

## Breves apuntes sobre discriminación positiva por razón de género y contratación pública

Mateo C. JUAN GÓMEZ

Abogado Bufete Buades

Diario La Ley, Nº 8978, Sección Tribuna, 12 de Mayo de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada  
Jurisprudencia comentada  
Comentarios

### I. INTRODUCCIÓN

*«No puedo decir si las mujeres son mejores que los hombres. Sin embargo, sí puedo decir sin dudar que no son peores.»*

Con esta célebre frase Golda Meir, la conocida como «Dama de Hierro», defendía en el siglo pasado la aptitud femenina para el desarrollo de cargos de responsabilidad.

En la actualidad, bien entrado ya el siglo XXI, están al orden del día conceptos como el de discriminación positiva, o el de discriminación indirecta, definida esta última por la Directiva 2002/73/CE (LA LEY 11316/2002) como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios». Y bien arraigado en la conciencia popular la conveniencia de impulsar una igualdad real o efectiva, dada la insuficiencia de la igualdad formal pregonada por todos (o casi) los sistemas democráticos.

En este sentido, como apunta BERNAL BLAY (1) no cabe duda de que la contratación pública, entendida como medio para alcanzar fines públicos, puede ser un instrumento más (aunque no el único, ni el más relevante) para fomentar la igualdad material entre hombres y mujeres. Después de todo, la vinculación de la contratación pública a las políticas sociales y medioambientales, fue destacada ya en la Directiva 2004/18/CE (LA LEY 4245/2004), y recogida con mayor determinación en las Directivas de 2014 o en el TRLCSP (LA LEY 21158/2011).

Tanto es así, que el término «económicamente más ventajosa» referido a una proposición de un licitador, se utiliza tanto por las Directivas comunitarias como por el TRLCSP en un sentido lato, no restringido a aspectos puramente monetarios, sino que engloba también otros factores como los estéticos o medioambientales (*vid.* STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99 (LA LEY 151204/2002), *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki y HKL Bussiliikenne*; entre otras), pero también los de naturaleza social. No en vano el art. 117.1 TRLCSP (LA LEY 21158/2011) recoge el mandato de que las prescripciones técnicas de los pliegos se definan «...en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos [...] y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental»; y el art. 118 (LA LEY 21158/2011) prevé la inclusión, como condiciones especiales de ejecución del contrato, de consideraciones de tipo medioambiental o social. Algo que también se prevé en el considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014), según el cual:

*«Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten 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, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.»*

Como destaca GIMENO FELIÚ (2), si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, no lo es menos que también lo está a la consecución de objetivos sociales y medioambientales.

## II. LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN, ADJUDICACIÓN O EJECUCIÓN

Tal y como se desprende de la normativa y jurisprudencia comunitaria (3) , ha de diferenciarse entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas; y la fase de adjudicación, en la que deben utilizarse criterios tendentes al estudio de la propuesta económicamente más ventajosa.

Asimismo, deben destacarse como una novedad de la LCSP (de la extinta Ley 30/2007 (LA LEY 10868/2007)) las condiciones especiales de la ejecución de los contratos, y que actualmente se recogen en el art. 118 TRLCSP (LA LEY 21158/2011). Según el considerando 40 de la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014): «el control del cumplimiento de dichas disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión y al aplicar las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas».

Respecto a la posibilidad de incorporar la perspectiva de géneros en los criterios de admisión, podemos hacer referencia al art. 57.4 de la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014), que permite a los poderes adjudicadores excluir al licitador que haya sido sancionado por infracciones graves derivadas de 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. Precepto que es consecuencia directa de la excepción contenida en el art. 56.1.pfo. 2.º (LA LEY 4613/2014), que faculta a los poderes adjudicadores para denegar la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, si se comprueba que el licitador no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el art. 18, apartado 2 (LA LEY 4613/2014), esto es, las antes referidas.

El art. 60.1 b) TRLCSP prohíbe contratar al sancionado por infracción grave en materia de integración laboral e igualdad de oportunidades

De modo similar el art. 60.1.b) TRLCSP (LA LEY 21158/2011) incluye entre las prohibiciones de contratar, el haber sido sancionado por infracción grave en materia «...de integración laboral y de igualdad de oportunidades...». Se ha discutido en no pocas ocasiones, la conveniencia de ampliar el catálogo de prohibiciones de contratar, como mecanismo para implementar nuevas medidas de carácter social (4) . Pues bien, en este punto cumple recordar, que la inclusión de nuevos supuestos de prohibición constituye una competencia exclusiva del Estado, toda vez que los arts. 60, 61 y 61 bis (LA LEY 21158/2011), cuya redacción procede de la modificación operada por la

Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015) de Régimen Jurídico del Sector Público, tienen carácter básico (5) . De esta suerte, queda vetado a las comunidades autónomas la posibilidad de incorporar nuevas prohibiciones de contratar, tal y como analiza de modo extenso el Informe 2/2017, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En lo que refiere a los criterios de adjudicación, diremos que éste es, sin lugar a duda, el escenario más polémico para la incorporación de medidas de género. Es cierto que el art. 150.1 TRLCSP (LA LEY 21158/2011) prevé que para la valoración de las proposiciones se atiende, entre otros elementos a «...las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato...»; y que en sentido similar el art. 67.2 de la Directiva (LA LEY 4613/2014)de continua referencia prevé criterios «...que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales...». Sin embargo tal posibilidad queda condicionada a que estén directamente vinculadas al objeto del contrato y a los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, así como que permitan determinar cuál sea la oferta económicamente más ventajosa (6) ; lo que ha dado lugar a todo tipo de interpretaciones, en su mayoría restrictivas.

Por citar algunas resoluciones significativas en esta materia, comenzaremos por examinar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 (rec. 5377/2009 (LA LEY 105946/2012)), que evita pronunciarse directamente sobre la posibilidad de incorporar como criterio de adjudicación, el otorgamiento de puntuaciones en atención al «porcentaje de personal femenino fijo en la empresa», pese a que dicha cuestión era precisamente el epicentro del recurso de casación. El recurso se desestima, pero no en atención a que se considere permisible un criterio de

adjudicación como el recogido en los pliegos (denominado «de igualdad»), sino porque entendió el tribunal que tal criterio debía ser interpretado, ese caso concreto y a razón de su tenor, como un mero criterio de preferencia.

Corolario de lo anterior, solamente entraría en juego en el caso de que se produjera un empate entre dos o más ofertas o proposiciones igualmente ventajosas. Reconduce el debate el Alto Tribunal, que se limita a confirmar que no existe óbice alguno para permitir el establecimiento de medidas de preferencia o desempate como aquella. A este respecto, debe traerse a colación el art. 33 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LA LEY 2543/2007), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Según dicho precepto, los órganos de contratación de las Administraciones públicas, podrán establecer condiciones especiales de ejecución de los contratos, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo (7) . Tal norma, a criterio de la Sala, es susceptible de ser interpretado como una regla de mínimos, en el sentido de que no sólo es posible aplicar medidas de igualdad como condición especial de ejecución, sino también, cuando menos, en sentido similar a lo previsto por el art. 34.2 (LA LEY 2543/2007) de la misma ley para la Administración General del Estado (8) , esto es, como criterio de preferencia para decidir la ejecución entre proposiciones iguales desde criterios objetivos.

De esta suerte, la sentencia de referencia no resulta concluyente en la relación a la posibilidad de introducir medidas de discriminación positiva, por razón de género, como criterios de adjudicación.

Más nítidamente restrictivo resultó el Informe emitido por el Tribunal de Cuentas de fiscalización de los convenios de colaboración y la contratación celebrados por el Instituto de la Mujer, publicado el 30 de junio de 2011. Según éste, las condiciones especiales que se establezcan con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, deben referirse a la ejecución de los contratos (ex art. 33 LOI) (LA LEY 2543/2007) lo que excluye su aplicación como criterio de adjudicación «strictu sensu», práctica que censura expresamente el Tribunal de Cuentas.

A juicio del órgano administrativo, tales criterios tendrían un mejor encaje como medios para dirimir empates entre proposiciones igualmente ventajosas, tal y como prevén el art. 34 Ley Orgánica de Igualdad (LA LEY 2543/2007) y en la DA 4.ª TRLCSP (LA LEY 21158/2011).

En sentido similar el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 53/2008 declaró que no era admisible en nuestro Derecho la inclusión de criterios de adjudicación que valorarán la contratación de personal desempleado, por cuanto no guardan relación directa con el objeto del contrato (idea reiterada en su posterior informe 3/2009).

En el marco de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se ha reconocido expresamente la posibilidad de incorporar tales criterios de adjudicación, por ejemplo, en la STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99 (LA LEY 151204/2002). Si bien, con anterioridad el tribunal comunitario se había mostrado tajante en el sentido contrario, en la STJUE de 20 de septiembre de 1988 (C-31/87, *Gebroeders Beentjes*), y también en la STJUE de 26 de septiembre de 2000 (LA LEY 171749/2000) (C-225/98, contra Francia), en la que se admitió como criterio de adjudicación las medidas de lucha contra el desempleo, si bien como «criterio accesorio», introduciendo de este modo un indeseable concepto jurídico indeterminado.

Tal vez por esas disonancias, la resolución del TACRC 210/2016 de 18 de marzo (LA LEY 36085/2016) advierte que: «...no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea».

En la actualidad la posibilidad de introducir elementos sociales como criterios de adjudicación queda mucho más patente

Pese a todo lo anterior, podemos decir que en la actualidad la posibilidad de introducir elementos sociales como criterios de adjudicación queda mucho más patente a razón de las Directivas 2014, con el propósito declarado de potenciar el uso estratégico de la contratación pública para el cumplimiento de los objetivos de la estrategia Europa 2020. En concreto la utilización de criterios sociales para la adjudicación de los contratos y concesiones, sea como criterios de adjudicación o como condiciones de adjudicación, se ve fortalecida porque definen de una manera amplia la relación con el objeto del contrato que deben tener los criterios sociales para resultar admisibles.

En este sentido resultan relevantes el art. 67.3 de la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014), y el considerando 97 de la misma, que permiten la inclusión de estos criterios siempre que se refieran a obras, suministros o servicios que

hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluso cuando se trate de factores que no formen parte de su sustancia material. En el mismo sentido, el considerando 64 de la Directiva 2014/23/UE (LA LEY 4613/2014), admite criterios sociales que se refieran a cualquier fase del ciclo de vida, desde la extracción de materias primas para el producto, hasta la fase de la eliminación del producto, incluso cuando se trate de factores que no formen parte de la sustancia material de la obra, servicio o suministro que se vaya a facilitar en el marco de una concesión. Lo anterior supone ampliar el espectro de lo que debe ser interpretado como «objeto del contrato», al que deben ir relacionados los criterios de adjudicación (9) .

### **III. LA TRANSVERSALIDAD DE LA LEGISLACIÓN DE IGUALDAD DE GÉNERO Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN**

Como ya apuntara el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de julio de 2012 (LA LEY 105946/2012), antes citada, el punto de partida, a modo de prisma interpretativo de la normativa sobre contratación pública, lo constituye la transversalidad de la legislación de igualdad de género.

Tal normativa no es sino una derivación del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo que proclama el art. 14 de nuestra Constitución (LA LEY 2500/1978). Y en relación con ese derecho el art. 9.3 de la Carta Magna (LA LEY 2500/1978) recoge el mandato de promover la igualdad material o efectiva. Orden constitucional que, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos, viene a cumplir la Ley Orgánica 3/2007 (LA LEY 2543/2007) de igualdad efectiva de hombres y mujeres. Y lo hace desde una dimensión transversal, tal y como pregona la Exposición de Motivos y recoge expresamente su art. 15 (LA LEY 2543/2007), según el cual «el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos...» y las administraciones públicas deberán incorporarlo «...de forma activa...en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

En consecuencia, tal y como apunta BERNAL BLAY (10) «la consideración de la dimensión transversal u alcance horizontal del principio de igualdad movió a que, dentro del Capítulo de la LOI, dedicado a la "acción administrativa para la igualdad", se incluyesen un par de artículos dedicados a la contratación de las Administraciones Públicas».

Sin embargo, pese a que los cimientos se asienten por la legislación de igualdad, no puede obviarse que la normativa de contratación pública impone una serie de requisitos «sine qua non» que deben ser observados por los criterios de valoración. Tanto el Derecho europeo como el patrio han otorgado una amplia capacidad decisoria al poder adjudicador a la hora de determinar los criterios de adjudicación, si bien se reseñan algunos principios y exigencias de obligado cumplimiento, a los que se suma un listado no exhaustivo de posibles criterios de los que el órgano de contratación puede servirse. *Grosso modo*, al amparo del art. 67 de la Directiva (LA LEY 4613/2014), los requisitos que deben cumplirse por los criterios de adjudicación son: a) que no confieran una libertad de decisión ilimitada; b) que se mencionen expresamente en el anuncio de licitación o los pliegos; c) que estén vinculados al objeto del contrato; d) que respeten los principios fundamentales de la Unión. Además, según el Considerando 92 de la Directiva (LA LEY 4613/2014), únicamente son legítimos aquellos criterios que se dirijan a identificar la oferta económicamente más ventajosa, aspecto que ha sido destacado por la jurisprudencia del tribunal europeo (11) y por la Junta de Contratación Administrativa (12) .

Para resolver el mejor modo de conjugar los objetivos de las leyes de igualdad, con el esquema y requisitos propios de la contratación pública, nos remitiremos a dos resoluciones bastante recientes (ambas de 2016), que nos ayudarán al menos a estrechar los límites de lo permitido en la configuración de los criterios de adjudicación.

*La primera*, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, núm. 45/2016, de 8 de agosto, (LA LEY 150508/2016) por el que se declara la nulidad de un criterio de adjudicación que valoraba la presencia de mujeres en el equipo técnico que van a desarrollar los trabajos. Concretamente se exigía de los licitadores que presentasen una declaración responsable indicando el número de mujeres y hombres que conformarán el equipo técnico que va a desarrollar los trabajos.

El órgano administrativo, tras valorar la normativa de aplicación, y en especial los arts. 67.2 (LA LEY 4613/2014), considerando 89 (LA LEY 4613/2014) y 90 de la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014), concluye que no se justifica en el expediente que la contratación de mujeres para la prestación del servicio suponga una mejora —directa ni indirecta— en el prestación del mismo, ni su incidencia en el objeto del contrato. Hechos especialmente gravosos, si

se tiene en cuenta que este criterio supone 25 puntos sobre un total de 100. Este último matiz es relevante, en tanto que nos introduce el principio de proporcionalidad o coherencia técnica, de tal modo que resulta un auténtico dislate que el 25% de la adjudicación dependa del sexo de los trabajadores que el licitador destinará al contrato. No se pierda de vista tampoco que en tanto se refiere al personal pre-existente en la empresa, se está atendiendo a criterios de aptitud empresarial, que no guardan relación con el objeto del contrato.

*La segunda*, la resolución del TACRC de 18 de marzo de 2016 (LA LEY 36085/2016) (rec. 130/2016), por la que se analiza la legalidad de determinados extremos de los pliegos de un expediente de licitación del Ayuntamiento de Xátiva, entre los que se cuenta —por lo que ahora interesa— el otorgamiento de hasta 5 puntos (sobre un total de 100) a las empresas que para la ejecución del contrato se comprometan a incorporar a su plantilla personas con discapacidad o en riesgo de exclusión del mercado laboral. Analizando las Directivas de 2014, el Tribunal defiende la legalidad de tal previsión, desde la base de que considera que la misma sí guarda relación con el objeto del contrato, y desde una perspectiva de proporcionalidad, no se desvirtúa el principio general de adjudicación a la oferta económica más ventajosa.

En relación a lo primero, cumple señalar que a diferencia del caso anterior, no se valorará la composición «ex ante» de la empresa licitadora, sino el compromiso a «incorporar a su plantilla, bien para cubrir las necesidades de personal eventual que requiera el contrato, bien para las nuevas contrataciones que resulten necesarias» a personal en riesgo de exclusión laboral o a personas con discapacidad.

Cohonestando las dos resoluciones citadas, cabe concluir que no se ajustarán a la legalidad aquellos criterios de adjudicación que atiendan a la aptitud o composición de la empresa licitadora, sin guardar relación con el objeto del contrato.

Como apunta el Informe 9/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 31 de marzo de 2009 (LA LEY 1177/2009) «la vinculación directa exige que el criterio de valoración afecte a aspectos intrínsecos de la propia prestación, a cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o a las consecuencias directas derivadas de la misma». Quedan, por ende, proscritos los criterios relativos a cuestiones puramente contingentes que no afecten a la forma de ejecutar la prestación ni a sus resultados, o refieran a circunstancias propias de la capacidad técnica de la empresa.

Tampoco se ajustarán a la legalidad aquellos criterios de adjudicación que, por desproporcionadas o por cualquier otra circunstancia, distorsionen la licitación, dificultando la elección de la propuesta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador.

---

(1) BERNAL BLAY, M.A. «La igualdad de género y los contratos públicos». Observatorio de Contratación Pública. 3 de septiembre de 2012.

---

(2) GIMENO FELIU, J.M. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. Civitas. Madrid, 2006, pág. 47.

---

(3) Vid. «ad exemplum» STJUE de 27 de junio de 2006.

---

(4) A modo de ejemplo reciente, puede citarse el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres de la Comunidad Autónoma de Aragón, que fue informado desfavorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de dicha comunidad autónoma.

---

(5) Con la excepción del apartado c) del art. 60.2 (LA LEY 21158/2011) (prohibición de contratar con las Administraciones Públicas derivada del incumplimiento de condiciones esenciales del contrato).

---

(6) Como afirma DOMENECH PASCUAL, G. («La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos». Revista General de Derecho Administrativo, núm. 30, págs. 1-59), la oferta económicamente más ventajosa sólo puede ser aquella propuesta que mejor y más eficientemente satisface los intereses generales a cuyo servicio objetivo se encuentra la Administración.

---

(7) En concreto: «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».

---

(8) Reza el art. 34.2 (LA LEY 2543/2007), aplicable a los contratos de la Administración General del Estado: «Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LA LEY 2206/2000)».

---

---

**(9)** En esta línea profundiza el Informe JCCA Aragón, 2/2017 de 1 de febrero, antes citado.

---

**(10)** Obra citada «ut supra».

---

**(11)** Véanse la STJUE de 9 de octubre de 2014, Sala Octava (C-641/2013 (LA LEY 137427/2014)); o la STJUE de 16 de septiembre de 2016.

---

**(12)** Entre otros Informe JCCA 17/11, de 15 de diciembre de 2011.

---