégica del siglo XXI*. Instituto Vasco de Administración Pública. 51 pp.

https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/evento/2019_0_3_22/es_def/Gimeno.pdf

Gimeno Feliú, José María (2017). Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites *Anuario del Gobierno Local* 2017, nº 1, 2017, pp. 241-287. Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Public. http://www.unizar.es/gimenof/gimenof/INVESTIGACION_files/07%20Gimeno%20Feliu%20.pdf.

Gimeno Feliú, José María (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed. 237 p.

Gimeno Feliú, José María (2013) Compra pública estratégica. En Pernas García J. J. (dir). *Contratación pública estratégica* (pp. 45-79). Aranzadi. 1ª ed.

Gómez, Milena; Escalante, Ana Cecilia; Rodríguez, Keisy y Chamorro, María José (2016). *Aprovechar el talento de hombres y mujeres: Guía de gestión de Recursos Humanos con enfoque de género*. Oficina Internacional del Trabajo. 1ª ed. 154 pp. <https://www.ilo.org/es/publications/aprovechar-el-talento-de-hombres-y-mujeres-guia-de-gestion-de-recursos>.

Gómez Fariñas, Beatriz (2019). Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como criterios de solvencia. En Pardo López, M. M. y Sánchez García, A. (dirs.) *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*. (pp. 63-81). Aranzadi, Thomsom Reuters. 1ªed.

González Bustos, Mª Ángeles (2023). La contratación pública con perspectiva de género. En Galán Vioque, R. (dir.) y Ruiz Olmo, I. (coord.) *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 145-171). Tirant lo Blanch.

González Marín, Carmen (2019). El sistema sexo género de nuevo: la teoría queer frente al binarismo. En Blázquez Agudo, E. M., Sáinz de Baranda Andújar, C. y Nieto rojas, P. (dirs). *Especialista en gestión de políticas de igualdad* (pp. 107-125). Aranzadi, Thomson Reuters, 1ª ed.

Gordo Cano, Diana (2023). Desafíos y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 127, septiembre-diciembre 2023, pp. 63-115.

Handler, Heinz (2015). Strategic Public Procurement: An Overview. Policy Paper nº 28, noviembre 2015. 29 pp. Recuperado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2695546> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2695546>.

Herce Maza, José Ignacio (2023). Buena Administración y cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución en los contratos públicos: hacia el interés general desde la compra pública. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 59, enero 2023, pp. 77-117.

Horgué Baena, Concepción (2023). La contratación pública sostenible. Principales novedades introducidas por la Ley 9/2017, de 8 de octubre, de Contratos del Sector Público. En Galán Vioque, R. (dir.) y Ruiz Olmo, I. (coord.) *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 17-43). Tirant lo Blanch, 2023.

Jackson, Penny (2012). *Value for money and international development: Deconstructing myths to promote a more constructive discussion*. OECD Development Co-operation Directorate. 4 pp. [Archivo pdf].

<https://www.oecd.org/development/effectiveness/49652541.pdf>.

Juan Gómez, Mateo C. (2022). Contratación pública: el presupuesto base de licitación y la controvertida desagregación de los costes laborales por razón de género. Diario *La Ley*, N° 10184, Sección Tribuna, 7 de Diciembre de 2022. Recuperado de

<https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMzAwMTU7Wy1KLizPw8WyMDIyNDIAAJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAMEoQCDUAAAA=WKE>.

Larrazabal Astigarraga, Eider (2024). *Cláusulas con perspectiva de género en la Contratación pública*. Atelier libros jurídicos. 118 pp.

Larrazabal Astigarraga, Eider (2021). *Informe jurídico. Análisis de la Instrucción del Gobierno Vasco de 2019, sobre incorporación de cláusulas para la igualdad retributiva de mujeres y hombres, a la luz de la legislación vigente, jurisprudencia y resoluciones de los Tribunales Administrativos en materia de contratación pública*. Realizado para Emakunde. Instituto Vasco de la Mujer. Bilbao, 6 de julio de 2021. 70 pp. [Archivo pdf].

https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/jornadas_politicas/es_def/adjuntos/2021.06.30.informe_juridico_leire_larrazabal.pdf

Larrazabal Astigarraga, Eider (2012). *Un instrumento eficaz de política activa de empleo: la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en la contratación del Sector Público*. Servicio. Editorial de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). 494 pp.

<https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/11256/larrazabal%20astigarraga.pdf?sequence=17&isAllowed=y>

Lesmes Zabalegui, Santiago (2019). *Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos, las subvenciones públicas, los convenios y los conciertos sociales*. Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer. 144 pp.

https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/politicas_clau_intro_00/es_def/adjuntos/A1_IncorporacionPerspectivaGenero.pdf.

Lesmes Zabalegui, Santiago (s.f.). *Cláusulas de género en la contratación pública. Informe jurídico de legalidad conforme a la legislación y la jurisprudencia*. 91 pp. Recuperado de

https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/jornadas_politicas/es_def/adjuntos/2021.06.30.santiago_lesmes.pdf.

Lesmes Zabalegui, Santiago (2011). Contratació pública socialment responsable. *Alimara: Revista de Treball Social*, època 5, nº 56, junio 2011. 11 pp. Sin paginado en la versión conseguida. https://www.revistaalimara.net/revista/wp-content/uploads/2019/08/Article_Revista-Alimara_num-56_Santiago-Lesmes.pdf

Lesmes Zabalegui, Santiago (2005). Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral. *Lan Harremanak*/13, nº 2005-II, pp. 53-86.

Lombardo, Emanuela (2003). El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 13, pp. 6-11.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=765484>.

Lorenzo de Membiela, Juan B. (2008). Desarrollo sostenible y responsabilidad social corporativa (RSC) en la Unión Europea. *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, nº 19, 2008, pp. 2-16.

Mamiro, Reginald G. (s.f.). *Value for money, the limping pillar in public procurement – experience from Tanzania*. 13 pp. [Archivo pdf].

<http://www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/01ComparativeProcurement/Paper1-2.pdf>

Manteca Valdelande, Víctor (2003). La contratación pública en la Unión Europea. *Unión Europea Aranzadi*, vol. 30, nº 2, febrero 2003, pp. 5-14.

Mc Gann, Nora Elisabeth y Ali Nazaneen Ismail (28 de abril de 2021). Mainstreaming gender in public procurement. En Governance for Development World Bank's blogs: <https://blogs.worldbank.org/governance/mainstreaming-gender-public-procurement>

Medina Arnáiz, Teresa (2020). La contratación pública estratégica. En Quintana López, T. (dir.) Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords). *La contratación pública estratégica en la contratación del Sector Público* (pp. 81-99). Tirant Lo Blanch.

Medina Arnáiz, Teresa (2019a). Aplicación de las prohibiciones de contratar con fundamentación social y medioambiental. En Pardo López, M. M. y Sánchez García, A. (dirs). *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos* (pp. 143-162). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Medina Arnáiz, Teresa (2019b). Posibilidades y límites generales de las cláusulas sociales y medioambientales como condiciones especiales de ejecución. En Pardo López, M. M. y Sánchez García, A. (dirs). *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos* (pp. 127-142) Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Medina Arnáiz, Teresa (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo. En García Romero, M. B. y Pardo López, M. M. (dirs). *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 55-79). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Medina Arnáiz, Teresa (2013). Comercio justo y contratación pública. En Pernas García J. J. (dir). *Contratación pública estratégica* (pp. 249-281). Aranzadi. 1ª ed.

Medina Arnáiz, Teresa (2012). La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, 2012, pp. 213-240.

Medina Arnáiz, Teresa (2011). Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Eusopea. Gimeno Feliú, J. M. (dir.) y Bernal Blay, M. A. (coord). *Observatorio de Contratos Públicos 2010* (pp. 43-101). Aranzadi, Thomson Reuters.

Medina Arnáiz, Teresa (2010). La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009, de 16 de junio. En *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 794/2010. 7 pp.

Medina Arnáiz, Teresa (2009). El papel de la Ley de contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género. *Contratacion*

Administrativa Práctica, nº 85, sección reflexiones, abril 2009. Ed. Wolters Kluwer. 25 pp.

Méndez Núñez, María Isabel (2024). La contratación pública: evolución europea de una estrategia. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 128-I, enero-abril, 2024, pp. 243-273. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.128.2024.1.08>

Miranzo Díaz, Javier (2019). La exigencia de la división en lotes como garantía de acceso de las pymes al mercado de la contratación pública. En Pardo López, M. M. y Sánchez García, A. (dirs). *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos* (pp. 163-180). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Moreno Molina, José Antonio (2022). Reserva de contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción. En Gimeno Feliú, J. M. (dir.) y De Guerrero Manso, C. (coord). *Observatorio de los Contratos Públicos 2021* (pp. 47-70). Thomson Reuters Aranzadi.

Moreno Molina, José Antonio (2018). La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea. *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 19, 2018, pp. 27-47. <https://doi.org/10.18601/21452946.n19.04>

Morettini, Simona (2011). Public Procurement and Secondary Policies in EU and Global Administrative Law. En Chiti, E. y Mattarella, B. G. (eds). *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison* (pp. 187-208). Springer.

Observatorio del Emprendimiento de España (2023). *Informe GEM España 2022-2023*. Editorial de la Universidad de Cantabria. 115 pp. <https://www.gem-spain.com/wp-content/uploads/2023/05/Informe-GEM-Espana-2022-2023.pdf>

Office of the Special Adviser on Gender Issues (2002). *Gender mainstreaming. An overview*. United Nations. 29 pp. <https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/e65237.pdf>.

OCDE (2021). Promoting gender equality through public procurement: Challenges and good practices. *OECD Public Governance Policy Papers*, nº 09. OECD Publishing. 32 pp. <https://doi.org/10.1787/5d8f6f76-en>.

Olmo López, Fernando (2022). *Consideraciones sociales en la contratación pública: criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución. Las falsas cláusulas sociales, especial referencia a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales*. Tirant lo Blanch. 235 pp.

Orser, Barbara; Liao, Xiaolu (Diane); Riding, Allan L.; Duong, Quang y Catimel, Jerome (2021). Gender-responsive public procurement: strategies to support women-owned enterprises. *Journal of Public Procurement*, vol. 21, nº 3, 2021, pp. 260-284. Emerald Publishing Limited.

Ortiz González-Conde, Francisco Miguel (2017). Las cláusulas de contratación pública en relación a la conciliación y corresponsabilidad de la vida profesional, personal y familiar. En García Romero, M. B. y Pardo López, M. M. (dirs) *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 311-337). Aranzadi Thomson Reuters. 1ª ed.

Ortiz Vidal, Mª Dolores (2017). Las cláusulas sociales en el derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública. En García Romero, M. B. y Pardo López, M. M. (dirs) *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 35-54). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ªed.

Pardo López, María M. (2019). Mención de criterios sociales y medioambientales en la definición del objeto del contrato. En Pardo López, M. M. y Sánchez García, A. (dirs). *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos* (pp. 49-62). Aranzadi Thomson Reuters. 1ª ed.

Pérez Delgado, Manuel y Rodríguez Pérez, Rosario P. (2023). A vueltas con el carácter constitutivo o declarativo de la inscripción en el REGCON del plan de igualdad. En *Contratación administrativa práctica: revista de contratación administrativa y de los contratistas*, nº 188, 2023. Sin paginado en la versión conseguida.

Pernas García, Juan José (2020). Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica. En García-Álvarez García, G.; Jordano Fraga, J.; Lozano Cutanda, B. y Nogueira López, A. (coords). *Observatorio de Políticas Ambientales 2020* (pp. 873-914). Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, CIEMAT.

Pernas García, Juan José (2013) Contratación pública y eficiencia energética. En Pernas García J. J. (dir). *Contratación pública estratégica* (pp. 283-328). Aranzadi. 1ª ed.

Pedrosa Sanz, Rosario (2009). El desarrollo histórico de la Política Social de la Unión Europea y su estado actual. *Revista de Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27-3, 2009, pp. 613-638.

Pigrau Solé, A. (dir.), Fuentes Gasó, J. R. (coord.), Ascensio Serrato, S. V., Calvet Casajuana, A., Carmona Garias, S., Casado Casado, L., Gallardo Ruíz, M. C., Grifeu Font, J., Iglesias Márquez, D., Marfá Florensa, A., Presicce, L., Rodríguez Travé, M.F., Setó Pamies, D. (2020). *Estudi sobre l'impacte exterior de la contractació pública textil de la Generalitat de Catalunya, amb especial èmfasi en els drets humans, l'equitat de gènere y el medi ambient. Diagnosi i propostes de futur*. Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament (ACCD), Generalitat de Catalunya – Grupo de Investigación Territori, Ciutadania i Sostenibilitat (GRTCS), Departament de Dret Públic, Universitat Rovira i Virgili, diciembre de 2020, 449 pp. http://cooperaciocatalana.gencat.cat/web/.content/continguts/01accd/publicacions/04informes_estudis_guies/doc-impacte-exterior-contractacio-publica-textil.pdf

Pintos Santiago, Jaime (2020). Cómo aplicar la igualdad de género en las distintas fases del procedimiento de contratación. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº extra 2, 2020. Sin paginado en la versión conseguida.

Pozo Bouzas, Eduardo G. (2018). Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. En *El Derecho.com* Lefevre. <https://elderecho.com/las-clausulas-sociales-y-medioambientales-en-la-nueva-ley-92017-de-contratos-del-sector-publico>.

Ratcliff, Christina, Martinello, Barbara y McGourty, Amy (2021). *Los contratos públicos*. En fichas temáticas de la UE. Parlamento Europeo. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos>.

Rey Aramendía, Matilde (2020). *Mainstream de género*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 19, pp. 331-341.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (2013). La contratación del Sector Público como política pública. En Pernas García J. J. (dir). *Contratación pública estratégica* (pp. 31-44). Aranzadi. 1ª ed.

Rodríguez Escanciano, Susana (2021). Apostando por la calidad en el empleo de las mujeres: la contratación administrativa como palanca de la sostenibilidad social. *Revista de Derecho laboral vLex*, nº 4, diciembre 2021, pp. 155-173.

Rodríguez Escanciano, Susana (2020). La sostenibilidad social en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En Quintana López, T. (dir.) Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords). *La contratación pública estratégica en la contratación del Sector Público* (pp. 251-327). Tirant Lo Blanch.

Rodríguez Escanciano, Susana (2019). La Contratación pública como herramienta para fomentar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo. En Rodríguez Escanciano, S., Álvarez Cuesta, H.; Megino Fernández, D.; Fernández Fernández, R. *La apuesta por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde la Ley de contratos del Sector Público* (pp. 15-102). Centro de Estudios Financieros, CEF.

Rodríguez Guillén, David y Clemente Soler, Juan Antonio (2020). The European Pillar of Social Rights: an opportunity to foster the EU. *Revista de Estudios Europeos*, nº 76, julio-diciembre, 2020. Pp. 32-52.

Román Márquez, Alejandro (2023). Etiquetas ambientales y sociales en la contratación pública. Régimen jurídico y doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Galán Vioque, R. (dir.) y Ruiz Olmo, I. (coord). *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 173-198). Tirant lo Blanch.

Saavedra García, María Luisa y Camarena Adame, María Elena (2020). Las PYMEs lideradas por mujeres y la capacitación: un estudio exploratorio. *Small Business International Review*, vol. 4, issue 2, pp. 1-17.

<https://sbir.upct.es/index.php/sbir/article/view/270/131>

Sánchez Fernández, Patricio y Prada Blanco, Albino (2015). Del concepto de crecimiento económico al de desarrollo de las naciones: una aplicación a la Unión Europea. *Revista de Economía Mundial*, nº 40, 2015, pp. 221-252.

Sánchez García, Alfonso (2017). La exclusión de los operadores económicos por el incumplimiento de obligaciones sociales «stricto sensu». En García Romero, M. B. y Pardo López, M. M. (dirs) *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 157-185). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Sanmartín Mora, María Asunción (2023a). ¿Es posible una Compra Pública Estratégica sin estrategia? *Observatorio de Contratación Pública*. Opiniones 18/09/2023. 7 pp. <https://www.obcp.es/opiniones/es-posible-una-compra-publica-estrategica-sin-estrategia>.

Sanmartín Mora, María Asunción (2023b). Discrepancias entre los órganos de recurso especial en relación con la prohibición de contratar por no cumplir con la obligación de tener un plan de igualdad. *Observatorio de Contratación Pública*. Opiniones 03/05/2023. 4 pp. <https://www.obcp.es/monitor/discrepancias-entre-los-organos-de-recurso-especial-en-relacion-con-la-prohibicion-de>.

Sanmartín Mora, María Asunción (2022). Los planes de igualdad en la doctrina del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales. *Observatorio de Contratación Pública*. Opiniones 03/08/2022. 6 pp. <https://www.obcp.es/opiniones/los-planes-de-igualdad-en-la-doctrina-del-tribunal-administrativo-central-de-recursos>

Sanz Baos, Paloma (2023) La acreditación de los planes de igualdad de las empresas en los procedimientos de contratación. *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 2023, 2023. 5 pp.

https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/acreditacion_de_los_planes_de_igualdad_en_procedimientos_de_contratacion_paloma_sanz_baos.pdf

Sarter, Katharina (2019) *Policy paper on public procurement and gender equality*. Commission on a Gender-Equal Economy. Paper 3. Octubre, 2019. <https://wbg.org.uk/wp-content/uploads/2019/11/Public-Procurement-and-Gender-Equality.pdf>

Sarter, Katharina (2015). The Legal Framework of Contracting: Gender Equality, the Provision of Services and European Public Procurement Law. *Wagadu* vol. 13 invierno 2015, pp. 55-83.

https://www.researchgate.net/publication/295529310_The_Legal_Framework_of_Contracting_Gender_Equality_the_Provision_of_Services_and_European_Public_Procurement_Law

Sarter, Eva Katharina, Sack, Detlef y Fuchs, Sebastian (2014). Public Procurement as Social Policy? An introduction to social criteria in public procurement in Germany". *Working Paper Series "Comparative Governance"*, nº. 1, agosto 2014.

https://www.researchgate.net/publication/273119405_Public_Procurement_as_Social_Policy_An_introduction_to_social_criteria_in_public_procurement_in_Germany

Selma Penalva, Alejandra (2017). Las cláusulas sociales como herramienta de apoyo a los planes de igualdad en las administraciones públicas. En García Romero, M. B. y Pardo López, M. M. (dirs). *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 283-310). Aranzadi Thomson Reuters. 1ª ed.

Semple, Abby (2015). The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts? University of Oslo como parte de European Law Conference 2014. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2565051.

Serrano Chamizo, Javier (2018). Reflexiones sobre las novedades de la LCSP en relación con los convenios colectivos sectoriales. *Contratación administrativa práctica*, nº 154, marzo-abril 2018. 14 pp.

Serrano Chamizo, Javier (2017). La contratación de servicios sociales en las directivas de contratación pública y su transposición en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 10, 2017, pp. 129-146. Sin paginado en la versión conseguida

Smit, Lise; Bright, Claire; McCorquodale, Robert; Bauer, Matthias; Deringer, Hanna; Baeza-Breinbauer, Daniela; Torres-Cortés, Francisca; Alleweldt, Frank; Kara, Senda; Salinier, Camille; y Tejero Tobed, Héctor (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final Report*. Realizado para la Comisión Europea. British Institute of International and Comparative Law in United Kingdom. 1ª ed. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>

Tamayo Acosta, Juan José (2019). Principales categorías de la teoría de género. En Blázquez Agudo, E. M., Sáinz de Baranda Andújar, C. y Nieto rojas, P. (dir.) *Especialista en gestión de políticas de igualdad* (pp. 93-106). Aranzadi, Thomson Reuters. 1ª ed.

Tascón López, Rodrigo (2020). La promoción de las cadenas de valor sostenibles en la contratación del Sector Público. En Quintana López, T. (dir.), Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords). *La contratación pública estratégica en la contratación del Sector Público* (pp. 329-348). Tirant lo Blanch.

Tavares da Silva, Suzana (2023). La apuesta de la Unión Europea por la contratación pública sostenible. En Galán Vioque, R. (dir.) y Ruiz Olmo, I. (coord.) *La contratación pública sostenible en la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 45-61). Tirant lo Blanch.

Tillipman, Jessica (11 de marzo de 2021). Women in Public Procurement: What is a woman-led business?. Evento virtual *Gender and Equality in Public Procurement*. Banco Mundial. <https://blogs.worldbank.org/governance/gender-and-equality-public-procurement>

Van den Abeele, Éric (2014). *Integrating social and environmental dimensions in public procurement: one small step for internal market, one giant leap for the EU?* European Trade Union Institute, ETUI. Working Paper 2014.8. 31 pp.

Valcárcel Fernández, Patricia (2013). Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública. En Pernas García, J. J. (dir) *Contratación pública estratégica* (pp. 329-368). Aranzadi. 1ª ed.

Villarejo Galende, Helena y Calonge Velázquez, Antonio (2020). La nueva Ley de Contratos del Sector Público: claves de la reforma, análisis y repercusiones. En Quintana López, T. (dir.), Rodríguez Escanciano, S. y Casares Marcos, A. (coords). *La contratación pública estratégica en la contratación del Sector Público* (pp. 25-80). Tirant lo Blanch.

World Economic Forum (2023). *Global Gender Gap Report 2023. Insight Report. June 2023*. World Economic Forum, 2022. 381 pp.

https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2023.pdf

World Economic Forum (2017). *The Global Gender Gap Report 2017*. World Economic Forum, 2017. 349 pp.

https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf.

OTRAS REFERENCIAS

Asunto C-368/10 Comisión Europea contra Reino de los Países Bajos (2010). Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 15 de diciembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:840).

Asunto C-513/99 Concordia Bus Finland (2001). Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo, presentadas el 13 de diciembre de 2001 (ECLI:EU:C:2001:686).

Asunto 31/87 Gebroeders Beentjes BV y Estado de los Países Bajos (1988). Conclusiones del Abogado General Sr. Marco Darmon, presentadas el 4 de mayo de 1988 (ECLI:EU:C:1988:226).

Asamblea General de las Naciones Unidas (2019). *Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. Presentado en el 41^{er} periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos el 23 de mayo de 2019, A/HRC/41/43. 28 pp.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1. 40 pp.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2000). *Declaración del Milenio*. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de septiembre de 2000 (A/RES/55/2). 10 pp.

Ayuntamiento de Madrid (2016). Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal. Aprobada por Decreto de 19 de enero de 2016 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda. BOAM nº 7581 de 21 de enero de 2016.

https://sede.madrid.es/FrameWork/generacionPDF/boam7581_108.pdf?numeroPublicacion=7581&idSeccion=2c4289f062a52510VgnVCM2000000c205a0aRCRD&nombreFichero=boam7581_108&cacheKey=1&guid=2adb785b58442510VgnVCM200000c205a0aRCRD&csv=true

Ayuntamiento de Zaragoza (s. f.). Instrucción relativa a la incorporación de cláusulas sociales de género en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Zaragoza, sus organismos autónomos y entidades del Sector Público municipal

<https://www.zaragoza.es/contenidos/normativa/instruccion-igualdad-contratos.pdf>

Comisión de las Comunidades Europeas (2008) *Contratación pública para un medioambiente mejor*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2008) 400 final, de 16 de julio de 2008. 12 pp.

Comisión de las Comunidades Europeas (2001a). *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*. COM (2001) 566 final. Publicada en el DOCE nº C 333, de 28 de noviembre de 2001. Pp. 27-41.

Comisión de las Comunidades Europeas (2001b). *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*. COM (2001) 274 final. Publicada en el DOCE nº C 333, de 28 de noviembre de 2001. Pp. 12-26.

Comisión de las Comunidades Europeas (2001c). *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*. Libro Verde. COM(2001)366 final, de 18 de julio de 2001. 36 pp.

Comisión de las Comunidades Europeas (2001d). *Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible*. COM(2001)264 final, de 15 de mayo de 2001. 18 pp.

Comisión de las Comunidades Europeas (1996a). *La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*. Libro Verde. COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996. 63 pp.

Comisión de las Comunidades Europeas (1996b). *Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*. COM (96) 67 final, de 21 de febrero de 1996. 24 pp.

Comisión de las Comunidades Europeas (1993). *Libro Verde sobre la Política Social Europea. Opciones para la Unión*. COM (93) 551 final, de 17 de noviembre de 1993. 155 pp.

Comisión de las Comunidades Europeas (1990). *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1990. 21 pp.

Comisión de las Comunidades Europeas (1985). *Completing the Internal Market*. Libro Blanco. COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1985. 35 pp.

Comisión Europea (2021). *Adquisiciones sociales-Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas-*. 2ª edición. 2021/C 237/01. DOUE nº C 237, de 18 de junio de 2021. Pp. 1-69.

Comisión Europea (2020). *Una Europa Social fuerte para unas transiciones justas*. COM 2020 (14) final. 13 pp.

Comisión Europea (2017a). *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2017) 572 final, de 3 de octubre de 2017. 17 pp.

Comisión Europea (2017b). *Documento de Reflexión sobre la dimensión social de Europa*. COM (2017) 206, de 26 de abril de 2017. 35 pp.

Comisión Europea, Secretaria General (2017). *El pilar europeo de derechos sociales*. Oficina de Publicaciones de la UE. 22 pp. <https://data.europa.eu/doi/10.2792/506887>.

Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Dirección General de Mercado Interior y Servicios (2011). *Adquisiciones sociales: una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*. Oficina de Publicaciones de la UE, 2011. 49 pp. <https://data.europa.eu/doi/10.2767/17682>

Comisión Europea (2011). *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*. COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011. 60 pp.

Comisión Europea (2010a). *Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva. Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*. COM (2010) 608 final, de 27 de octubre de 2010. 49 pp.

Comisión Europea (2010b). *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo de 2010. 39 pp.

Comisión Europea, Dirección General de Medio Ambiente (2005) *¡Compras ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*. Oficina de Publicaciones, 2005. 39 pp.

Comisión Europea (1998). *La contratación pública en la Unión Europea*. COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998. 34 pp.

Comisión Europea (1994). *La Política Social Europea. Un paso adelante para la Unión*. Libro Blanco. COM (94) 333, de 27 de julio de 1994. 75 pp.

Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987). *Nuestro futuro común*. Informe presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de agosto de 1987 (A/42/427).

https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CM-MAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (COCEDAW, 2004). *Recomendación general nº 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujeres- Medidas especiales de carácter temporal*. 30ª periodo de sesiones del COCEDAW (2004). 10 pp.

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3733_S.pdf

Consejo de Estado (2016) *Dictamen 1116/2015 sobre el anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público*. 10 de marzo de 2016

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-1116>

Consejo de la Unión Europea (2020). *Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente*. Conclusiones del Consejo (2020/ C 412 I/01). DOUE nº CI 412, de 30 de noviembre de 2020. Pp. I/1-5.

Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya (2017). *Código para una contratación pública socialmente responsable*. Aprobado por el Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 16 de mayo de 2017. 49 pp. <https://contractacio.gencat.cat/web/.content/principis/contractacio-estrategica/social/codi-cp-socialment-responsable/codi-cp-socialment-responsable-castellano.pdf>

Institut Català de les Dones- Generalitat de Catalunya (2018). *Guia per a la incorporació de la perspectiva de gènere en els contractes públics*. Aprobado por acuerdo del Govern el 12 de septiembre de 2018. 23 pp.

<https://contractacio.gencat.cat/ca/principis/contractacio-estrategica/contractacio-publica-socialment-responsable/guia-perspectiva-genere-contractes-publics/>

Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (2021). *Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2018, 2019 y 2020*. Abril 2021. 256 pp. https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/Informes-de-interes/Hacienda/InformetrienalContratacionPublica18-19-20.html.

Naciones Unidas (1995). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995. A/CONF. 177/Rev. 1. 232 pp.

<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH, 2011). *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Naciones Unidas, 2011. 43 pp.

https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (2022). *Informe Especial de Supervisión relativo a la Contratación Estratégica en el 2020*. Marzo 2022. <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informes-especiales-supervision/ies-contratacion-estrategica.pdf>

Parlamento Europeo (2020). Historia de la Unión Europea, presentación que forma parte de la herramienta educativa *Europa en la Escuela: clases participativas sobre la Unión Europea*. 15 pp. [Archivo pdf].
<https://www.europarl.europa.eu/ambassador-school/es/assets/es-presentation-eu-history.pdf>