

NÚMERO 45

2022

ISSN: 1575-720-X

RJUAM

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO

Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 45

2022-I

Director: D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

Subdirector: D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)

Secretario académico: D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)

Secretaria económica: Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)

Responsable de difusión y medios digitales: D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)

Consejo de redacción:

D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
D. Carlos Cabrera Carretero (Derecho financiero y tributario - UAM)
D. Nicolás Cantard (Derecho penal - UAM)
D. Carlos Castells Somoza (Derecho civil - UAM)
D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario)
D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM)
Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
D. Pedro Luis López Herraiz (Historia del Derecho - Universidad de Salamanca)
D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
Dña. Mariona Llobet Angli (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM)
D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
Dña. Marta Pantaleón Díaz (Derecho penal - UAM)
Dña. Claudia de Partearroyo Francés (Derecho constitucional - UAM)
Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
Dña. Matilde Rey Aramendía (Filosofía del Derecho - UAM)
D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
D. Víctor Sánchez del Olmo (Derecho del trabajo y de la seguridad social - UAM)
Dña. Laura Sanjurjo Ríos (Derecho procesal - UAM)
Dña. Alejandra Soto García (ciencia Política y Relaciones Internacionales - Universidad de París I Panteón-Sorbona)
Dña. Isué Natalia Vargas Brand (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)

Consejo asesor:

D. Juan Arrieta Martínez de Pisón (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
Dña. Sussane Gratiús (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
Dña. Félix Alberto Vega Borrego (Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho internacional público - UAM)
D. Antonio Fernández de Buján y Fernández (Catedrático de Derecho romano - UAM)
D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

Dykinson

ISSN: 1575-720-X

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid (www.revistas.uam.es).

Colaboran:

UAM
Universidad Autónoma
de Madrid
Fundación General
de la Universidad
Autónoma de Madrid

Dykinson, S. L.

Portada: Marta Conde Diéguez
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

e-mail: revista.juridica@uam.es

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es> <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: german.balaguer@gmail.com

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 45 (2022-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2022.45>

TRADUCCIÓN

Irene STOLZI «El Estado corporativo»9

ARTÍCULOS

Iván BEREJANO DÍAZ «El covid-19 como evento asegurable con base en la cobertura de pérdida de beneficios»27

Sebastián IGNACIO FORTUNA «La gestación por sustitución en la Argentina: reflexiones desde los feminismos para una necesaria regulación»51

Joaquín PABLO RECA «La reivindicación de una huella a la luz del derecho internacional humanitario: análisis del conflicto en las Islas Malvinas»75

Allen Martí FLORES ZERPA «Las reglas del Derecho penal y una aproximación a los elementos objetivos del prevaricato»97

Iñigo ORMAECHE LENDÍNEZ «Competencia judicial internacional y protección de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos: su encaje con el Reglamento Bruselas I bis»127

Andrea GARCÍA ORTIZ «Los delitos contra “el honor” de la corona y el discurso de odio»153

Sara MARTÍNEZ MÉNDEZ «Las cláusulas sociales y la perspectiva de género en la contratación pública»183

Gabriel Ángel GARCÍA BENITO «La Administración desamortizadora de 1813: cortes, intendentes y ayuntamientos (Úbeda)»203

RECENSIÓN

Pablo Javier MARINA ROSADO: Recensión de la obra de FARNSWORTH, W. «El analista jurídico. Una panoplia para pensar sobre el Derecho» Madrid (Aranzadi) 2020, 432 pp.	225
---	-----

ESTADÍSTICAS	235
---------------------------	-----

NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES	237
---	-----

LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA*

SOCIAL CLAUSES AND GENDER PERSPECTIVE IN PUBLIC PROCUREMENT

SARA MARTÍNEZ MÉNDEZ**

Resumen: La contratación pública constituye uno de los instrumentos principales a través de los cuales la Administración cumple los mandatos constitucionales y legales con el fin de satisfacer el interés general. La legislación española en materia de contratos públicos ha sido objeto de numerosas reformas en los últimos años, especialmente por la influencia del Derecho de la Unión Europea. Ello ha producido un avance hacia una contratación pública más social. En este sentido, la finalidad del presente estudio se centra en analizar cuándo y de qué forma la perspectiva de género puede estar presente en los contratos públicos que formaliza la Administración.

Palabras clave: contratación pública, cláusulas sociales, igualdad de género, cláusulas de igualdad.

Abstract: Public procurement constitutes one of the major instruments available to the Administration in order to comply with the constitutional and legal mandates aimed at fulfilling the general interest. Spanish legislation on public contracts has undergone numerous reforms in recent years, especially due to the influence of European Union law. This has led to the promotion of a more socially oriented public procurement. In this sense, the purpose of this study is to assess when and how gender perspective can be present in the public contracts formalized by public authorities.

Key words: public procurement, social clauses, gender equality, equality clauses.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO; 1. Evolución de la inclusión de criterios sociales en la legislación española; 2. La incorporación de cláusulas sociales en la práctica; III. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE IGUALDAD EN LAS DIFERENTES FASES CONTRACTUA-

* <https://doi.org/10.15366/rjuam2022.45.008>

Fecha de recepción: 30 de enero de 2022.

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2022.

** Primer premio en la modalidad de Derecho Público y Filosofía Jurídica del XI Premio Jóvenes Investigadores de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Doble Graduada en Derecho y en Ciencia Política por la Universidad Autónoma de Madrid y estudiante del Doble Máster de Acceso a la Profesión de Abogado e Investigación Jurídica en la misma universidad. Correo electrónico: sara.martinez.mendez@gmail.com

LES; 1. Consideraciones generales; 2. En la fase de preparación; 3. En la fase de adjudicación; 4. En la fase de ejecución; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es una herramienta que el sector público tiene a su disposición para proveerse de bienes y servicios en el mercado, con el fin de ejercer las competencias que tiene atribuidas. De conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Española la Administración Pública sirve los intereses generales. El servicio a ese interés general vinculado al objeto contractual, y al impacto en el mercado interior, justifican la existencia de una categoría de contratos que se aparta de la contratación privada, los contratos públicos¹.

Las reformas de los textos normativos en materia de contratación pública han permitido el establecimiento de objetivos centrados en la igualdad, así como en el ámbito laboral y medioambiental². Ello se debe en gran parte a la influencia del Derecho europeo. Aunque, en un principio, la contratación pública se centraba en criterios estrictamente económicos, de forma paulatina, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³ como las Directivas 2014/23/UE⁴ y 2014/24/UE⁵ (DCP) han admitido criterios de carácter no económico. En consecuencia, la llegada de las DCP ha contribuido a que se haya producido un giro estratégico en la contratación pública. Precisamente sobre ello se ha pronunciado, recientemente, la Comisión Europea que ha dispuesto que la contratación pública estratégica tiene como finalidad contribuir al cumplimiento efectivo de los objeti-

¹ DÍEZ SASTRE, S., «Las cláusulas sociales en la contratación pública» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, núm. 21, 2017, pp. 197-198.

² Sobre ello véase MORENO MOLINA, J.A., *Hacia una contratación pública responsable y sostenible: Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 19 y ss.

³ En un primer momento, el TJUE solo admitía la incorporación de criterios sociales de forma absolutamente excepcional. Por ejemplo, en la STJUE de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, C-31/87. Progresivamente, el Derecho europeo comenzó a ser más favorable a incluir cláusulas sociales, por ejemplo, para luchar contra el desempleo. Es el caso de la STJUE de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia, C-225/98. Sin embargo, la inclusión total de estas cláusulas se observa tras las Directivas de 2014 por ejemplo en la STJUE de 18 de septiembre de 2014, Bundesdruckerei, C-549/13. Sobre la evolución de la jurisprudencia en este sentido se pronuncia MEDINA ARNÁIZ, T., «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 217-225.

⁴ Directiva (UE) 2014/23/UE Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁵ Directiva (UE) 2014/24/UE 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.

vos de las políticas económicas, sociales y medioambientales tanto a nivel local, regional, nacional y de la Unión Europea⁶.

Pues bien, los cambios experimentados por el conjunto de la sociedad han potenciado que se pretenda solventar la situación de inferioridad experimentada por la mujer en épocas anteriores, a través del establecimiento de medidas concretas que permitan una igualdad real y efectiva en este ámbito.

En este sentido, las políticas de igualdad de género pueden entenderse como un conjunto de decisiones y objetivos establecidos por las instituciones públicas cuya finalidad principal es mejorar la situación cultural, política y económica de la mujer dentro del conjunto de la sociedad⁷. La Unión Europea ha optado por aplicar a la perspectiva de género la técnica «*mainstreaming*», es decir, ha hecho hincapié en que no se trate de una política sectorial. Por ello, se habla de la transversalidad, en tanto que se incorpora la perspectiva de género en el resto de las políticas públicas. Esta técnica ha sido recogida también en el ordenamiento jurídico español, en concreto en el artículo 15 de la vigente Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI).

Como se verá con más detalle a continuación, no se cuestiona la legalidad de incluir cláusulas sociales dentro de los contratos públicos. Ahora bien, se debe tener en cuenta que la inclusión de estos criterios sociales debe llevarse a cabo con cierta cautela y dentro de unos márgenes establecidos, ya que existe mucha litigiosidad vinculada a la introducción de este tipo de cláusulas, especialmente ante los órganos administrativos de recursos contractuales⁸. Por ejemplo, con carácter general, aquellos contratos destinados a obras y servicios permiten una mejor incorporación de las cláusulas sociales debido a la posibilidad de establecer una determinada forma de ejecutar la obra o servicio⁹.

En este contexto, el presente estudio pretende analizar de qué forma se puede fomentar esa igualdad de género a través de la contratación pública. Para ello, se comenzará tratando la evolución de la inclusión de cláusulas de contenido social en la legislación española para posteriormente analizar en qué condiciones pueden incluirse este tipo de criterios sociales e igualitarios en las diferentes fases del contrato: preparación, adjudicación y ejecución. El trabajo se cierra con unas breves conclusiones.

⁶ Informe de la Comisión Europea (UE)., *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior*. COM (2021) 245 final, de 20 de mayo de 2021. Disponible en < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=COM:2021:245:FIN&rid=3>>. [Consultado el 23/09/2021].

⁷ GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á., *La mujer ante el Ordenamiento Jurídico: soluciones a realidades de género*, Barcelona (Atelier), 2009, pp. 83-84.

⁸ GIMENO FELIÚ, J. M.ª., «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites» en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, pp. 245-247.

⁹ ALMODÓVAR IÑESTA, M., «Las cláusulas sociales en la contratación pública» en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M (coord.) *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 389-390.

II. LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. Evolución de la inclusión de criterios sociales en la legislación española

En el Derecho español la inclusión de criterios sociales dentro de los contratos públicos no se ha producido de forma automática sino progresivamente en el tiempo, a través de la aprobación de los diferentes textos legislativos. La fuerte influencia del Derecho europeo ha fomentado esta tendencia. Concretamente la Unión Europea, a través de la denominada contratación pública socialmente responsable (CPSR), ha permitido que la contratación se convierta en un medio que permite fomentar la igualdad de oportunidades, el trabajo digno, la inclusión social, la igualdad de género y lograr el cumplimiento de las normas sociales¹⁰.

En el Derecho español, la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública empieza a mencionarse a finales del pasado siglo en la ya derogada Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). En su artículo 20 establecía la prohibición de contratar con empresas que hubieran sido condenadas por sentencia firme por delitos graves en materia social o laboral. Además, su disposición adicional octava, incorporaba una cláusula que otorgaba una preferencia a aquellas empresas que contasen en su plantilla con personas con discapacidad o pertenecientes a colectivos desfavorecidos.

La jurisprudencia también ha ostentado un papel importante en la contratación social. Concretamente, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de mayo de 1997¹¹, se mostró a favor de la inclusión de cláusulas laborales. La relevancia de esta sentencia, pionera en esta materia, reside en que, a través de ella, el Alto Tribunal se comenzó a posicionar a favor de la incorporación de este tipo de criterios sociales. En este sentido dispuso que la Administración debía elegir la oferta más favorable al interés público y, por lo tanto, no está obligada a aceptar siempre y únicamente el mejor precio¹².

Con posterioridad, la LCAP fue sustituida por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). Este texto normativo también estableció la prohibición de contratar a aquellas empresas que hubiesen incurrido en infracciones o delitos en materia social o laboral. Asimismo, la Disposición adicional cuarta previó una cláusula de preferencia de acceso a los contratos públicos a aquellas empresas que contasen con un número de personas con discapacidad.

¹⁰ Comisión Europea (UE), *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*. Diario Oficial de la Unión Europea. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2021:237:FULL&from=EN>>. [Consultado el 23/09/2021].

¹¹ STS de 23 de mayo de 1997 (ECLI: ES:TS: 1997:3625).

¹² BERNETE GARCÍA consideró que la STS de 23 de mayo de 1997 supuso «un punto de inflexión» en la incorporación de criterios sociales en la contratación pública en BERNETE GARCÍA, J., «Cláusulas sociales en la contratación Pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo público local», *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 26, núm. 1, 2013, pp.86-87.

Sin embargo, no será hasta el presente siglo cuando, como consecuencia de la transposición de diferentes directivas de la Unión Europea, las cláusulas sociales empiezan a ser incorporadas como tales en la propia legislación española. El TRLCAP queda derogado y sustituido por la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público que transpone la Directiva 2004/18/CE¹³. Esta ley, en su exposición de motivos, hacía referencia a la posibilidad de los poderes adjudicadores de tener en cuenta criterios que permitiesen satisfacer las diferentes necesidades y exigencias sociales. Posteriormente esta norma, se sustituyó por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que supuso un avance con respecto a la regulación anterior. Esta norma introdujo la posibilidad de incluir estas exigencias sociales y medioambientales dentro de los criterios de valoración de las ofertas (art. 150), en las condiciones especiales de ejecución (art. 118), o en la adjudicación de contratos a empresas que favoreciesen la inclusión de personas pertenecientes a colectivos más desfavorecidos o con discapacidad (Disposición adicional cuarta).

Finalmente, el impulso más significativo de la contratación social se produce con la derogación normativa del TRLCSP y la consecuente entrada en vigor de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP)¹⁴. Con la transposición de las DCP esta norma pretende garantizar que la contratación pública se ajuste «a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

Al mismo tiempo pretende salvaguardar la consecución de objetivos sociales y medioambientales como fin principal dentro del ámbito de la contratación pública».

En efecto, se observa el avance en la incorporación de estas cláusulas sociales en la legislación española. La razón de ello reside en que en el momento en el que empiezan a ser incorporadas en los primeros textos normativos de la legislación española se presentan como meras opciones, y no es hasta la llegada de la presente ley cuando se prevé la configuración de al menos una condición especial de ejecución social, laboral o medioambiental como una obligación para los órganos de contratación de la Administración Pública.

2. La incorporación de cláusulas sociales en la práctica

La actual LCSP permite la incorporación de criterios sociales y medioambientales en el ámbito de la contratación pública siempre y cuando guarden relación con el objeto del contrato (art. 1.3). La inclusión de criterios sociales puede abarcar diferentes aspectos como el fomento de la igualdad de oportunidades, la creación de empleo en jóvenes o colectivos

¹³ Directiva (UE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

¹⁴ Sobre la influencia de la LCSP en los cambios de la contratación pública social véase MIRANZO DÍAZ, J., «La contratación pública como motor de cohesión social tras la Ley 9/2017», en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-la Mancha*, núm. extra1, 2019. pp. 208-218.

más desfavorecidos, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, el respeto y cumplimiento de los derechos laborales o la aplicación de medidas que favorezcan la protección al medioambiente.

Las comunidades autónomas y entidades locales han ido introduciendo progresivamente estas cláusulas sociales en sus respectivas normativas. Así, por ejemplo, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana establece que la incorporación de este tipo de cláusulas se traduce en «la inclusión de ciertos criterios o principios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo, como elemento de valoración, o como obligación en la ejecución»¹⁵.

La Junta de Andalucía también se ha pronunciado disponiendo la incorporación en los contratos públicos de estas cláusulas sociales «con el fin de contribuir a la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible, la apuesta por un empleo de calidad, con un fuerte compromiso social y ambiental, así como a la consecución de un sistema de contratación pública sostenible»¹⁶.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón resaltó en el Informe 6/2009¹⁷, el carácter positivo de la inclusión de este tipo de cláusulas en las diferentes fases contractuales, ya que sirven como instrumento para la consecución de políticas públicas.

Por su parte, el Ayuntamiento de Madrid dispuso en la Instrucción 1/2016, que las cláusulas sociales son aquellas «establecidas en los procesos de contratación pública referente a la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión social y/o personas con diversidad funcional, la promoción de la calidad y estabilidad en el empleo, el fomento de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral»¹⁸.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid también se pronunció sobre la inclusión de las cláusulas sociales en la Resolución 16/2016¹⁹, permitiendo introducir cláusulas sociales en materia laboral, como la existencia de planes de formación de los trabajadores como criterios de adjudicación del contrato.

¹⁵ Dictamen 1/2003, de 21 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana sobre inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública de la Generalitat Valenciana.

¹⁶ Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹⁷ Informe 6/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

¹⁸ 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.

¹⁹ Resolución 16/2016 de 3 de febrero de 2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

También, la doctrina ha definido estas cláusulas sociales, entendiéndolas como criterios que incorporan ciertos aspectos de políticas públicas de ámbito social y medioambiental a los contratos públicos²⁰. En este sentido, destaca el carácter instrumental o complementario de este tipo de cláusulas, ya que no forman parte del objeto del contrato *per se*, sino de las técnicas necesarias para la consecución de dicho objeto contractual²¹. Esto significa que el criterio social forma parte del proceso contractual, de tal forma que se pretende cumplir con el objeto del contrato, al mismo tiempo que se persigue la consecución de ciertas políticas públicas sociales o medioambientales. En mi opinión, también es importante tener en cuenta que una definición estratégica del objeto del contrato en sí podría considerarse también como una forma de contratación social.

No obstante, la incorporación de este tipo de criterios no resulta siempre sencilla. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de julio de 2012²², se pronunció acerca de la inclusión de cláusulas sociales en la adjudicación del contrato. Dispuso que los criterios que conducen al fomento y consecución de políticas públicas pueden ser utilizados junto con los criterios objetivos de elección de las ofertas, tanto en la fase de adjudicación como en la posterior fase de ejecución del contrato. Eso sí, la inclusión de este tipo de cláusulas sociales en la adjudicación no goza de absoluta libertad, puesto que es precisamente en esta fase del contrato, tal y como se explicará a continuación, donde se han manifestado más reticencias en su incorporación. La razón de estas dificultades deriva de la complejidad que supone el cumplimiento de los requisitos contenidos en la DCP y transpuestos también en el artículo 145.5 de la LCSP.

Por su parte, la DCP exige cumplir con el principio de libre competencia en la fase de adjudicación e impide la inclusión de criterios sociales cuya vinculación sea directamente con las características de las empresas, de ahí la relevancia de la vinculación con el objeto del contrato²³. En relación con este último aspecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en alguna ocasión ha llegado a rechazar la inclusión de

²⁰ LESMES ZABALEGUI, S., «Contratación Pública y discriminación positiva. Cláusulas Sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 13, 2005, p. 64. También MEDINA JURADO, P., «Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas», *Revista Cemci*, núm. 7, 2010, pp.3-4.

²¹ BERNAL BLAY, M.Á., «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*, núm. 10, 2008, pp. 217-218.

²² STS de 17 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS: 2012:5721).

²³ A ello ha hecho especial mención Isabel Gallego Córcoles disponiendo que de la DCP fácilmente se desprende que «los criterios de adjudicación deben estar ligados al objeto del contrato, de forma que no son admisibles criterios sociales que se vinculen a las características propias de las empresas» en GALLEGO CÓRCOLES, M.ª I., «Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 152, 2017, pp.87-88.

criterios sociales en la fase de adjudicación por considerar, aplicando la DCP, que no conducían a «mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución»²⁴.

La jurisprudencia en algunos casos también ha rechazado la inclusión de cláusulas sociales, por ejemplo, en la fase de adjudicación por falta de vinculación con el objeto principal del contrato. Así lo hizo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de enero de 2013²⁵ y posteriormente en la de 23 de enero de 2017²⁶. También el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 24 de septiembre de 2008²⁷ y unos años más tarde en la de 7 de junio de 2017²⁸.

En efecto, la inclusión de este tipo de criterios no resulta sencilla y presenta ciertos problemas. Por un lado, cuando las cláusulas sociales se orientan a la conciliación puede que se afecte a las condiciones laborales. Por ello, en mi opinión, una propuesta en este sentido podría ir encaminada a incluir los pliegos en la regulación de las condiciones laborales de los empleados de una empresa privada. Por otro lado, en la empresa contratista puede generarse cierta desigualdad al existir diferentes condiciones laborales para los trabajadores que ejecutan el contrato y para el resto de sus trabajadores. Por ello, una propuesta para atenuar este problema podría ser, en mi opinión, establecer como límite que las cláusulas sociales no obliguen a adoptar medidas de política general de la empresa, sino que afecten únicamente al personal encargado de la ejecución del contrato.

Pues bien, las cláusulas sociales pueden entenderse como la incorporación de diferentes criterios de contenido social en las diferentes fases del contrato y que deben guardar relación con el objeto de este. Aunque la Administración Pública debe velar por la mejor relación calidad-precio en el momento de contratar, la actual LCSP adiciona una obligación más: la incorporación de estas cláusulas como condiciones especiales de ejecución. De este modo, se dota al contrato de una perspectiva más social, ya que se escapa del ámbito estrictamente económico y se fomenta la implementación de diversas políticas públicas.

Entre las condiciones sociales, reguladas en la LCSP, se encuentran todas aquellas relativas a la igualdad entre el hombre y la mujer, el aumento de la inclusión de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar (art. 202).

Teniendo en cuenta lo expuesto, seguidamente se analiza la configuración de estas cláusulas en las distintas fases del contrato.

²⁴ Así en la Resolución 378/2019 de 11 de abril de 2019 del TACRC. Este tribunal señaló que no consideraba que la mejora de las condiciones salariales pudiese conducir a una mejora en el grado de rendimiento del contrato o de su posterior ejecución, ni tampoco afectaba de una forma significativa ni al valor económico de la oferta ni a la propia ejecución del contrato.

²⁵ STS de 25 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS: 2013:334).

²⁶ STS de 23 de enero de 2017 (ECLI: ES:TS: 2017:227).

²⁷ STSJM de 24 de septiembre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:4889).

²⁸ STSJM de 7 de junio de 2017 (ECLI: ES:TSJM:2017:6070).

III. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS DE IGUALDAD EN LAS DIFERENTES FASES CONTRACTUALES

1. Consideraciones generales

La relevancia que se otorga a la igualdad de género en el ordenamiento jurídico español se fundamenta en la vigencia de la LOI. En su artículo 15 establece el *mainstreaming* de igualdad de género. Ello permite dotar a esta política pública de un carácter transversal, permitiendo penetrar en el resto de las decisiones y actuaciones de los poderes públicos²⁹.

La incorporación de las políticas de igualdad y la perspectiva de género en el ámbito de la contratación pública se traduce en la voluntad de la Administración de realizar una determinada obra o prestar un servicio incorporando todas aquellas características conducentes a velar por la igualdad entre hombres y mujeres. No obstante, la inclusión de cláusulas de igualdad puede variar en función de la fase del contrato. Por ello, es importante analizar cuándo y cómo pueden incluirse estas cláusulas. Por ejemplo, la LCSP hace mención a ello como posibles criterios de desempate. En concreto, el artículo 147.2 b) de la LCSP permite la posibilidad de tener en cuenta el porcentaje de mujeres que forman parte de la plantilla de la empresa como segundo criterio de desempate tras el porcentaje de contratos temporales en la plantilla. Esta posibilidad también queda respaldada por la LOI.

Antes de analizar cómo pueden introducirse las cláusulas de igualdad en la contratación pública, puede resultar de ayuda recordar cuáles son las diferentes fases que constituyen la contratación. En primer lugar, la fase de preparación del contrato con el correspondiente expediente de contratación que, efectivamente, justifique la contratación (art. 109.1 LCSP). En segundo lugar, la fase de adjudicación en la que se selecciona al contratista (art. 131 LCSP). Por último, la ejecución del contrato es la fase final en la que se procede al efectivo cumplimiento de este (art. 192 LCSP).

A continuación, se procederá a analizar, de forma sucinta, cómo se produce la inclusión de estos criterios igualitarios en cada una de las tres fases mencionadas.

2. En la fase de preparación

En la primera fase de la contratación los entes públicos tratan de evaluar las necesidades reales a fin de definir el objeto contractual (art. 28 LCSP). Además, es contenido esencial del expediente contractual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 35.1 c) LCSP, la definición del objeto del contrato teniendo en cuenta criterios sociales o medioambientales. Por lo tanto, cuando se define el objeto del contrato ya se pueden incluir este tipo de cláusulas igualitarias. En este sentido, los entes públicos tienen libertad a la hora de definir el

²⁹ Esta idea se expone en consonancia con lo dispuesto en la página 2 de este estudio, así como con la postura de la Unión Europea en esta materia.

objeto contractual. Un ejemplo de definición de ese objeto contractual podría ser: «Servicio de atención al ciudadano con perspectiva de género».

No obstante, la definición del objeto contractual no es ilimitada, puesto que el ámbito de la contratación pública está fuertemente constreñido por la normativa europea. Esto conlleva que la definición del objeto del contrato debe respetar en todo momento el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) así como los principios que de él emanan³⁰.

En este contexto, es relevante también hacer mención a las prohibiciones de contratar. A los efectos de este estudio, interesan las reguladas en el artículo 71.1 d) LCSP, ya que son prohibiciones que afectan a las empresas licitadoras que no cumplan con la obligación de incorporar planes de igualdad. Asimismo, la ley permite la inclusión de criterios sociales como requisitos de solvencia (art. 74 y ss. LCSP). Estos requisitos de solvencia en materia de igualdad podrían traducirse en la práctica en la exigencia de una cierta experiencia acreditada en materia de igualdad entre hombres y mujeres, o en la necesidad de contar con una determinada formación en dicha materia por parte del personal técnico encargado de ejecutar el contrato.

En mi opinión, un posible problema en este sentido es que en la práctica puede darse un trato desfavorable para pequeñas y medianas empresas que no tengan planes de igualdad, puesto que el ordenamiento exige esos planes a partir de un cierto número de trabajadores.

Sin embargo, es indudable que la incorporación de la perspectiva de género en la preparación del contrato y licitación es posible y, en principio, es conforme a derecho siempre que guarde relación con el objeto contractual. En efecto, si, por ejemplo, la licitación es para un contrato cuya finalidad principal guarda relación de forma directa con la igualdad entre hombres y mujeres y la perspectiva de género, estaría fundamentada la inclusión en la licitación de estos criterios igualitarios. No obstante, para evitar controversias y objeciones, algunas comunidades autónomas y entidades locales han recomendado que cuando se introduzcan la perspectiva de género y los planes de igualdad entre hombres y mujeres en esta fase, se hagan constar expresamente junto con el objeto del contrato en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas³¹.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los requisitos expuestos, a continuación, se aporta un ejemplo de cláusula de igualdad de género en la fase de preparación del contrato:

«Pliego de Cláusulas administrativas particulares aprobado por el Ayuntamiento de Castellón de la Plana el 4 de mayo de 2018 que regula la contratación mediante

³⁰ Entre los principios regulados en el TFUE destacan la libre circulación de mercancías, personas, prestación de servicios y capitales (art. 26.2) y la libertad de establecimiento (art.49).

³¹ Así, por ejemplo, Instrucción aprobada por la Junta de Gobierno del 18 de julio de 2010 para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. También la Guía aprobada el 19 de marzo de 2010 por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social.

procedimiento abierto, del servicio “Escola de Matí I de Vesprada, Curso 2018-19”.

“El presente pliego tiene por objeto regular la contratación, mediante procedimiento abierto, de la prestación del servicio denominado “Escola de Matí i de Vesprada, curso 2018-2019”, con la incorporación de criterios de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. [...]

3ª.- Necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta. [...]

- Favorecer la incorporación de las mujeres y hombres al mundo laboral en condiciones de igualdad, en especial la de mujeres víctimas de violencia de género».

Con este ejemplo se observa cómo el órgano de contratación, en este caso una entidad local, en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares define el objeto del contrato haciendo mención a la incorporación de la perspectiva de género en dicha definición.

3. En la fase de adjudicación

La fase de adjudicación se basa en el estudio de las diferentes propuestas de las empresas licitadoras para seleccionar la que se considera la mejor oferta relación calidad-precio. La actual LCSP permite introducir cláusulas sociales como criterios de valoración de las ofertas, produciéndose un gran avance con respecto a la regulación de la LCAP que no permitía dicha posibilidad.

La exposición de motivos de la LCSP hace mención a la inclusión de criterios tanto económicos como cualitativos. Esos criterios cualitativos pueden traducirse en aspectos sociales o medioambientales, siempre que estén vinculados con el objeto del contrato (art. 145.2 LCSP). Por lo tanto, la regulación actual otorga relevancia a complementar los criterios económicos con criterios cualitativos en la valoración de las ofertas siempre que previamente se hayan justificado en el expediente contractual. Del mismo modo, con la vigente LCSP, la inclusión de criterios cualitativos de carácter social se amplía sustancialmente, puesto que no solo se refiere a las empresas que incorporen planes de igualdad, que se apliquen en el momento de la ejecución. También a todas aquellas que fomenten la contratación femenina y, en términos generales, la igualdad entre hombres y mujeres, ampliándose así el abanico de posibilidades al alcance del órgano de contratación.

Un ejemplo de una cláusula de igualdad en la fase de adjudicación del contrato puede observarse en el siguiente pliego:

«Pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado por el Ayuntamiento de Jaén que han de regir en el procedimiento negociado con publicidad para la adjudicación de las obras contenidas en el “proyecto de obras de ejecución vivero

de empresas” (entre otros...) financiada con cargo al fondo estatal de inversión local creado por el RDL 9/2018 de 28 de noviembre.

“Adicionalmente los criterios sociales se calificarán con un máximo de 35 puntos así distribuidos: [...] A la empresa que oferte mayor número de nuevos contratos laborales a tiempo completo y de duración coincidente con la ejecución de la obra o servicio, que incremente la contratación de mujeres: 4,20 puntos”».

En efecto, en este ejemplo se observa cómo el órgano de contratación otorgaba determinados puntos en la adjudicación del contrato a aquellas empresas que incrementaran, en la medida de lo posible, la contratación femenina.

Sin embargo, en ocasiones se ha puesto en duda la utilidad práctica de la inclusión de cláusulas de igualdad en la adjudicación de los contratos públicos debido a la dificultad para cumplir con los requisitos exigidos tanto en la DCP como en la propia LCSP³². El TACRC, en las Resoluciones de 6 de julio y 26 de octubre de 2018³³, consideró que los criterios de igualdad incorporados no guardaban relación con las prestaciones objeto del contrato.

Unos años antes ya se había pronunciado sobre esta cuestión el Tribunal Administrativo de Contratos públicos de Navarra que declaró ilegales criterios sociales en la fase de adjudicación que no guardaban ningún tipo de relación con el objeto del contrato³⁴.

El TACRC también ha dispuesto, que, en la medida de lo posible, los órganos de contratación pública deberán seleccionar la oferta más ventajosa económicamente valorando criterios objetivos³⁵.

Es relevante tener en cuenta que la utilización de estos criterios objetivos facilita la imparcialidad y conlleva que las empresas se muestren menos reticentes a la hora de

³² MARTÍNEZ FONS, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Madrid (Fundación Alternativas), 2009, pp. 6-7.

³³ Resolución 660/2018 de 6 de julio de 2018 y 972/2018 de 26 de octubre de 2018 del TACRC, declararon nulas las cláusulas en materia de paridad e igualdad por no cumplir con la vinculación necesaria en relación con las prestaciones objeto del contrato disponiendo así: «El criterio sigue refiriéndose a la empresa en su globalidad, y no al porcentaje que representan las mujeres en relación con la totalidad de la plantilla que ejecutará el contrato licitado. Es pues, igualmente, un criterio de adjudicación que incumple la Ley 9/2017 por no referirse a la ejecución del contrato, y por no estar vinculado al objeto del contrato».

³⁴ En el Acuerdo 45/2016, de 8 de agosto, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra consideró ilegal un criterio de igualdad que suponía 25 puntos de un total de 100 por no tener ningún tipo de incidencia con el objeto del contrato.

³⁵ Así en la Resolución 378/2019 mencionada anteriormente, el TACRC dispuso lo siguiente: «la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe efectuarse sobre la base de criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y respecto de la fijación de normas de calidad, los poderes adjudicadores deben gozar de libertad utilizando especificaciones técnicas o condiciones de rendimiento del contrato».

incorporar criterios igualitarios³⁶. Aunque la jurisprudencia se ha pronunciado en algunas ocasiones a favor de la inclusión de cláusulas de igualdad como criterios de adjudicación³⁷, no es unánime en este aspecto³⁸. Además, desde la doctrina también se ha criticado la inclusión de dichas cláusulas en esta fase del contrato, ya que consideran que, en ocasiones, no se tratan de criterios completamente objetivos³⁹.

En este sentido, es importante destacar que el artículo 33 de la LOI permite la posibilidad de tener en cuenta como un criterio de preferencia los planes de igualdad y, en general, todas las medidas que promuevan la igualdad efectiva entre hombres y mujeres como criterios de adjudicación. No obstante, seguidamente el artículo 34.2 de la LOI establece la obligación de que esas propuestas se igualen «en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación».

Sin embargo, recientemente el TACRC se ha pronunciado nuevamente sobre esta cuestión. Así, en la Resolución de 14 de octubre de 2021⁴⁰, el Tribunal concluye que los planes de igualdad no deben incluirse como criterios de adjudicación del contrato. La razón de ello reside en que estos planes ya son obligatorios para las empresas que cuentan en sus plantillas con más de doscientos cincuenta trabajadores. Por lo tanto, tener en cuenta un criterio de adjudicación como un plan de igualdad cuando varias empresas ya están obligadas a incluirlo puede ser discriminatorio para algunas de ellas. Esto significa que, en aplicación de esta reciente doctrina, los planes de igualdad no pueden configurarse como criterios de adjudicación válidos. En este contexto, es importante destacar el siguiente ejemplo:

«Pliego de Cláusulas administrativas particulares aprobado por el Ayuntamiento de Arganda del Rey de 12 de abril de 2019, por el que se abre procedimiento de adjudicación de contrato de servicio de educación de calle con adolescentes en situación de riesgo social de Arganda del Rey.

“Políticas de igualdad hasta 20 puntos. Se valorará la aplicación por parte de la empresa de diferentes aspectos del principio de igualdad de trato y de

³⁶ LESMES ZABALEGUI, S., *Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos, las subvenciones públicas, los convenios y los conciertos sociales*, Vitoria-Gasteiz (Emakunde. Instituto Vasco de la Mujer), 2019, pp. 41-42.

³⁷ STSJ de Extremadura de 16 de junio de 2009 (ECLI: ES:TSJEXT:2009:1007). El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura avaló la utilización de este criterio de adjudicación, y dicha postura fue posteriormente corroborada por la ya mencionada STS de 17 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:5721).

³⁸ STSJM de 23 de febrero de 2018 (ECLI: ES:TSJM:2018:2293).

³⁹ La postura de la jurisprudencia es criticada por autores como MEDINA ARNÁIZ, T. en el Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009 de 16 de junio que realiza en «La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 794, 2010, pp. 8-9. Por su parte BURZACO SAMPER, M., se pronuncia en la misma línea a la luz de las sentencias mencionadas, en «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*, núm. 86, 2016, pp.285-286.

⁴⁰ Resolución 1367/2021 de 14 de octubre de 2021.

oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesional, según lo inspirado por la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, puntuándose de la siguiente forma: 1. Por la existencia e implantación en la empresa de un Plan de Igualdad pactado con los representantes legales de los trabajadores: 5 puntos».

Como puede observarse, este pliego de cláusulas administrativas particulares, aprobado por el Ayuntamiento de Arganda, incluyó en el año 2019 una cláusula de igualdad en la fase de adjudicación del contrato que valoraba la implantación de un plan de igualdad. Esta cláusula, que en el momento en el que se incluyó en el mencionado pliego era válida, ya que cumplía con lo exigido tanto en la LCSP como en la LOI, actualmente en aplicación de la nueva doctrina del TACRC ya no sería una cláusula de igualdad conforme a derecho y, por lo tanto, no podría formar parte del contenido del contrato. En mi opinión, este ejemplo puede ayudar a entender la razón por la que la inclusión, en términos generales, de cláusulas sociales y, concretamente, de igualdad, resulta muy compleja en la práctica debido a la tendencia restrictiva tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina de los tribunales administrativos a incorporar este tipo de cláusulas en la adjudicación del contrato.

Finalmente, se debe mencionar la posibilidad de utilizar las cláusulas de igualdad como criterios de valoración de la oferta en el caso de que se produzca un empate. El artículo 147.2 b) LCSP permite la posibilidad de tener en cuenta el porcentaje de mujeres que forman parte de la plantilla de la empresa como segundo criterio de desempate. Esta posibilidad también queda respaldada por la LOI. Sin embargo, al no diferenciarse el tipo de contrato, el fomento de la igualdad a través de este criterio es dudoso.

4. En la fase de ejecución

Las cláusulas sociales desempeñan un papel relevante en las dos fases anteriores. No obstante, la LCSP solo prevé su incorporación como una obligación cuando se trata de condiciones especiales de ejecución. La opción de incluir criterios sociales en la fase de adjudicación debe ir necesariamente acompañada del cumplimiento social de la prestación y ese cumplimiento tiene lugar en la fase de ejecución⁴¹.

Asimismo, en la ejecución es mucho más fácil introducir el criterio social sin que se produzca una ilegalidad, ya que el vínculo con el objeto del contrato es más sencillo de probar.

⁴¹ VILLALBA PÉREZ, F., «La dimensión social de la Contratación Pública. El sector de la discapacidad en la Ley de contratos del Sector Público» en BALLESTEROS ARRIBAS, S., (coord.) *Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Madrid (Wolters Kluwer), 2011, pp. 219 y ss. También GIMENO FELIÚ, J.M^a., «La nueva regulación de la Contratación Pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente» en la obra colectiva dirigida por dicho autor *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, pp. 120 y ss.

Es relevante destacar que la LCSP no establece estas condiciones especiales de ejecución como un presupuesto o requisito previo que deba justificarse en las dos fases anteriores. Ahora bien, sí son de obligado cumplimiento en la fase de ejecución para la empresa a la que le ha sido adjudicado el contrato.

Para ello, en los correspondientes pliegos deberán incluirse los medios de control que serán utilizados para acreditar el efectivo cumplimiento de las cláusulas, así como las consecuencias en caso de incumplimiento⁴². Se debe tener en cuenta que la incorporación de estas condiciones especiales de ejecución en materia de igualdad, además de cumplir con el requisito de la vinculación con el objeto contractual, en los términos que prevé el artículo 145 LCSP (por remisión del art. 202 LCSP), deben ser proporcionales en relación con la finalidad y las características contractuales⁴³.

Un ejemplo de una cláusula de igualdad en la ejecución del contrato puede observarse en el siguiente pliego:

«Pliego de Cláusulas administrativas de 30 de agosto de 2018 que ha de regir en el contrato de servicios denominado “producción, planificación, mediación de inserción para la difusión de una campaña de publicidad para concienciar y sensibilizar sobre la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, especialmente el acceso al empleo, favorecer la progresión de la carrera profesional, la conciliación de la vida laboral y la vida privada y la promoción de la igualdad salarial en la Comunidad de Madrid cofinanciado al 50% por el Fondo Social Europeo” a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. De acuerdo con lo establecido en el artículo 202 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, se establece como condición especial de ejecución del contrato, favorecer la participación de la mujer en el mercado laboral. Ello significa que al menos el 50 % del personal que preste servicios en el contrato, deberán ser mujeres. Esta condición especial de ejecución tendrá el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211 LCSP.

[...]

Justificación de la condición especial de ejecución:

De acuerdo con el artículo 202 de la Ley 9/2017, de Contratos del sector público se establece como condición especial de ejecución del contrato la siguiente consideración social: Favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado

⁴² LESMES ZABALEGUI, S., *Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos, las subvenciones públicas, los convenios y los conciertos sociales*, ob. cit., pp. 51-52.

⁴³ DE GUERRERO MANSO, M.C., *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*. Zaragoza (Instituto Aragonés de la Mujer), 2019. pp. 50-51.

laboral. Para esta condición la adjudicataria estará obligada 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».

En este ejemplo, se observa cómo se pretende fomentar la contratación femenina, entre otras implicaciones, en la ejecución de un contrato de servicios. Además, del propio pliego se desprende la obligación, emanada del mencionado artículo 202 de la LCSP, de incorporar al menos una consideración de tipo social como una condición especial de ejecución, en este caso dirigida a evitar la discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

IV. CONCLUSIONES

La contratación pública constituye uno de los instrumentos principales a través de los cuales la Administración cumple los mandatos constitucionales y legales con el fin de satisfacer el interés general.

La fuerte influencia del Derecho europeo, a través de la llamada CPSR, y las reformas en la legislación española en materia de contratación han permitido un avance hacia una contratación pública más social. Como se ha reflejado a lo largo del trabajo un ejemplo de esta tendencia puede observarse a través de la inclusión de cláusulas sociales en los contratos públicos.

Entre las posibles cláusulas de contenido social que pueden configurarse en los contratos públicos se encuentran las cláusulas de igualdad en las que se ha centrado este estudio. Su principal finalidad es fomentar la igualdad entre el hombre y la mujer en los contratos que formaliza la Administración Pública.

Pues bien, aunque es cierto que estos criterios igualitarios pueden incluirse tanto en la fase de preparación y adjudicación del contrato, su incorporación es algo más compleja y puede presentar ciertos problemas en la práctica. Sin embargo, estas cláusulas igualitarias suelen estar presentes con más frecuencia en la fase de ejecución del contrato, ya que resulta más complicado incurrir en una ilegalidad al incorporarlas, pues el vínculo con el objeto del contrato resulta más sencillo de probar. Asimismo, la inclusión de cláusulas de igualdad no se traduce únicamente en la incorporación de planes de igualdad. Por lo tanto, es posible incorporar cualquier cláusula que promueva la contratación femenina siempre y cuando cumplan las exigencias expuestas a lo largo de este estudio.

En efecto, el objetivo de este trabajo se ha centrado en poner de manifiesto la existencia de una contratación pública no solo preocupada en los aspectos estrictamente económicos sino una contratación social como un medio que permite garantizar el derecho a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Sin embargo, en mi opinión contar con una regulación

que, desde una perspectiva teórica, es favorecedora de los aspectos sociales en los contratos públicos, no implica que no pueda mejorarse para conseguir una aplicación efectiva en la práctica. Por ejemplo, una propuesta de mejora, que podría aplicarse para fomentar la inclusión de cláusulas en el plano de la igualdad de género, sería que nuestra legislación de contratos públicos incluyera diferencias en función del tipo de contrato que se formaliza. La principal finalidad reside en intentar facilitar la incorporación de estas cláusulas y al mismo tiempo concretar su regulación dependiendo del tipo de contratos ante el que nos encontremos. Unido a ello, en este sentido el legislador también podría optar por endurecer los medios de control a la hora de incorporar este tipo de cláusulas, con el fin de asegurar su efectivo cumplimiento.

En definitiva, es innegable que se ha producido un avance en la contratación pública social. En mi opinión un primer paso importante ha sido poder contar con una regulación que, entre otras implicaciones, intenta promover los aspectos sociales e igualitarios y el fomento de la participación de entidades de la economía social en la contratación. En este sentido, tanto la normativa europea como nuestro ordenamiento jurídico ha brindado una oportunidad más para impulsar los aspectos sociales y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en los contratos públicos. Sin embargo, todavía queda camino por recorrer en esta materia y un avance más significativo aún podría conseguirse optando por una normativa algo más explícita que permitiese una mejor aplicación de esta regulación en la práctica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALMODÓVAR IÑESTA, M., «Las cláusulas sociales en la contratación pública» en: FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coord.) *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 389-422.
- BERNAL BLAY, M.Á., «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*, núm. 10, 2008, pp. 211-252.
- BERNETE GARCÍA, J., «Cláusulas sociales en la contratación Pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo público local», *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 26, núm. 1, 2013, pp. 85-94.
- BURZACO SAMPER, M., «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*, núm. 86, 2016, pp. 281-310.
- DE GUERRERO MANSO, M.C., *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*, Zaragoza (Instituto Aragonés de la Mujer), 2019.
- DÍEZ SASTRE, S., «Las cláusulas sociales en la contratación pública» en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, Boletín Oficial del Estado, núm. 21, 2017, pp. 195-219.
- GALLEGO CÓRCOLES, M.^a I., «Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 152, 2017, pp. 84-95.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, «La nueva regulación de la Contratación Pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente» en la obra colectiva dirigida por dicho autor *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, (Aranzadi), 2018. pp. 47-132.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a, «Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites» en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2017, pp. 241-287.
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Á., *La mujer ante el Ordenamiento Jurídico: soluciones a realidades de género*, Barcelona (Atelier), 2009.
- LESMESS ZABALEGUI, S., «Contratación Pública y discriminación positiva. Cláusulas Sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 13, 2005, pp. 54-86.
- LESMESS ZABALEGUI, S., *Guía para la incorporación de la perspectiva de género en los contratos públicos, las subvenciones públicas, los convenios y los conciertos sociales*, Vitoria-Gasteiz (Emakunde. Instituto Vasco de la Mujer), 2019.
- MARTÍNEZ FONS, D., *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*, Madrid (Fundación Alternativas), 2009.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 213-240.
- MEDINA ARNÁIZ, T., «La igualdad de género entre los criterios de adjudicación de un contrato público», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 794, 2010, pp. 8-15.
- MEDINA JURADO, P., «Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas». *Revista Cemci*, núm. 7, 2010, pp. 1-30.

- MIRANZO DÍAZ, J., «La contratación pública como motor de cohesión social tras la Ley 9/2017» en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-la Mancha*, núm. extra 1, 2019, pp. 207-228.
- MORENO MOLINA, J.A., *Hacia una contratación pública responsable y sostenible: Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.
- VILLALBA PÉREZ, F., «La dimensión social de la Contratación Pública. El sector de la discapacidad en la Ley de contratos del Sector Público» en BALLESTEROS ARRIBAS, S., (coord.) *Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Madrid (Wolters Kluwer), 2011, pp. 219-262.