

Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de derechos sociales?/*Social criteria in public procurement: A shield against social rights cutbacks?*

*Isabel Diz

Departamento de Ciencia Política. Universidad de Santiago de Compostela. España/*Spain*
isabel.diz@usc.es

Alba Nogueira

Facultad de Derecho. Universidad de Santiago de Compostela. España/*Spain*
alba.nogueira@usc.es

Recibido / *Received*: 03/11/2016

Aceptado / *Accepted*: 11/05/2017

RESUMEN

La crisis económica ha tenido un fuerte impacto en la protección social en Europa con una agenda neoliberal agresiva de reducción de los derechos sociales. Aunque muchos cambios pueden ser irreversibles durante décadas existen nuevas vías para proteger los derechos sociales a través de las políticas públicas. La contratación pública supone casi el 18 % del PIB y las últimas reformas legislativas abren caminos tímidos para perseguir objetivos como la igualdad, la protección laboral o el ambiente. Este artículo analiza la evolución en el uso de cláusulas sociales y de género en la contratación pública y los incentivos y obstáculos para su aplicación. Pueden surgir dificultades por el enfoque predominantemente económico de la contratación pública, así como por las reticencias empresariales e institucionales. Se abordan algunos ejemplos de cómo un uso inteligente de cláusulas de igualdad de género o sociales puede ser un activo para la protección de los derechos sociales.

Palabras clave: Contratación pública, cláusulas sociales, política de género, derechos sociales.

ABSTRACT

The economic crisis has had a strong effect on social protection across Europe with a pushy neo-liberal agenda in order to reshape and downsize social rights. Although many changes might be irreversible for decades there are some new ways to protect equality and social rights through public policies. Public procurement amounts for around 18 % of the GDP and the latest public procurement legislation reforms open timid paths to pursue policy objectives like equal treatment, labour protection and promoting sustainable green growth. This article analyzes the evolution in the use of gender and social criteria in public procurement and the enablers or barriers for their proper implementation. Difficulties may arise because of the predominant economic focus of public procurement as well as for corporate and institutional reluctance. Some examples are shown on how an intelligent use of equal treatment, gender and social criteria might be an asset to protect social rights.

Keywords: Public contracts, social clauses, gender policies, social rights.

*Autor para correspondencia / *Corresponding author*: Isabel Diz. Facultade de Ciencias Políticas e Sociais. Campus Vida, 15782, Santiago de Compostela

Sugerencia de cita / *Suggested citation*: Diz, I., Nogueira, A. (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de derechos sociales? *Revista Española de Sociología*, 26 (3 Supl.), 77-95

(Doi: 10.22325/fes/res.2017.36)

INTRODUCCIÓN

Las reformas estructurales que se han implementado en el contexto de crisis económica han propiciado que las administraciones públicas sean de los principales impulsores de las políticas de austeridad contribuyendo con ello al recorte de los derechos sociales. Han suprimido servicios públicos, rebajado la cantidad y calidad de las prestaciones asociadas a los derechos sociales y adoptado medidas internas organizativas de los servicios públicos que suponen una reducción de la estructura del estado de bienestar con un cierto grado de irreversibilidad.

Sin embargo, existen algunos tenues contrapesos a ese proceso de enorme amenaza para los derechos sociales. El *derecho a la buena administración* asentado en la Carta Europea de Derechos Fundamentales plantea que cuando la administración decida, lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales, entre ellos los derechos sociales o la cohesión social (Ponce, 2015) debiendo motivar adecuadamente esas decisiones para garantizar el respeto de la dignidad humana y la vida.

Por otro lado, la contratación pública, a través del reciente impulso a las cláusulas de contenido social, se convierte en una herramienta útil para desarrollar este tipo de políticas entendiendo que quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen la responsabilidad social de atender dichos fines públicos (Bernal, 2008). La contratación pública representa alrededor del 18,5 % del PIB por lo cual la introducción de criterios sociales puede tener un impacto importante en los derechos sociales.

Este artículo tiene como objetivo avanzar en el conocimiento de las administraciones públicas como actores fundamentales para lograr la garantía de los derechos sociales y una sociedad más justa atendiendo a su actuación en la contratación pública y las cláusulas de contenido social.

Para lograr ese objetivo de la investigación, en primer lugar, se analizarán las reformas estructurales que han llevado al cambio de modelo social en el contexto más amplio de las llamadas políticas de austeridad. En el segundo apartado, se defenderá, al

contrario, la acción de las administraciones públicas como garantía de los derechos sociales y la utilización de la contratación pública como un mecanismo útil para lograrlo. En el último apartado, se intentará testar como está siendo la acción de la administración en cuanto a contratación pública sus límites y potencialidades. Para ello limitaremos el análisis a la contratación pública con perspectiva de género y su implementación en la actualidad.

EL CONTEXTO EN EL QUE SE IMPULSAN LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: UNA UNIÓN EUROPEA DIRIGENTE EN EL MODELO ECONÓMICO Y SOCIAL Y UNA CONSTITUCIÓN QUE DESDIBUJA SU MODELO SOCIAL

El convulso proceso de (no)aprobación de la Constitución Europea sucedido por la crisis económica puso fin a las aspiraciones de construcción de una Europa Social. Una Europa con una “constitución económica dirigente y sin constitucionalismo social” y “una Carta de derechos inofensiva subordinada a la Constitución política y económica de la Unión” (Pisarello, 2006). La existencia de dos planos, y de un conflicto no resuelto entre ellos, el del liberalismo económico, representado en el nivel comunitario, y el de los derechos y bienes sociales, reservado sustancialmente a los estados miembros, constituía el panorama de fondo hasta que la crisis iniciada en 2007 se aprovecha para dar un nuevo giro de tuerca (Nogueira, 2012a; Nogueira, 2012b). Un giro de tuerca que interioriza en el ordenamiento europeo y en los de los estados el amplio proceso de liberalización de los servicios que promueve a nivel mundial la Organización Mundial de Comercio y los tratados de libre comercio que está suscribiendo la UE en los últimos tiempos.

Las autoridades comunitarias, y el FMI, han abanderado un intenso proceso de reformas estructurales con costosos recortes presupuestarios en políticas sociales pero, sobre todo, con cambios con vocación de perdurabilidad para reducir fuertemente el tamaño de los servicios públicos. Las exigencias de recorte en el número, sueldo y naturaleza de la relación jurídica de los empleados públicos; las de pri-

vativación de servicios; las llamadas a la elevación de la edad de jubilación, de cambios en los sistemas de cobertura de desempleo o pensiones... son sólo algunos de los ejemplos que muestran un escenario claramente distinto. Ya no es que Europa renuncie a tener una política social europea sino que la Unión Europea adopta una posición activa para configurar el modelo social interno de los estados miembros, con la crisis como argumento legitimador. Y también que los servicios de bienestar constituyen un goloso nicho de negocio cierto y estable (educarse, curarse, recibir cuidados en la infancia o la vejez...) para las grandes corporaciones bien mediante la privatización de sectores o bien mediante la prestación indirecta con contratos públicos.

El nivel de “intrusismo” que comportan los MoU (Memorandums de Entendimiento) en los estados miembros ha marcado un punto de inflexión puesto que la UE no busca tan sólo conseguir un resultado de equilibrio de las cuentas sino que indica los medios para conseguirlos y estos implican medidas concretas de configuración/recorte del modelo social (Theodoropoulou, 2014, p. 5, 32). Aunque se justifiquen con el discurso oficial de la crisis estas reformas guardan poca relación con el ciclo económico y buscan reconfigurar áreas enteras del modelo social (pensiones, negociación colectiva, edad de jubilación...) y son una muestra de que ante el fracaso en la construcción de una unión económica real la devaluación interna substituye a la vieja devaluación monetaria (Degryse, Jepsen y Pochet, 2013, p. 38).

La novedad, pues, es que se adelgaza el estado social y se hace por prescripción activa de la propia UE. La reducción del gasto público que se exige a los estados “tutelados” ya no se puede acometer actuando únicamente sobre el personal al servicio de la administración o sobre la propia organización administrativa sino sobre la calidad y extensión de los servicios. “No se adelgaza el estado-organización, se adelgaza el estado social” (Tornos, 2012, p. 18-19).

Frente a esto algunos estados miembros disponen o han construido barreras constitucionales internas. La defensa de los principios sociales constitucionalmente asentados bien por razones de soberanía, bien como novedosamente avanza la Corte constitucional alemana (sentencia de

30 de junio de 2009) por la conexión entre estas políticas y una “democracia viva” (Sommermann, 2014, p. 54), en la que la protección del principio democrático no puede substraer del control ciudadano la configuración de las políticas que forman el corazón esencial del consenso constitucional, son fórmulas que han usado algunos estados para la defensa de su estado social. Alemania, Francia, Polonia o Chequia han mostrado “señales de stop” (Schmahl, 2014, p. 299) a la intervención creciente de la Unión Europea en materia social.

En España, en cambio, la reforma constitucional de 2011 del artículo 135 y singularmente la mención a la prioridad absoluta de los pagos de la deuda pública frente a cualquier otro gasto público es expresión de esa Unión Europea activa en la desactivación del estado social. El artículo 135 CE con esta nueva redacción se convierte en parámetro del estado social posible, haciendo girar la aplicación de otros preceptos constitucionales sobre su propio eje.

UN AMPLIO PROGRAMA DE REFORMAS SOCIALES INTERNO CON LA CRISIS COMO ARGUMENTO

El programa de reformas estructurales que, con el pretexto de la crisis económica, se puso en marcha ha afectado a un amplio abanico de derechos sociales y prestaciones de bienestar. El escaso margen competencial de que disponía constitucionalmente el nivel estatal para incidir en el núcleo duro de los servicios ligados al estado de bienestar se fuerza dotando de expansividad a los títulos competenciales transversales relacionados a la planificación general de la economía o el régimen jurídico de las administraciones, con la finalidad de asegurar una vigencia general a un programa de adelgazamiento que, de otra forma, se vería seriamente dificultado por la capacidad de decisión autonómica. La responsabilización del estado autonómico y los entes locales en relación con la situación de déficit es, en realidad, un cuestionamiento del estado de bienestar desde políticas neoliberales (Aguado, 2012, p. 84). Con una línea conductora clara de liberalización intensa se sucedieron reformas generales y sectoriales que apuntan en esa dirección (ej. leyes de transposición de la Directiva de Servicios, Ley de

Garantía de Unidad de Mercado, Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local y los Reales Decretos Ley que entre 2012 y 2014 modificaron prestaciones sanitarias, educativas, de dependencia entre otras). En todos estos casos la contraposición entre las competencias estatales en materia económica y las autonómicas sectoriales ha suscitado dudas sobre la cobertura competencial de los cambios normativos abriendo procesos ante el Tribunal Constitucional. Sin entrar en un examen detallado del marco competencial en cada uno de los ámbitos mencionados, se ha afirmado “con rotundidad” la invasión de ámbitos de competencias exclusivas autonómicas, como sería la acción social (Aguado, 2012, p. 53) o los serios problemas que presentaba que el estado intentara disponer de ámbitos competenciales que no le son propios como la sanidad o servicios sociales municipales (Velasco, 2014a, b), una crítica avalada por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional (STC 41/2016, de 3 de marzo de 2016).

Hay una clara apuesta estatal por un modelo social disminuido y con una orientación creciente a la gestión privada y esa apuesta se viabiliza tanto mediante medidas transversales presupuestarias de control del gasto (estabilidad presupuestaria) y del personal disponible (tasa de reposición), como con una hipertrofia de los títulos estatales que pueden condicionar competencias eminentemente autonómicas en materia sanitaria, educativa, de servicios sociales.

Además de los problemas competenciales que esta apuesta puede plantear existe también en el plano constitucional un debate en cuanto al alcance de los recortes y los límites que podrían derivarse de la existencia de un núcleo irreductible resistente a los recortes. Ponce (2014) pone de manifiesto cual sería el contenido nuclear de los derechos sociales protegidos constitucionalmente y las líneas rojas que no podrían cruzar las políticas de recortes sociales.

El cuestionamiento de los derechos sociales tiende a minusvalorar su entidad negando su condición de derechos subjetivos exigibles; apuntando a su “inmadurez” como derechos de tercera generación necesitados de tiempo para alcanzar el nivel de protección de los derechos civiles y políticos, para justificar su falta de protección jurisdiccional

y la inexistencia de límites a los recortes. Pisarello (2007, p. 68) apuntaba el sesgo ideológico presente en buena parte de estos argumentos derivado de una inacción legislativa, jurisdiccional y doctrinal en el desarrollo de estos derechos.

En el debate sobre los límites jurídicos a los derechos sociales se puede adoptar la postura de los jueces que se comportan como “cobradores del frac” dando respuestas formalistas (Atienza, 2013, p. 122-3) o pensar en el Derecho como algo ligado a la satisfacción de unos determinados valores o principios, especialmente en este momento de crisis, para lo cual es preciso desarrollar una interpretación que canalice y dé vida a esos intereses ligados a la idea de justicia social.

Para ello es necesario en el plano normativo (legislativo y reglamentario) dar un debate abierto sobre los eventuales recortes de derechos sociales y sus consecuencias. Las memorias de impacto económico y social que tienen que acompañar los proyectos normativos permitan ver el alcance de las medidas propuestas. Recordemos que el Tribunal Supremo ha anulado disposiciones generales por “insuficiencia en la Memoria de Impacto Normativo de un adecuado análisis de las repercusiones económicas y presupuestarias” (STS 5372/2016, de 12 de diciembre) o por omisión del informe de impacto de género (STS STS 5038/2015, de 18 de noviembre de 2015). Pero más allá de los aspectos formales urge acotar las líneas rojas de respeto de los derechos fundamentales (vida, dignidad e integridad física y moral, educación...) que marcan el punto de no retorno en los retrocesos sociales y buscar nuevos modos para que las políticas públicas incorporen la garantía de los derechos sociales de forma transversal para lo cual la contratación administrativa puede ofrecer un interesante pilar.

La garantía de ese contenido esencial que deben preservar la administración y los tribunales en la aplicación del derecho vendría nucleada indudablemente por los derechos fundamentales pero también se apunta que debería estar presidida por un principio de no regresividad (Parejo, 2000, p. 224) enmarcado en el derecho a una buena administración que actúa con objetividad, proporcionalidad, respetando el principio de confianza legítima y de forma motivada (Ponce, 2013, p. 89 y ss.).

UN NUEVO ROL PARA LA ADMINISTRACIÓN: DE LA PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS A LA GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD EN SERVICIOS EXTERNALIZADOS MEDIANTE LA CONTRATACIÓN

La progresiva externalización de servicios ha propiciado que “el papel de la administración no siempre es de gestor o titular de servicios, sino de garante o regulador de los mismos” (Aguado, 2012, p. 59) y deberíamos repensar como, independientemente de la forma de prestación elegida, se asegura esa garantía. La contratación pública estratégica que introduce criterios sociales, ambientales, de igualdad, puede ser una vía de contrarrestar la erosión de derechos sociales en este periodo.

Es cierto que no existe una reserva constitucional de ciertas tareas a la administración pero sí “puede hallarse una reserva constitucional de procedimiento, fundamentación y justificación para el supuesto ejercicio de potestades públicas” y “poderosas razones derivadas del estado de derecho para que el derecho administrativo (adaptado en lo preciso si fuera necesario) siga como una sombra al ejercicio de funciones públicas” (Ponce, 2014, p. 44).

La labor está, por tanto, en adaptar, ampliar y repensar instituciones, mecanismos y procedimientos de forma que la garantía de los intereses generales que perseguía la actividad prestacional mantenga su continuidad en servicios total o parcialmente privatizados, pero en el que la afectación de derechos fundamentales o sociales puede existir. Reformular los procedimientos decisorios de la administración, para que exista una motivación suficiente de las decisiones cumpliendo con ese deber de buena administración, pero también adaptar los instrumentos de control con los que es posible apreciar si las garantías establecidas son reales o si existen incumplimientos que puedan suponer la vulneración de derechos (Tornos, 2012, p. 50).

Estas afirmaciones, no obstante, deben ponerse en relación con un proceso en marcha paralelo de simplificación y *smart regulation* que pone de manifiesto que la deriva neoliberal impregna no sólo las decisiones legislativas sino también el nivel administrativo. La dificultad de introducir en los análisis coste-beneficio, sobre los que gira en buena medida la estrategia REFIT (Regulatory Fitness and Perfor-

mance Programme), las variables sociales, ambientales... en definitiva, los intereses generales, es grande y se revela como uno de los puntos débiles de esta estrategia (Van den Abeele, 2014, p. 9). Por ello cobra especial interés reflexionar sobre la forma de reforzar las garantías administrativas de protección de los intereses generales vinculados a estos derechos y prestaciones sociales ante el cuestionamiento paralelo desde el plano normativo y administrativo de la garantía de los derechos sociales.

Uno de los ámbitos que puede contribuir a la garantía del núcleo constitucionalmente protegido de los derechos sociales es el de la contratación pública. Las limitaciones a la creación de empleo público mediante la imposición centralizada de una tasa de reposición de efectivos, unida a limitaciones normativas que dificultan la gestión directa, provocan la “externalización” de servicios públicos. En la medida en que muchos servicios de bienestar se van a prestar total o parcialmente por prestadores privados en régimen de gestión indirecta, una adecuada configuración de los procedimientos de contratación administrativa y de los instrumentos de control de los contratistas puede contribuir a esa garantía de los derechos sociales.

El Consejo de Europa había hecho un llamamiento precisamente para que los cambios en la forma de gestión de los servicios públicos no pusieran en riesgo los derechos humanos. En particular la asamblea (CoE, 2010) situaba algunas de sus recomendaciones en la necesidad de que la *accountability* en relación con la protección de los derechos humanos por las empresas se tradujera en la adopción por parte de los estados de directrices en materia de contratación pública e inversiones en fondos ligadas al respeto de los derechos humanos.

Cohonestar los principios de transparencia, eficiencia e integridad en la contratación pública, que en el Derecho europeo aparecen estrechamente ligados a la garantía de la competencia y la igualdad de trato o ahora a la contratación estratégica (Gimeno Feliu, 2014), debería dar paso en este nuevo contexto de una administración garante a la construcción de elementos de protección de otros intereses generales conectados con la protección de los derechos sociales. No obstante, las llamadas a una utilización estratégica de la

contratación pública chocan con la subordinación “a las exigencias del mercado único en el orden de valores comunitario (Aymerich, 2013, p. 87).

La contratación pública no es sólo una actividad económica sometida a las normas de libre competencia, sino que es “un instrumento de política económica y social” por lo cual, inevitablemente, la valoración de criterios de igualdad de género, empleo o sociales puede provocar conflictos con los potenciales licitadores (Sánchez Morón, 2012, p. 8). Hay voces (Bernal, 2008, 2014) que advierten de que la “contratación pública puede no resultar idónea siempre para la consecución de fines sociales, pues no está diseñada para ello, sino principalmente para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica”. Efectivamente, la normativa de contratación pública ha buscado principalmente que esta funcione de forma transparente para garantizar por un lado la igualdad y no discriminación de las empresas que aspiran a ejecutar los contratos públicos y por otro la máxima eficiencia en el uso del presupuesto público. En cierto modo, la introducción de criterios sociales en la contratación es una suerte de postizo que encuentra dificultades, como señalaremos a continuación, para superar los obstáculos que implica esa visión fundamentalmente economicista. La clara primacía del Derecho de la competencia sobre las consideraciones sociales “desmesurado al actuar como un criterio casi excluyente de la acción pública” obvia que estas consideraciones emanan de la cláusula social constitucionalmente protegida (González García, 2015, p. 18).

Es cierto que la normativa europea de contratación pública ha dado pasos en la dirección de poder introducir la perspectiva social en los contratos públicos, pero también que el impacto de estos cambios es limitado e, incluso, insuficiente en su alcance. Y ello por razones diversas: complejidad jurídica para articular esa introducción de criterios sociales, resistencias administrativas, miedo a sobrecostes en las licitaciones... (Lesmes, 2013, p. 27-28).

En los principios de la contratación se enuncia que “los estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos

cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X” (art. 18. Dir. 2014/24/UE). No obstante, hay voces que apuntan a que la reciente reforma de las directivas de contratación pública europeas ha sido una “oportunidad perdida”. De forma particular estos resultados decepcionantes se relacionan con la voluntad de la Comisión de hacer la propuesta compatible con el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, con los riesgos en materia social y laboral que esto puede comportar (Van den Abeele, 2012, p. 44). La progresiva liberalización de sectores abanderada por la OMC da un salto cualitativo cuando pasa de un discurso centrado en cuestiones arancelarias a plantear la liberalización de sectores o a cuestionar la incidencia de normas protectoras de intereses generales en la apertura de ámbitos al comercio.

Fórmulas para la inclusión de criterios sociales en la contratación pública

Un aspecto clave para la inclusión de cuestiones sociales ligadas al empleo, la igualdad o la sostenibilidad en la normativa de contratación pública es buscar su encaje en los procedimientos de licitación. La corta experiencia existente muestra que dependiendo de la fórmula escogida las administraciones encuentran más o menos dificultades jurídicas de implementación y obliga a observar una serie de requisitos para evitar riesgos que puedan inviabilizar sus efectos. La potencialidad que tiene la contratación con criterios sociales requiere sortear una normativa con ambigüedades, un entorno institucional reticente y un contexto empresarial que opone franca resistencia. La insistencia, de la jurisprudencia y legislación europea, en el criterio de conexión con el objeto del contrato limita el alcance de estas cláusulas (González, 2015, p. 31).

Existen tres momentos distintos o vías para articular medidas de protección social a través de la contratación pública: a) Previo: incidiendo en el propio objeto; o actuando sobre la determinación de

los criterios de selección cualitativa de las empresas (solventía técnica o prohibiciones para contratar); b) como un elemento de valoración ligado a los criterios de concesión del contrato (criterio de adjudicación o de desempate); c) como una condición de ejecución. Cada una de estas vías presenta ciertas limitaciones que, pese a que disponemos de un bagaje interpretativo todavía escaso, pueden ya intentar señalarse.

La principal limitación que existe en relación a la introducción de una perspectiva de género o social ligada al objeto del contrato se deriva de que la legislación y jurisprudencia existente exige una vinculación efectiva entre esas exigencias y la naturaleza del contrato (ej. Servicio de atención a mujeres maltratadas con perspectiva de género). Para ello sería conveniente que tanto la denominación del contrato como los anuncios y descripción de su naturaleza incluyan esa mención con una adecuada motivación de la relación de esta perspectiva con las competencias del poder adjudicador y con el objeto del contrato (Valcárcel, 2013, p. 334-335). En el momento previo de definición del contrato también se podría introducir la perspectiva de género o social en relación con la solventía técnica que deben acreditar los licitadores o, negativamente, aplicando las prohibiciones para contratar en caso de que existan elementos contradictorios con el respeto de esa perspectiva de género. No obstante, esta vía parece más compleja de articular puesto que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, es clara en cuanto a la exigencia de que esta solventía técnica ha de estar referida al objeto del contrato lo cual dificulta su implementación salvo que el objeto del contrato tuviera por objeto prestaciones para las que esta perspectiva de género en la plantilla del contratista fuera determinante (ej. contrato de consultoría para la redacción de un Plan de igualdad que exige que el personal tenga formación de género; contrato de prestación de un servicio de atención a mujeres maltratadas...). También se prevé, negativamente ligado a las prohibiciones de contratar, que se pueda excluir a operadores en función de incumplimientos en materia social (trabajo infantil u otras formas de trata, art. 57.1f; incumplimientos con la

seguridad social, art. 57.2)¹. Sin embargo, la necesidad de que estas infracciones se determinen por sanción o sentencia firme, que sean cualificadas e, incluso, la dificultad de controlar de forma efectiva de su existencia, complican su aplicación. Parece, por tanto, que la incidencia positiva o negativa en la solventía técnica de los licitadores no va a ser la vía más propicia para el impulso de una contratación con perspectiva de género o social.

Ya en la fase de concesión de contrato la perspectiva de género, social o ambiental podría ser tomada en consideración, bien como criterio de adjudicación o como criterio de desempate entre ofertas. En cuanto a la valoración de la oferta la Directiva se decanta como criterio preponderante por el de “oferta económicamente más ventajosa” que “debería evaluarse sobre la base de la mejor relación calidad-precio, que ha de incluir siempre un elemento de precio o coste” (Directiva 24/2014/UE, considerando 90). Esta preferencia por el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que en todo caso tiene una componente necesaria de precio, parece que podría permitir tomar en consideración en la adjudicación otra gama de criterios relacionados con el objeto de la prestación, en una ponderación que no es sencilla². Entrarían en estos criterios de valoración cláusulas como el compromiso de una determinada composición de plantilla (género, discapacidad...), la implementación de

1 Lesmes, S. (2009), recuerda que “para la aplicación de dichas prohibiciones no basta —por ejemplo— que no se elabore o aplique el Plan de Igualdad de Género, sino que se requiere la existencia de una infracción muy grave y que haya recaído una sanción o condena firme. Como conclusión debemos decir que esta fórmula es posible, pero muy poco práctica, ya que las circunstancias previstas rara vez se producen. En consecuencia, resulta inoperativa a nuestros objetivos y la desaconsejamos, ya que tenemos otras vías más sencillas y mucho más efectivas”.

2 Por ejemplo, en el ámbito sanitario se ha señalado que “el objetivo fundamental es asegurar una adecuada prestación del servicio al paciente, por lo que cabe una elevada puntuación de los criterios relativos a la calidad del servicio. Por ello, habría que conseguir un equilibrio entre la competencia en la variable precio y la calidad del servicio y evitar que los pliegos se basen en cuestiones técnicas que no aseguren un determinado nivel de calidad en la prestación del servicio, así como pliegos que incentiven un mayor ingreso a corto plazo en detrimento de la calidad.” (CNC, 2013, 55-56).

planes de igualdad en la empresa contratista, el respeto de las condiciones salariales del convenio o la subrogación de empleados. Son criterios que, siempre que sean objetivos, transparentes, publicitados y no-discriminatorios y estuvieran relacionados con el objeto del contrato, estarían amparados por la legislación de contratos y que diversas leyes autonómicas recogían (País Vasco, Castilla y León, Navarra). Es preciso que el cumplimiento de estos objetivos sea “a futuro” para evitar un trato discriminatorio entre las empresas licitadoras (Valcárcel, 2013, 350) y que la puntuación adjudicada sea razonable y adecuada al fin perseguido (Menéndez, 2012, 284). Cláusulas de esta naturaleza han suscitado recursos ante los tribunales especiales de contratación (Acuerdo 72/2016 y Acuerdo 80/2016 del Tribunal administrativo de contratos públicos de Aragón; Resolución 16/2016, del Tribunal de contratación pública de Madrid) lo que nos permite apreciar algunas de las pautas que se fijan para su admisibilidad. Así se acepta usar como un criterio de valoración para la adjudicación que la empresa disponga de un plan de formación y de un plan de conciliación ya que “la promoción de unas condiciones laborales que permitan la conciliación entre la vida laboral y familiar, además de constituir un objetivo estratégico de los poderes públicos en general, redundan en una mejor realización de las funciones por parte de los trabajadores afectados y todo ello ha de tener una relación directa con la calidad del servicio que se va a prestar” (Res. 16/2016 TCP Madrid). En parecidos términos se expresa la Res. 80/2016 TACP Aragón en relación con la valoración de un plan social añadiendo “es más, se garantiza una mejor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas”. La calidad de la prestación por el contratista es también el argumento que se vincula a la valoración del mantenimiento de la retribución de los empleados evitando la precarización y cuya duración debería mantenerse todo el contrato (Acuerdo 72/2016 TACP Aragón). Las cuestiones laborales de cumplimiento de retribuciones del convenio o subrogación de empleados, si están previstas en los convenios o existe previsión legal, también pueden ser contempladas para valorar adecuadamente el contrato (Acuerdo 72/2016 TACP

Aragón, que cita una Sentencia de la Audiencia Nacional de 25.3.2015). Sin embargo, resulta “excesivo afirmar que las actuales directivas de la UE sobre contratación pública ejercen una influencia positiva como instrumento al servicio de objetivos sociales” a la vista de sentencias del TJUE, como la del asunto *Rüffert* en relación con la introducción de criterios salariales, Medina (2012, p. 229 y ss.) advierte sobre los obstáculos que aún encuentran estas consideraciones.

La segunda posibilidad para introducir criterios sociales en la fase de adjudicación, contemplada en la Ley de Igualdad de 2007 y en varias leyes autonómicas, es que estos actúen a efectos de desempates. El funcionamiento de los órganos adjudicadores muestra que este es un supuesto infrecuente por lo que carece de práctica virtualidad (Valcárcel, 2013, 353).

Finalmente existe la posibilidad de que los criterios sociales y de género se introduzcan como elementos de la ejecución del propio contrato. Su admisibilidad estará condicionada a que sean respetuosos con los principios de contratación pública (publicidad, transparencia, no-discriminación), que estén reflejados en el anuncio de licitación o en los pliegos y que tengan relación con la ejecución del contrato afectando a aquella parte de la empresa que esté implicada en ese contrato. “Estas condiciones pueden hacer referencia a consideraciones de tipo social, con la finalidad de promover la ocupación de personas con particulares dificultades de inserción en el mercado laboral; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral; combatir el paro y favorecer la formación en el puesto de trabajo, otras finalidades que se puedan establecer con referencia a la estrategia coordinada para la ocupación o garantizar el respeto de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción y se les puede atribuir el carácter de obligaciones contractuales esenciales, para que su incumplimiento pueda ser considerado como causa de resolución del contrato. Asimismo, el incumplimiento de estas condiciones puede comportar, si así se ha previsto en los pliegos o el contrato, la imposición de penalidades y la consideración de infracción grave a efectos de la posible aplicación de las prohibiciones de contratar (Generalitat, 2012).

El control del cumplimiento de los criterios sociales en la contratación

Un aspecto relevante también para la correcta articulación de los criterios sociales y de género en la contratación es que existan mecanismos de control efectivo sobre su implementación. Si una empresa puede ser adjudicataria de un determinado contrato en virtud de que su oferta/solvencia técnica/prestación contempla con mayor acierto que sus competidores la inclusión de esos criterios sociales, parece lógico que esta circunstancia tenga que soportar el filtro de un control de cumplimiento. No es esta una tarea sencilla porque nuestras administraciones públicas tienen una tradición pobre de evaluación de políticas públicas, establecimiento de indicadores de desempeño e inspección de servicios.

La legislación de contratación pública prevé una serie de prerrogativas de la administración que ofrecen amparo a este control, pero también éste puede encontrar límites. El Acuerdo 72/2016 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón es indicativo. Un pliego de cláusulas administrativas de un contrato de servicios establecía la obligación de que la empresa adjudicataria presentara a la administración nóminas, TCs acreditativos de cotizaciones y otra documentación que permitiera comprobar el mantenimiento del salario del convenio colectivo que era uno de los criterios sociales introducidos. Frente a la alegación de que estas exigencias suponían un abuso de las prerrogativas de control de la administración que desnaturalizaba la tipología del contrato convirtiéndolo en uno de asistencia técnica el Tribunal afirma que, si bien tienen que estar ligadas al objeto del contrato y no exceder de la función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato proyectando efectos sobre la empresa más allá del ámbito que está implicado con la ejecución de éste, en este caso no quiebran este aspecto y tan sólo garantizan la ejecución correcta.

La externalización de la gestión de servicios públicos conlleva una pérdida de control directo por parte de la administración contratante. La empresa concesionaria tiene mucha más información sobre la calidad de los servicios prestados que la administración, lo que, sin un control y unos incentivos adecuados, puede llevar a que los usuarios de los

servicios públicos vean reducida la calidad de los servicios recibidos (CNC, 2013, 56). Esta asimetría en la información debe ser corregida introduciendo elementos de control por parte de la administración contratante entre los cuales la Comisión Nacional de la Competencia (CNC, 2013, 62) enumeraba, por ejemplo, una definición adecuada de los elementos de control en los pliegos de contratación; el establecimiento de un órgano de control seleccionarse con arreglo a los principios de independencia y competencia (especialización); penalizaciones creíbles por desviaciones respecto a los objetivos de calidad; transparencia en el control, evaluaciones del propio órgano de control y evaluaciones *ex post*.

Un elemento que finalmente debe ser objeto de especial atención, por cuanto es decisivo en la irreversibilidad temporal de ciertas decisiones de privatización de la gestión, es la propia duración del contrato. Los contratos con duración muy prolongada en el tiempo que no se encuentren justificados por razones de recuperación de las inversiones o mantenimiento del equilibrio económico favorecen una relajación en el cumplimiento de objetivos de calidad y blindan el modelo en relación a decisiones que podrían adoptar sobre su forma de gestión gestores futuros.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: ¿INSTRUMENTO PARA LA IGUALDAD?

En los últimos 15 años, España ha mostrado avances significativos en el desarrollo de políticas públicas de igualdad entre mujeres y hombres y en especial en lo relativo a la implementación de una de sus estrategias más recientes, el *mainstreaming* de género. Esta estrategia asume el carácter estructural de las desigualdades de género y entiende que estas son inherentes al funcionamiento de los poderes públicos dando como resultado unas actuaciones que reproducen las desigualdades existentes. Por ello, la estrategia busca “la (re)organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas” (Consejo de Europa, 1998, p. 15).

La literatura sobre políticas públicas de género en España ha demostrado que la estrategia del *mainstreaming* comenzó a ser incorporada a mediados de los 90. A lo largo de la siguiente década se generalizó la adopción de la misma de modo que pasó a formar parte de las políticas de las comunidades autónomas y de nivel estatal (Alonso, 2015; Lombardo y León, 2014). Primero a través de planes plurianuales y después a través de leyes de igualdad, los distintos niveles de gobierno explicitaban un compromiso general con la promoción de la transversalidad. Asimismo las comunidades autónomas y el estado han creado instrumentos para la implementación del *mainstreaming* o para incorporar la perspectiva de género en sus actuaciones, entre otros, los presupuestos con perspectiva de género, los informes sobre el impacto, la formación en género del personal de las administraciones públicas o las estadísticas e indicadores con perspectiva de género.

La primera pregunta que nos queremos hacer en este apartado es si las cláusulas de igualdad incorporadas a la contratación pública pueden ser consideradas un instrumento útil del *mainstreaming*. Con este objetivo, la primera parada de nuestro análisis serán las leyes de igualdad aprobadas por el estado y las comunidades autónomas. Nuestro análisis considerará, en primer lugar, si la contratación pública con perspectiva de género ha sido legislada como un instrumento de las políticas de género en general y del *mainstreaming* en particular. Además se persigue un examen de cómo se ha diseñado este instrumento que nos permita evaluar su posible impacto final.

Una vez analizada la contratación pública con perspectiva de género como instrumento, en un segundo apartado, evaluaremos su dimensión práctica. A través del examen de la literatura “gris” publicada sobre el tema valoraremos su grado de implantación y su potencial impacto.

La contratación pública en las leyes de igualdad

La Tabla 1 ordena las leyes de igualdad aprobadas por las comunidades autónomas y el estado por año de aprobación. Así mismo, se refiere a cuales de ellas incorporan la contratación pública con pers-

pectiva de género como instrumento para lograr la igualdad. Como se puede observar en la tercera columna, de las 14 leyes de igualdad aprobadas desde el año 2002, 10 de ellas introducen referencias a la contratación pública con perspectiva de género. En la tabla, también se puede comprobar que la introducción de este instrumento se produce ya en las primeras leyes aprobadas antes del 2005.

Un segundo aspecto que hemos considerado en este análisis es de si la contratación pública con perspectiva de género se regula como un instrumento del *mainstreaming*. La revisión de las leyes nos permite identificar tres fórmulas posibles de incorporación de la contratación pública a la ley. Una primera, presente en el caso vasco, en la que la contratación pública se regula junto con otros instrumentos más del *mainstreaming*. Una segunda fórmula, la más utilizada, que dedica un apartado de la ley a la acción de la administración pública para el logro de la igualdad de oportunidades y que es independiente del apartado en el que se regula la transversalidad y sus instrumentos. En esta fórmula, la contratación pública es considerada como un mecanismo de la acción de las administraciones públicas junto con otros como las subvenciones públicas, la representación equilibrada, la promoción interna o el lenguaje no sexista. Como vemos en la tabla, además de la Ley Orgánica, por esta opción optan Andalucía, Canarias, Islas Baleares, Extremadura y la Comunidad Valenciana.

Por último, nos encontramos con aquellas leyes en la que la contratación pública con perspectiva de género se incorpora cuando se habla de la acción de las administraciones públicas en un campo de acción específico: el mercado de trabajo, en el caso de Galicia y Castilla-La Mancha y el sector público, en el caso catalán.

Finalmente, otro aspecto al que nos gustaría referirnos en este análisis de la regulación de este instrumento es a quién mandata la ley como responsable del mismo. Como vemos, la mayoría de las leyes se refieren al gobierno y su administración o a los órganos de contratación dependientes de los mismos. La Ley vasca y la Ley Orgánica se refieren a las administraciones públicas y la Ley catalana a los poderes adjudicatarios que tienen consideración de administración pública.

En conclusión, podemos decir que la contratación pública con perspectiva de género está avalada como mandato por un respaldo legal bastante amplio y además desde hace algo más de una década. Así mismo, aunque solo está definida como instrumento

del *mainstreaming* en una comunidad, en la medida en que se considera un mecanismo de la acción de la administración pública, su potencialidad para ser utilizada de manera transversal existe y, por lo tanto, su capacidad de impacto potencialmente también.

Tabla 1. Regulación de la contratación pública con perspectiva de género en leyes de igualdad

Año aprobación	Comunidad autónoma	Contratación pública con perspectiva de género	Fórmula utilizada para incluirlo	Actores
2002	Comunidad Foral de Navarra	NO		
2003	Castilla y León	NO		
	Comunidad Valenciana	SI	Mecanismo de acción en igualdad de la administración	La Generalitat
2004	Galicia	SI	Mecanismo de acción de la administración en sector específico	Xunta de Galicia
2005	País Vasco	SI	Instrumento del <i>mainstreaming</i>	Administraciones públicas vascas
2006	Islas Baleares	SI	Mecanismo de acción en igualdad de la administración	Administración de la CCAA (órganos de contratación)
2007	<i>España</i>	SI	Mecanismo de acción en igualdad de la administración	Administraciones públicas
	Andalucía	SI	Mecanismo de acción en igualdad de la administración	Administración de la Junta de Andalucía
	Región de Murcia	NO		
2010	Canarias	SI	Mecanismo de acción en igualdad de la administración	Gobierno de Canarias y órganos de contratación de la administración autonómica canaria
	Castilla-La Mancha	SI	Mecanismo de acción de la administración en sector específico	Administración de la Junta de comunidades y Consejo de gobierno
2011	Principado de Asturias	NO		
	Extremadura	SI	Mecanismo de acción en igualdad de la administración	La Junta de Extremadura
2015	Cataluña	SI	Mecanismo de acción de la administración en sector específico	Poderes adjudicatarios que tienen consideración de administración pública

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2. La inclusión de cláusulas de igualdad en el procedimiento de la contratación

		Objeto del contrato	Prohibición contratación	Solvencia técnica	Criterios adjudicación	Criterio de preferencia	Criterios ejecución
2003	Comunidad Valenciana					X	
2004	Galicia					X	
2005	País Vasco			X	X		X
2006	Islas Baleares					X	X
2007	<i>España</i>		X			X	X
2007	Andalucía					X	X
2010	Canarias					X	X
2010	Castilla-La Mancha		X			X	X
2011	Extremadura					X	X
2015	Cataluña	X			X		X

Fuente: Elaboración propia

Otra forma de analizar su posible impacto, es si atendemos a los distintos momentos o vías para incluir este tipo de cláusulas. Como nos hemos referido más arriba la normativa de contratación establece que esta inclusión se puede efectuar en momentos distintos. Además las consecuencias de cómo se haga serán también distintas.

La Tabla 2 resume la regulación de la inclusión de cláusulas de igualdad en las distintas fases del procedimiento de contratación pública. Como se puede observar, en casi todas las leyes de igualdad se establece el criterio de preferencia haciendo referencia en la mayor parte a las empresas que tengan aprobado un plan de igualdad o posean la marca en excelencia en igualdad regulada en las mismas. Son mayoría también los casos en los que junto el criterio de preferencia se regulan la inclusión de las cláusulas de igualdad como criterio de ejecución. Por último, vemos que son la Ley vasca y la catalana las que regulan la inclusión de cláusulas en más fases del procedimiento regulando la solvencia técnica y los criterios de adjudicación, en el primer caso, y el objeto del contrato y los criterios de adjudicación, el segundo.

En resumen, además de la apreciación de los dos casos vasco y catalán que regulan varias fases de la contratación, podemos hacer una valoración positiva de como se ha regulado en las distintas leyes este procedimiento. La consideración de la inclusión de cláusulas de igualdad en la fase de ejecución del contrato, que como vimos arriba, es el momento procedimental que mayor garantía ofrece al logro de los objetivos marcados, no nos permite otro tipo de conclusión.

La contratación pública con perspectiva de género en la práctica: desarrollando el instrumento legal

Este apartado tiene como objetivo una primera aproximación descriptiva de cómo se está llevando a la práctica la contratación pública con perspectiva de género. En concreto nuestro análisis pretende contestar a las siguientes preguntas: ¿la inclusión de las cláusulas de igualdad en la contratación pública es un procedimiento habitual de las administraciones públicas y, por lo tanto, se está cumpliendo el mandato legal?, ¿en qué niveles de la admi-

nistración se está llevando a la práctica?, ¿qué tipo de cláusulas de igualdad se están introduciendo, qué dimensiones de la desigualdad de género están combatiendo, son transformadoras?

La metodología seguida para este análisis, que pretende ser introductorio, ha sido la evaluación de la literatura “gris” publicada sobre el tema. Este tipo de aportaciones se caracterizan sobre todo por llevar a cabo análisis legales del instrumento y la evaluación de las potencialidades del mismo. Sin embargo, no conocemos ningún estudio sistemático de cómo se han aplicado en la práctica este tipo de cláusulas. Lo que se acerca más a estas evaluaciones son las *guías prácticas* que han publicado distintas administraciones, en las que a través de la referencia a buenas prácticas y ejemplos, podemos analizar cómo se están incorporando estas cláusulas y también, en la medida que las guías constituyen una propuesta de acción, como será la práctica en el futuro.

En concreto vamos a analizar cuatro documentos (Anexo I) seleccionados con el criterio de ser los más referenciados por parte de la literatura que ha tratado el tema. Las cuatro guías tienen un núcleo común consistente en explicar las fases del proceso de contratación, justificar en cuales de estas fases se puede introducir las cláusulas de igualdad y proporcionar ejemplos de cómo hacerlo. Además también comienzan con una justificación y defensa de este tipo de cláusulas. En este sentido, en algunas ocasiones se ofrece únicamente una justificación legal y, en otras, se hace referencia a argumentos más amplios referidos a la capacidad de las administraciones para cambiar las condiciones sociales o a los rendimientos positivos que produce la incorporación de la perspectiva de género en las políticas. Por último, solo uno de estos documentos, la guía publicada por Emakunde, realiza un diagnóstico de cuáles son los problemas que se encuentran las administraciones públicas a la hora de introducir las cláusulas sociales. Es un diagnóstico, además, basado en un trabajo de campo en el ámbito de la discapacidad pero que coincide en gran medida con los diagnósticos que se han hecho referidos a la aplicación del *mainstreaming* de género (Alonso, 2015). Así, entre los problemas señalados están: desconocimiento de la normativa,

falta de voluntad y receptividad por parte de políticos y funcionarios, desconocimiento de mecanismos para su incorporación técnica, miedo a la recepción por parte de empresas y adjudicatarios, etc.

Nuestro análisis se ha centrado fundamentalmente en las propuestas de acción que hacen las guías. Estas propuestas de acción pueden tener distintas formas: a través de modelos de cláusulas que proponen las propias guías o a través de la identificación de buenas prácticas. En relación a estas últimas encontramos una tipología dual: ejemplos de normativas o guías elaboradas por las administraciones o ejemplos de contratos públicos que han incorporado cláusulas de igualdad (Anexo I).

El año de publicación de las guías y las distintas referencias y propuestas de aplicación que se hacen en las mismas sugieren que la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública es una práctica, que aunque tiene presencia, aún poco habitual en nuestras administraciones públicas. Esta situación llama la atención si consideramos otros instrumentos de las políticas de igualdad como pueden ser los informes de impacto o las estadísticas y estudios con variable sexo que en general fueron regulados en los mismos años y las mismas leyes. En relación a estos últimos, a pesar que los diagnósticos muestran que los impactos en las políticas están siendo relativos, sí que se puede decir que su realización es una práctica habitual de las administraciones públicas. (Alonso, Diz y Lois, 2012).

Otro aspecto que se puede concluir con nuestro análisis es que las cláusulas sociales de igualdad están siendo utilizadas por todo tipo de administraciones en su contratación, desde la administración estatal a la local, pasando por otras administraciones como la universitaria.

Por último, nos queda contestar a la pregunta sobre las dimensiones de la desigualdad que se están combatiendo o que se propone combatir desde las administraciones públicas. La Tabla 3 resume la temática de las cláusulas analizadas en este artículo. Como vemos, nos encontramos con cláusulas de temática muy variada que nos indican una gran amplitud de campos en los que intervenir a través de la contratación pública con

perspectiva de género. Con todo, observamos que en mayor medida se están incorporando aspectos que tienen que ver con el mercado de trabajo y la mejora de las condiciones de participación de las mujeres en el mismo. Otro tipo de cláusulas que predominan son las relativas a la incorporación de la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres como objetivo de la acción de los contratantes y la valoración de la trayectoria de

la empresa o de la formación de su personal en igualdad. Por último hacer referencia también a la presencia de cláusulas que abogan por la aplicación de medidas de conciliación. Hay que destacar, sin embargo, la casi inexistencia de cláusulas que persigan un cambio de roles o valores entre hombres y mujeres o medidas destinadas únicamente a hombres, que en principio podrían tener un mayor impacto transformador.

Tabla 3. Temática de las cláusulas sociales de igualdad en guías y ejemplos de “buenas prácticas”

Temática cláusulas	Cláusulas propuestas en normativas y guías de las administraciones públicas	Cláusulas introducidas en contratos públicos
Fomento ocupación y participación	23 %	19,4 %
Discriminación salarial	1 %	
Modificación de normas sociales o valores de género	1 %	
Incorporación de la igualdad como objetivo o principio del contrato	11 %	13,9 %
Uso no sexista del lenguaje y la imagen	9 %	5,5 %
Promover la participación de personas con formación en género en los contratos	7 %	8,3 %
Promoción de entidades o empresas que trabajan por la igualdad (“marcas de excelencia”)	5 %	13,9 %
Acciones positivas destinadas a situaciones de vulnerabilidad	5 %	13,9 %
Estadísticas y estudios diagnósticos sobre situación diferencial	6 %	8,3 %
Acciones de sensibilización y formación en igualdad	5 %	
Elaboración de planes de igualdad	8 %	2,8 %
Acciones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral	10 %	8,3 %
Transversalización de la perspectiva de género en un ámbito de acción concreto de los prestadores de servicios	4 %	2,8 %
Presupuestos para las políticas de igualdad	1 %	
Incremento de la participación social de las mujeres	2 %	
Prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo	2 %	2,8 %
Total cláusulas analizadas (N)	100	36

Fuente: Elaboración propia

CONCLUSIONES

La crisis económica ha provocado un profundo adelgazamiento del estado social exacerbando el impulso de las políticas neoliberales. En el caso español se evidencia una clara apuesta estatal por un modelo social disminuido y con una orientación creciente a la gestión privada en el que la recentralización competencial garantiza su aplicación uniforme. Apuesta que se viabiliza tanto mediante medidas transversales presupuestarias de control del gasto (estabilidad presupuestaria) y del personal disponible (tasa de reposición), como con una hipertrofia de los títulos estatales que pueden condicionar competencias eminentemente autonómicas en materia sanitaria, educativa, de servicios sociales.

El complejo de cambios constitucionales y legislativos para blindar ese modelo social disminuido han provocado que ciertas administraciones exploren los resquicios que ciertas instituciones, mecanismos y procedimientos pueden ofrecer para la garantía de los derechos sociales. Uno de los ámbitos que puede contribuir a la garantía del núcleo constitucionalmente protegido de los derechos sociales es el de la contratación pública. En la medida en que muchos servicios de bienestar se van a prestar total o parcialmente por prestadores privados pero que, en muchos casos, son gestores de servicios públicos en régimen de gestión indirecta, la contratación pública estratégica guiada por criterios sociales, de género o ambientales puede contribuir proporcionando un cierto amparo a la garantía de derechos sociales. No obstante, un estudio de la legislación aplicable, de la jurisprudencia y resoluciones de los tribunales especiales de contratación permite apreciar que la contratación administrativa está diseñada desde una lógica predominantemente económica y de defensa de la competencia. Los criterios sociales en la contratación encuentran dificultad para aplicarse tanto por esa ambigüedad normativa como por reticencias institucionales y empresariales. Los limitados márgenes para su viabilización, que exigen afinar mucho los procesos de diseño de los contratos y pliegos de contratación, no impiden que existan ya algunos ejemplos interesantes abriendo camino que favorecen la contratación con empresas que protegen

el empleo de colectivos vulnerables, los salarios o realizan políticas de conciliación avanzadas.

Así lo podemos concluir del análisis de la contratación pública como un instrumento de acción para el logro de la igualdad de género. Aún admitiendo, que pese a la base legal que la sustenta la contratación pública con perspectiva de género está siendo todavía aplicada de manera limitada e incipiente, la potencialidad de este instrumento tanto por la amplitud del campo de intervención en las distintas dimensiones de la desigualdad que se contempla, como la efectividad práctica del instrumento a la hora de lograr objetivos concretos, la convierten en un mecanismo de la administración para garantizar el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguado Cudola, V. (2012). El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales. En A. Ezquerro Huerva (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*. Barcelona: Atelier.
- Alonso Álvarez, A. (2015). *El mainstreaming de género en España: hacia un compromiso transversal con la igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alonso, A., Diz, I., Lois, M. (2010). La influencia de las políticas públicas de igualdad en la toma de decisiones: un análisis de los informes de impacto de género. *Revista Española de Ciencia Política*, 24, 107-136.
- Atienza, M. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos.
- Aymerich Cano, C. (2013). Crisis económica y contratación pública. En J. Pernas (Dir.), *Contratación pública estratégica*. Madrid: Aranzadi.
- Bernal Blay, M. A. (2008). 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*, n.º Extra 10, 211-252.
- Comisión Nacional de la Competencia (2013). *Aplicación de la guía de contratación y competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España* (en

- línea). <http://goo.gl/5dUL6l>, acceso 18 de septiembre de 2013.
- Consejo de Europa (1998). *Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, Methodology, and Presentation of Good Practices*. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- Council of Europe (2010). *Human rights and business*. Report Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Holger HAIBACH, Germany, Group of the European People's Party, Doc. 12361 (en línea). <http://www.assembly.coe.int/ASP/XPRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=12594&lang=EN>, 27 september.
- Degryse, C., Jepsen, M., Pochet, P. (2013). *The Euro crisis and its impact on national and European social policies*. Working Paper 2013.05, European Trade Union Institute (en línea). (<https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-Euro-crisis-and-its-impact-on-national-and-European-social-policies>).
- Generalitat de Catalunya (2012). *Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social* (Versión actualizada a noviembre de 2012) Departamento de Economía y Conocimiento, Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en línea). (http://www10.gencat.net/ecofin_jcca/ni/docs/doc_57016154_1.pdf).
- Gimeno Feliú, J. M. (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*. Madrid: Aranzadi.
- González García, J. V. (2015). Sostenibilidad social y ambiental en la directiva 2014/24/UE de contratación pública. *Revista Española de Derecho Europeo*, octubre-diciembre, 13-42.
- Lesmes, S. (2009). *Guía para incorporar la perspectiva de género en las subvenciones y los contratos públicos*. Pamplona: Gobierno de Navarra.
- Lesmes, S. (2013). *Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos*. Vitoria-Gasteiz: EMAKUNDE-Instituto vasco de la mujer.
- Lombardo, E., León, M. (2014). Políticas de igualdad de género y sociales en España: origen, desarrollo y desmantelamiento en un contexto de crisis económica. *Revista de Estudios Feministas*, vol. 5, 13-35.
- Medina Arnáiz, T. (2012). La contratación pública socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 153, 1-20.
- Menéndez Sebastián, E. (2012). Posibles medidas de fomento de la administración: preferencia en la contratación, las subvenciones y el distintivo de igualdad como ejemplos. En E. Menéndez (dir.), *La administración promotora de la igualdad de género*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nogueira López, A. (2012a). Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades ¿Reactivación económica o pretexto desregulador? En A. Blasco Esteve, *El Derecho Público de la crisis económica: transparencia y sector público hacia un nuevo derecho administrativo* (pp. 121-191). Madrid: INAP.
- Nogueira López, A. (2012b). La administración comprobadora: defensa de los intereses generales y desarrollo de las garantías de los ciudadanos. A. Nogueira López (dir.), *La termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos* (pp. 99-127). Madrid: Civitas.
- Parejo, L., (2000). El estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y los servicios públicos. *Revista de Administración Pública*, 153, septiembre-diciembre, 217-249.
- Pisarello, G., (2007). *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Pisarello, G., (2006). ¿Constitucionalismo sin Constitución o constitución sin constitucionalismo? Elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal. *ReDCE*, 5/2006.
- Ponce, J. (2014). La defensa de los derechos de los ciudadanos y de la buena administración en el ejercicio privado de funciones públicas: el papel de los Ombudsmen en el marco de una sociedad decente. En Sindic de greuges, *La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas*, febrero 2014.
- Ponce, J. (2015). Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social. ¿Derechos vs eficiencia y economía? En A. Nogueira,

- Lois, M., Diz, I. (eds.) (2015), *Crisis, derechos sociales e igualdad* (pp. 315-353). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ponce, J., (2013). *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*. Madrid: INAP.
- REDES (Registro Estatal para la Denuncia de la Exclusión Sanitaria, 2013), http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412111070_758373.html.
- Sánchez Morón, M. (2012). Discriminación positiva por razón de género y adjudicación de contratos públicos. *Justicia Administrativa*, n.º 58.
- Schmahl, S. (2014). National constitutional reservations with respect to social policy. En Giegerigh, Gstrein, Zeitzmann (eds.), *The EU between "an Ever Closer Union" and Inalienable Policy Domains of Member States*. Baden-Baden: Nomos.
- Sommermann, K.-P. (2014). The Theory of "Essential National Policies" in the Lisbon Judgement of the German Federal Constitutional Court. En Giegerigh, Gstrein, Zeitzmann (eds.), *The EU between "an Ever Closer Union" and Inalienable Policy Domains of Member States*. Baden-Baden: Nomos.
- Theodoropoulou, S. (2014). *Has the EU become more intrusive in shaping national welfare state reforms? Evidence from Greece and Portugal*. Working paper 2014.04
- Tornos Mas, J. (2012). Crisis del estado de bienestar. El papel del derecho administrativo. XIX Congreso Italo Español de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid 18, 19 y 20 de octubre de 2012.
- Valcárcel Fernández, P. (2013). Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública. En J. Pernas García (dir.), *Contratación pública estratégica*. Madrid: Aranzadi.
- Van den Abeele, E. (2012). *The reform of the EU's public procurement directives: a missed opportunity?* European Trade Union Institute (ETUI), Working Paper 2012.11.
- Van den Abeele, E. (2014). *The EU's REFIT strategy: a new bureaucracy in the service of competitiveness?* European Trade Union Institute (ETUI), Working Paper 2014.05.
- Velasco Caballero, F. (2014a). Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local. En J. A. Santamaría Pastor, *La reforma de 2013 del régimen local español*. Barcelona: Fundación Democracia y gobierno local.
- Velasco Caballero, F. (2014b). La Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local en el sistema de derecho local, En M. J. Domingo Zaballos, *Reforma del régimen local. La ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: veintitrés estudios*. Madrid: Aranzadi.

ANEXO I

Leyes de igualdad analizadas

Ley foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres de Navarra
Ley 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres de Castilla y León
Ley 7/2007, de 22 de octubre, de modificación de la ley 1/2003, de 3 de marzo
Ley 9/2003, del 10 de abril, de la Generalitat Valenciana para la igualdad entre mujeres y hombres
Ley 7/2004, del 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres
Ley 4/2005 para la igualdad de mujeres y hombres
Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer
Ley Orgánica, 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
Ley 12/2007, de 26 de noviembre para la promoción de la igualdad de género en Andalucía
Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección de la violencia de género en la Región de Murcia
Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres
Ley 12/2010, de 18 noviembre, de igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha
Ley del Principado de Asturias 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género
Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura
Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres

Guías analizadas

Administración	Título	Año
España Instituto de la Mujer	La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres a través de cláusulas sociales de género en la contratación pública y las subvenciones públicas	2011
País Vasco Emakunde	Cláusulas para la igualdad de mujeres y hombres en contratos, subvenciones y convenios públicos	2013
Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer	Incorporación de cláusulas de igualdad en contratos, subvenciones y convenios públicos.	2013
Cataluña Junta Consultiva de contratación administrativa	Guía para la Inclusión de cláusulas contractuales de carácter social	2014

Buenas prácticas: normativas y guías

“Acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco, sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público”, aprobado por el Gobierno Vasco el 29 de abril de 2008

“Guía para la Inclusión de cláusulas contractuales de carácter social”, elaborada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña y aprobada por unanimidad el 19 de marzo de 2010

“Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz”, aprobada en Junta de Gobierno del 18 de julio de 2010

“Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés”, aprobada en el Pleno municipal celebrado el 16 de julio de 2009

“Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Instituto Mallorquín de Asuntos Sociales”, aprobada en mayo de 2010

Instrucción «Eficiencia en la contratación pública municipal», aprobada a través de Resolución de Alcaldía del 28 de mayo de 2012 ayuntamiento de Pamplona

Acuerdo 59/2012, de 26 de junio, de la Junta de Castilla y León por el que se aprueban directrices vinculantes para los órganos de contratación de la administración de Castilla y León sobre la incorporación de cláusulas sociales de contratación pública

Acuerdo por el que se fijan directrices para la inclusión en los contratos públicos de condiciones dirigidas a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, aprobado por el Consejo de Ministros el 19 de octubre de 2007

Circular 1/2000, de 31 de mayo de la Dirección de Patrimonio y Contratación (Gobierno Vasco) sobre medidas a adoptar en la contratación administrativa para la aplicación del III Plan de Acción Positiva para las mujeres

La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, aprobada por el Parlamento Vasco

La Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra

Ley Orgánica 3/2007, de 30 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

«Circular del Rector para la inclusión de criterios sociales, éticos y ambientales en las contrataciones de la UPV/EH» aprobada a través de la Resolución de 22 de marzo de 2011 de la Secretaría de la UPV/EH

Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía

Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha

Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón

Ley Foral 1/2009, de 19 de febrero, se modificó expresamente el artículo 51 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra, relativo a los criterios de adjudicación del contrato

Ley 3/2016, del 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública
