

Informe 14/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de incluir en los pliegos que rigen la contratación, cláusulas que favorezcan la contratación con empresas que mantengan una paridad salarial entre sus trabajadores, sin discriminación por razón de sexo.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Calatayud (Zaragoza) se dirige, con fecha 12 de agosto de 2015, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adjuntando certificado del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento, que dice:

«Se acuerda: El Pleno del Ayuntamiento de Calatayud acuerda solicitar y pedir asesoramiento a Diputación Provincial de Zaragoza y Gobierno de Aragón a través del Instituto Aragonés de la Mujer, Junta de Contratación Administrativa u otro órgano competente, para estudiar y llevar a cabo la introducción en los pliegos de contratación condicionantes para favorecer la contratación con empresas que mantengan una paridad en los salarios de sus trabajadores, hombres y mujeres, sin distinción de sexo».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 4 de noviembre de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Naturaleza y competencias de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

De conformidad con lo previsto en el Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, esta Junta es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, de los organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entes Locales radicados en su territorio, al que pueden dirigirse directamente las personas a las que en representación de dichas entidades, se les reconoce legitimación para ello. La Junta ejerce sus funciones con plena autonomía funcional.

Este informe se emite con carácter de facultativo, de conformidad con lo previsto en los artículos 3.2 y 4.b) del Decreto 81/2006, que atribuye a ésta la competencia para informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación pública y la función de velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de la Administración y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia.

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Calatayud (Zaragoza) es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

Los términos de la consulta planteada, que hace referencia a la incorporación en los pliegos que rigen las contrataciones, de cláusulas que favorezcan la contratación con empresas que mantengan una paridad en los salarios de sus trabajadores, hombres y mujeres, sin distinción de sexo, enmarcan la cuestión dentro de otra más general, que es la contratación pública socialmente responsable.

II. El derecho a la igualdad salarial y la no discriminación retributiva entre mujeres y hombres, obligación legal que afecta a todos los empleadores.

La Constitución Española (CE) establece en su artículo 14 el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de sexo, y consagra en el artículo 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas.

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y ha sido objeto de especial atención por la Organización de Naciones Unidas, que aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1979 (ratificada por España en 1983).

Para la Unión Europea, la igualdad entre hombres y mujeres, proclamada en el Artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y correlativamente la eliminación de desigualdades, son objetivos que deben integrarse en todas las políticas comunitarias, que han dado lugar al desarrollo de un importante acervo comunitario sobre igualdad de sexo, entre el que destaca la Directiva 2006/54/CE —relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación—, y a una importante labor de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al concepto de igualdad retributiva.

En desarrollo del artículo 14 CE, y para incorporar al ordenamiento español las Directivas europeas, se promulgó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI), que incorpora un concepto transversal de igualdad, que debe afectar a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como autonómicas y locales.

La LOI presta especial atención a la corrección de las desigualdades en el ámbito de las relaciones laborales, declarando la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo; que completa con una serie de previsiones que reconocen el derecho a la conciliación de la vida personal,

familiar y laboral, y buscan fomentar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares.

Por lo que respecta específicamente al derecho a la igualdad de salarios y la no discriminación retributiva entre mujeres y hombres, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó ya en 1951, el Convenio 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor.

Esta igualdad retributiva tiene también un reconocimiento expreso en el artículo 35 CE, y en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores que dispone:

«El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella».

Por tanto, la igualdad salarial entre los trabajadores, sin distinción de sexo, es una obligación legal que vincula a todo empleador. Ahora bien, la LOI exige de las Administraciones Públicas, no solo que garanticen la igualdad de oportunidades en el empleo, en virtud de las competencias que el ordenamiento les atribuye, sino que además deben buscar la consecución de la igualdad a través de las distintas políticas y acciones públicas. Uno de estos ámbitos de actuación es la contratación pública, sobre la que la LOI contiene dos previsiones específicas en los artículos 33 y 34, el primero relativo a los contratos de todas las Administraciones Públicas, y el segundo circunscrito a la contratación de la Administración General del Estado.

El artículo 33 LOI establece que:

«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».

Se trata de una referencia expresa a la utilización de una de las fórmulas que contempla la normativa sobre contratación pública para incorporar criterios sociales en los contratos, como más adelante se analizará.

III. La contratación pública socialmente responsable.

La inclusión de consideraciones de índole social en la contratación pública ha sido una preocupación del ordenamiento comunitario, que se trasladó al «*Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea*» (1996), y dio lugar a la «*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), bajo cuya influencia las Directivas de 2004 (Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE) introdujeron la posibilidad de integrar aspectos sociales en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de un contrato público.

El valor de la contratación pública como instrumento para implementar políticas públicas, entre otras las que se refieren a aspectos sociales, se refuerza en el documento «*Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*», que tiene como uno de sus tres objetivos básicos lograr una economía con alto nivel de empleo y de cohesión social. Nace así el concepto de «*contratación estratégica*», que incorporan las nuevas Directivas de contratación aprobadas en 2014.

En la normativa española sobre contratación pública, la inclusión de consideraciones sociales en los contratos se acoge por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuya exposición de motivos señala que permite «*introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social (...), configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permite acoger*

pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales».

Por su parte, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, incorporó en su artículo 3, entre los principios rectores de la contratación, la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten directa o indirectamente ventajas para la entidad contratante. Siendo uno de los objetivos de la norma, declarados en su artículo 1, el fomento de los objetivos sociales en la contratación del Sector Público de Aragón.

El interés de los poderes públicos por reforzar las políticas sociales mediante la contratación pública ha ido en aumento en estos últimos años, ejemplo de ello son las dos Proposiciones no de Ley aprobadas en las Cortes de Aragón en el último año sobre estas materias (PNL num. 263/2014 y PNL num. 76/2015), y las numerosas consultas recibidas en esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la integración de aspectos sociales y laborales en la contratación pública.

Y es que por lo que se refiere al objeto de la consulta, el problema de la desigualdad retributiva entre mujeres y hombres, está plenamente vigente. El estudio «*Determinantes de la Brecha Salarial de Género en España*», elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012), pone de relieve que estas diferencias se han mantenido históricamente en el tiempo, sin que la sociedad ni las autoridades hayan podido corregirlas. Se trata de una desigualdad salarial directa, es decir, las mujeres cobran menos que los hombres en cualquier circunstancia o característica personal, laboral, geográfica o empresarial.

Sobre la contratación pública socialmente responsable esta Junta se ha pronunciado en varias ocasiones. Desde el primer informe sobre estas cuestiones, Informe 1/2006, de 14 de diciembre, y hasta el Informe 1/2015, de 17 de marzo, ha mantenido como criterio general sobre la cuestión que «*la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino*

que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera 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».

Desde la «Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos», y hasta la actualidad, el modo de abordar las cuestiones sociales en las contrataciones públicas admite varias posibilidades, compatibles entre sí.

La primera, se refiere a la inclusión de criterios sociales en el objeto del contrato mismo, o en las especificaciones técnicas, que deben satisfacer los contratistas seleccionados.

La segunda, consiste en la prohibición, bajo determinadas circunstancias, de que los licitadores consigan contratos gubernamentales si se los ha declarado culpables de actos ilícitos anteriores, a fin de evitar que los organismos públicos celebren contratos con empresas que no han logrado alcanzar una norma concreta de comportamiento social. Así como prever en los pliegos criterios de selección relacionados con los aspectos sociales —de entre los fijados como tasados por la normativa de contratación pública—, siempre que sean demostrativos de la capacidad técnica de los operadores económicos.

La tercera, valora para la adjudicación del contrato el grado de compromiso de los licitadores con ciertas normas sociales, siempre que comporten para los poderes adjudicadores una ventaja económica ligada al objeto del contrato.

La cuarta se centra en la etapa posterior a la adjudicación del contrato, exigiendo que el adjudicatario cumpla con determinadas condiciones cuando ejecute las prestaciones objeto del mismo, siempre que no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto respecto de los operadores económicos.

Independientemente de lo anterior, se exige la aplicación de las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como del ámbito de la UE, vigentes en materia de condiciones de trabajo y seguridad laboral, durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, como su forma de aplicación, cumplan con la legislación de la UE.

Así, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE, requiere a los Estados a adoptar medidas efectivas para garantizar en la ejecución de los contratos el cumplimiento de los compromisos sociales legal y convencionalmente establecidos en su artículo 18.2, y alude a aspectos sociales en la definición del objeto de los contratos (artículo 43); en los motivos de exclusión de contratistas (artículo 57); como criterios de adjudicación (artículo 67); y como condición de ejecución (artículo 70).

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), resultado de la transposición de la Directiva 2004/18/CE, contempla asimismo varias posibilidades de tener en cuenta aspectos sociales en la contratación: como condiciones especiales de ejecución del contrato (artículos 118); como criterio de valoración de las ofertas (artículo 150.1); como preferencia en la adjudicación en igualdad de ofertas (Disposición adicional cuarta); y la reserva de contratos para Centros Especiales de Empleo y a Empresas de Inserción (Disposición adicional quinta). Además, el artículo 119 se refiere a la posibilidad de que el órgano de contratación señale en el pliego las fuentes en las que está disponible la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y en ese caso solicitará a los licitadores o a los candidatos que manifiesten haberlas tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas.

Pero la Directiva 2014/24/UE introduce algunas aclaraciones y concreciones en materia de cláusulas sociales, ya que considera que es necesario revisar y

modernizar las normas sobre contratación pública con la finalidad de «*permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes*» (considerando 2). Estas novedades deberán ser tenidas en cuenta en el desarrollo de las cuestiones concretas que aborde este informe, puesto que la Directiva 2014/24/UE está ya en vigor, y durante el plazo de transposición que finaliza el 18 de abril de 2016 tiene un efecto interpretativo sobre las normas nacionales, tal y como ha declarado el TJUE en numerosas sentencias —STJUE de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (Asunto C-212/04) y de 18 de diciembre de 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13)— con el fin de preservar el efecto útil de la nueva regulación. El único límite será la interpretación *contra legem* de la normativa nacional en vigor (como ya se ha advertido en nuestro Informe 7/2015).

IV. Las prohibiciones de contratar y su efectividad para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

Entrando ya en el análisis de cuál de los instrumentos de los que dispone un órgano de contratación para incorporar aspectos sociales a los contratos es el más adecuado para el fin que plantea la consulta —favorecer la contratación con empresas que cumplan con la obligación legal de mantener la igualdad salarial de sus trabajadores, y no establecer discriminación por razón de sexo—, la primera reflexión nos lleva a concluir que las prohibiciones de contratar, como barrera en el acceso a la contratación pública, no son una medida suficiente.

En el ámbito de las Directivas comunitarias se ha permitido la exclusión en la fase de selección, a los candidatos o licitadores que infrinjan la legislación en materia social, en la que como ya precisaba la «*Comunicación sobre la contratación pública*» del 11 de marzo de 1998, se incluyen las normas para promover la igualdad de oportunidades.

El artículo 60 TRLCSP contiene dos supuestos de prohibición vinculados al cumplimiento del principio de igualdad de género en el ámbito laboral. Están

incurtas en prohibición de contratar las personas en que concurren, alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo (60.1 a) TRLCSP)
- b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, 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 (60.1 b) TRLCSP).

En ambos casos los tipos infractores comprenden actuaciones contrarias a la igualdad laboral entre hombres y mujeres. Entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, el artículo 314 del Código Penal castiga a quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de sexo; y el artículo 8 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, dentro de las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, comprende *«las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo...»*.

Las dos causas de prohibición de contratar a las que nos referimos son de las que deben apreciarse directamente por el órgano de contratación, el cual debe exigir al candidato o licitador que acredite que no está incurso en prohibición mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos, y

cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá sustituirse por una declaración responsable otorgada ante autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado (artículo 73 TRLCSP).

Será esta opción, la de la declaración responsable, la forma de acreditación habitual en los procedimientos de contratación. Sobre la veracidad del contenido de la declaración, el TRLCSP no exige que exista una comprobación previa en el caso del licitador que va a resultar adjudicatario del contrato, como cabría pensar, solo se va a exigir respecto del cumplimiento de uno de sus extremos, el de estar al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (artículo 151.2 TRLCSP).

El sistema de prohibiciones de contratar presenta unas debilidades incuestionables que esperamos que la modificación del TRLCSP efectuada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) —cuya entrada en vigor se ha producido con fecha 22 de octubre de 2015— contribuya a mitigar.

El primer punto débil, aunque sea una exigencia de los principios en que se basa el Estado de Derecho, es que la consecuencia de estar incurso en estas prohibiciones, exige obviamente un procedimiento jurisdiccional o sancionador que haya finalizado con una sentencia condenatoria, o una sanción administrativa firme. El órgano de contratación no puede por sí mismo apreciar un incumplimiento, como se puso de relieve en el Informe de esta Junta 16/2010, de 1 de diciembre. De esta forma, durante el tiempo que dura el proceso, y hasta que la condena o sanción deviene firme, el empresario no puede ser excluido del procedimiento.

La segunda, y más importante, es que en los supuestos del artículo 60.1 a) y b) TRLCSP puede ocurrir que la sentencia o la resolución administrativa no se pronuncie sobre la prohibición de contratar, o su duración. En ese caso, la prohibición se apreciará directamente por los órganos de contratación, pero su alcance y duración deberán determinarse mediante procedimiento instruido por

la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante JCCAE). Antes de la reforma, este mismo procedimiento debía seguirse en todo caso para declarar una prohibición de contratar como consecuencia de la imposición de una sanción administrativa. La competencia para resolver corresponderá al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, y la prohibición así declarada, que deberá inscribirse en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE), impedirá contratar con cualquier órgano de contratación del ámbito estatal, autonómico o local.

La nueva redacción del artículo 61 TRLCSP generaliza la obligación de notificar a la JCCAE las sentencias y resoluciones que impongan prohibiciones de contratar, incluyendo expresamente a órganos judiciales, y establece la inscripción con carácter general de todas las prohibiciones en el ROLECE, o su equivalente autonómico.

Es ésta una medida importante, pues la tercera debilidad que prácticamente invalidaba el sistema de prohibiciones de contratar como incentivador del cumplimiento de las obligaciones en materia social, era la falta de transparencia, ya que la inscripción en el ROLECE no era obligatoria, y no existía otro registro que centralizara toda la información.

La realidad es que en todos estos años, el número de expedientes de declaración de prohibición de contratar tramitados es ínfimo, lo que lleva a cuestionar que, hasta este momento, las prohibiciones de contratar tengan efectividad para proteger o garantizar la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

V. Medidas para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, durante la ejecución del contrato.

El artículo 119 TRLCSP, *relativo a la «Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales»*, establece que:

«1. El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

2. El órgano de contratación que facilite la información a la que se refiere el apartado 1 solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente.

Esto no obstará para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 152 sobre verificación de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados».

Es este otro de los instrumentos al alcance del órgano de contratación para fomentar el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de igualdad salarial, si bien se trata de una medida de alcance limitado, porque solo se aplicaría respecto del personal adscrito al contrato. Además, el artículo 119 TRLCSP no establece ninguna facultad para comprobar el cumplimiento efectivo de esas condiciones durante la ejecución del contrato, porque el artículo 27 de la Directiva 2004/18/CE, del que es transposición, tampoco lo hacía. En realidad, esta previsión nace con el objeto de prevenir que los contratistas intenten reducir sus niveles de protección del empleo para poder presentar una oferta más baja.

El control del cumplimiento de las obligaciones medioambientales y sociales es uno de los aspectos que la Directiva 2014/24/UE pretende reforzar, obligando en el artículo 18.2 a que los Estados miembros garanticen, en la ejecución del contrato, el cumplimiento por parte de los adjudicatarios de las obligaciones en los ámbitos del derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar

de ejecución de los contratos, derivadas tanto de normas como de convenios colectivos, así como a garantizar el cumplimiento de dichas obligaciones por parte de los subcontratistas (artículo 70).

Cuáles sean las concretas facultades del órgano de contratación para esa finalidad, es algo pendiente de desarrollar —el artículo 119 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público se limita a reproducir literalmente el contenido del artículo 18.2 de la Directiva—, pero como se reconoce en el Informe de esta Junta 1/2015, de 17 de marzo, no cabe duda de que otorga la posibilidad de incluir en los Pliegos cláusulas que permitan verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales. No en todos los casos será fácil diseñar estas cláusulas de control, pues hay obligaciones que son fáciles de verificar, pero otras no lo serán tanto.

Sobre el incumplimiento de la contratación de trabajadores minusválidos, que permite una comprobación sencilla, puede traerse de nuevo a colación el Informe de esta Junta 16/2010:

«La segunda cuestión que se plantea se refiere a los efectos del incumplimiento de la citada obligación de mantener contratados en su plantilla un porcentaje de trabajadores minusválidos durante la fase de ejecución del contrato —es decir, si se produce una prohibición de contratar sobrevenida—. Conviene recordar que el criterio general es que las prohibiciones se constatan al momento de adjudicación y que las causas de las mismas en fase posterior no se proyectan sobre el contrato que se ejecuta. Para conseguir que dicho incumplimiento operase como causa de resolución sería necesario que tal previsión se incorporase de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando tal incumplimiento como causa de resolución del contrato. Es cierto que el artículo 206 LCSP no la recoge expresamente como causa de resolución de los contratos, pero puede incluirse como tal en el Pliego en la medida que el citado artículo permite que se incorporen como causas de resolución de un contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

En consecuencia, solo si se incorporase en los pliegos o en el contrato el no mantenimiento del cupo de trabajadores con discapacidad establecido legalmente como una obligación esencial en toda la ejecución del contrato, podría llegar a constituir causa de resolución del mismo».

Sin embargo, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el Dictamen 324/2013, analiza si el impago por el contratista de las cuotas de la Seguridad Social puede dar lugar a la resolución del contrato al amparo de una cláusula del pliego que incluía como causa de resolución los incumplimientos de la legislación vigente en materia de Seguridad Social y obligaciones laborales, y concluye:

«Tampoco en este caso, dado el carácter genérico de la previsión, pues admitir lo contrario supondría una vulneración frontal de la previsión legal establecida en el artículo 223 f) y h) del TRLCSP, ya que la configuración en términos tan genéricos de la tipificación como infracción muy grave de una conducta, generaría una auténtica indefensión, en tanto que la Administración podría instar la resolución ante el incumplimiento de cualquier obligación sin importancia (pongamos por caso la falta de presentación de cualquier declaración ante la Seguridad Social) en tanto supone un incumplimiento de la legislación reguladora de dicha materia. En este sentido el mismo informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 63/11, en presencia de este tipo de cláusulas dijo: “Esta Junta Consultiva entiende que la inclusión de esta previsión tan amplia no es admisible en base a las siguientes consideraciones jurídicas. En primer lugar no sería admisible porque su aplicación supondría en la práctica que la Administración Pública podría instar la resolución aduciendo el incumplimiento por el contratista de cualquier obligación contractual, incluidas las obligaciones accesorias y nimias. Ello, entiende esta Junta Consultiva, sería contrario al artículo 1256 del Código Civil, que se aplica supletoriamente y que dispone que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes....».

VI. Condiciones especiales de ejecución en materia de igualdad.

De lo hasta aquí expuesto parece que habrá que acudir a otros instrumentos para dar efectividad a la igualdad retributiva a través de la contratación pública, y las condiciones especiales de ejecución se perfilan como la mejor opción.

Como señala el documento de la Comisión Europea «*Adquisiciones sociales, una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*», de octubre de 2010, el momento más apropiado del procedimiento para integrar criterios respecto del cumplimiento de los «*derechos sociales y laborales*» —en los que incluye el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, incluido el principio de igualdad salarial por trabajos de igual valor y la promoción de la igualdad de género— son las cláusulas de cumplimiento del contrato:

«...las condiciones laborales de los trabajadores involucrados en el cumplimiento del contrato no constituyen especificaciones técnicas ni criterios de selección dentro del alcance de las Directivas de contratación. Además, dado que tales aspectos sociales son difíciles de vincular al objeto del contrato, en general no sería posible incluirlos en los criterios de adjudicación del contrato (excepto como un «criterio adicional» para hacer una distinción entre dos licitaciones iguales, según lo aceptado mediante la sentencia del TJUE en el caso C-225/98...»)».

Las condiciones de ejecución del contrato, denominadas condiciones especiales de ejecución en el TRLCSP, tienen el propósito de establecer requisitos específicos en relación con la ejecución, de manera que, a diferencia de lo que sucede con los criterios de adjudicación, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas.

Las condiciones especiales de ejecución medioambientales o sociales están reguladas en el artículo 118 TRLCSP, que establece:

«1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 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».

Las condiciones especiales de ejecución han sido objeto de numerosos pronunciamientos de esta Junta. Por cercanía en el tiempo, y por referirse a condiciones laborales, el Informe 16/2014, de 1 de octubre, resulta especialmente relevante. En el mismo se señala:

«El análisis debe partir de las previsiones del Derecho nacional que, como ya se ha señalado, se recogen en la actualidad en el artículo 118 TRLCSP. Este precepto posibilita, en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes, introducir condiciones de ejecución de tipo social y medioambiental en los contratos, con una condición previa: que constituyan una exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato, y dos límites: primero, que no sean directa o indirectamente discriminatorias; y segundo, que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones.

(...) En todo caso, el carácter abierto del artículo 118 TRLCSP se concluye no solo de la expresión "...podrán referirse, en especial...", sino de la existencia de otras condiciones especiales de ejecución de carácter social en el propio

TRLCSF, como ya se ha señalado, en concreto las previstas en los artículos 227.7 y 228 bis».

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 14/10, de 23 de julio, sobre la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la referencia a las obligaciones derivadas de las normas que regulan la prevención de riesgos laborales, afirma la inconveniencia de prever en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como obligaciones contractuales, las impuestas directamente por las normas jurídicas, pero considera admisible establecer obligaciones accesorias con la finalidad de asegurar el cumplimiento de determinadas normas jurídicas, *«aunque no tengan relación directa con la materia contractual»*, así como vincular a su incumplimiento consecuencias y efectos sobre la relación contractual, aunque sean diferentes de los previstos en aquellas normas, siempre que no contravengan la legislación sectorial ni la contractual.

En el mismo sentido, el Informe de esta Junta 16/2014 indica que:

«Se trata, en todo caso, de incorporar al contrato condiciones de ejecución en materia social que van más allá del cumplimiento de las establecidas en las norma».

La Directiva 2014/24/UE incide en que las condiciones de ejecución deben estar vinculadas al objeto del contrato (artículo 70), el cual *«comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización»*, lo cual *«incluye las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa»* (considerando 104).

De lo hasta aquí expuesto, se deduce que las condiciones especiales de ejecución como tales no pueden vincularse directamente a garantizar la paridad salarial en la empresa. Ahora bien, sí que pueden fomentar la aplicación de instrumentos que promuevan la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo, como expresamente reitera la Directiva 2014/24/UE en su considerando 98.

La LOI regula en el artículo 45 y siguientes, los planes de igualdad de las empresas. Estos planes, obligatorios para las empresas de más de 250 trabajadores, son un instrumento para evitar cualquier discriminación en el ámbito laboral entre mujeres y hombres, y garantizar el respeto y la igualdad de trato y de oportunidades. Pueden contemplar, entre otras materias, la política de retribuciones y se aplican a toda la empresa.

Cuando el plan de igualdad es voluntario, una condición especial de ejecución podría consistir en obligar a la empresa que resulte adjudicataria a elaborar e implantar medidas de igualdad en el ámbito del personal adscrito a la ejecución del contrato. Ahora bien, el órgano de contratación deberá ponderar que esta exigencia se ajuste a los criterios de proporcionalidad y de participación de las PYME en la contratación pública, de forma que no restrinja indebidamente la competencia.

En el caso de empresas obligadas legalmente a elaborar un plan de igualdad, se podrá prever la obligación de justificar su implantación y someter su evaluación a control del órgano de contratación.

Por otra parte la LOI no solo rechaza la discriminación directa, sino también la indirecta, que consiste en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, sin una justificación legítima.

En cuestión de igualdad de salarios, no hay que olvidar que las dificultades para conciliar la vida laboral y familiar afectan en especial a las mujeres y pueden llevar a situaciones de discriminación indirecta, de ahí que también sea conveniente para lograr el objeto de la consulta, establecer condiciones especiales de ejecución en las que el adjudicatario se comprometa a aplicar medidas concretas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar para la plantilla que ejecute el contrato.

No podemos acabar este tema sin reseñar la importancia de establecer medidas de control del cumplimiento de las condiciones esenciales, así como

consecuencias para su incumplimiento. Así lo ha indicado esta Junta en casi todos los informes sobre la materia. En el Informe 16/2010, se decía:

«Obligación como condición de ejecución cuyo incumplimiento posibilita expresamente la resolución del contrato, tal y como se previene en el artículo 102.2 LCSP, siempre que así se haya previsto de forma expresa en el pliego.

Obviamente, esta Junta considera conveniente advertir que el problema principal que plantea esta opción es que pueden derivarse problemas prácticos en los casos de incumplimiento de dichas cláusulas contractuales lo que obligaría a una resolución -con el consiguiente perjuicio al interés general- o a que se ejecute sin cumplir dichos criterios, con lo que el fin perseguido no se cumpliría.

Por ello, esta posibilidad –aun conveniente- debe ser analizada con precaución recogiendo igualmente en el pliego penalidades contractuales muy severas que “disuadan” al licitador de su incumplimiento».

VII. Otras posibles medidas a incluir.

Como ya se ha puesto de manifiesto, es difícil establecer criterios sociales referidos a condiciones de trabajo como criterio de adjudicación, pues se exige una vinculación entre el criterio y la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar (artículo 150.2 TRLCSP). Situación que se da en pocos supuestos.

Sí que es posible, sin embargo, utilizarlos como criterio adicional de desempate entre ofertas que obtengan la misma valoración.

El TRLCSP en su Disposición adicional cuarta, no prevé ninguna preferencia basada en la igualdad de género. El artículo 34.2 LOI sí que establece esa posibilidad, respetando, en todo caso, la prelación establecida ahora en el

apartado primero de la disposición adicional cuarta del TRLCSP, pero lo hace con una redacción muy confusa, que le resta efectividad.

Por su parte la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece una preferencia para los casos en que no se hayan previsto criterios de desempate en los pliegos a favor de aquellas empresas que acrediten la realización de buenas prácticas en materia de igualdad de género. Sobre las pautas concretas que deben seguirse para la aplicación de este criterio de desempate, se pronunció esta Junta en su Informe 7/2012, de 7 de marzo, a cuyas consideraciones generales y conclusiones nos remitimos.

III. CONCLUSIONES

I. La contratación pública socialmente responsable es una herramienta muy eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible, y para alcanzar los objetivos sociales de la UE y de los Estados miembros, permitiendo que los poderes adjudicadores incorporen a la contratación pública aspectos sociales, entre ellos el cumplimiento de los derechos laborales.

II. De las distintas posibilidades para dar efectividad a la paridad salarial entre los trabajadores, sin discriminación de sexo, a través de la contratación pública, las condiciones especiales de ejecución se perfilan como la mejor opción. Un órgano de contratación que quiera favorecer la contratación con empresas que mantengan la igualdad salarial entre mujeres y hombres, tiene la facultad de incluir en los pliegos que han de regir la contratación condiciones especiales de ejecución relativas a la implantación de medidas de igualdad, ponderando que esta exigencia se ajuste a los criterios de proporcionalidad y de participación de las PYME en la contratación pública, de forma que no restrinja indebidamente la competencia. Igualmente, para combatir la discriminación indirecta, puede incluir

condiciones especiales de ejecución que exijan implantar medidas para la conciliación de la vida familiar de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato.

III. El órgano de contratación puede establecer medidas de control del cumplimiento de las obligaciones laborales, y específicamente de las que se refieren a la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo, durante la ejecución del contrato, y definir como causa de resolución su incumplimiento, siempre que se haga con la suficiente precisión y claridad.

Informe 14/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 4 de noviembre de 2015.