

TRES REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Javier Sánchez Sánchez
Letrado de la Asamblea de Madrid

1.- CAMBIO CONCEPTUAL:

Hay que asumir que la contratación pública ha dejado de ser una simple técnica administrativa para pasar a ser un **instrumento de políticas públicas**. Las técnicas se limitan a la mejor consecución de un fin, las políticas definen y establecen fines. El proceso se inicia con el *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Contratación Pública de la Unión* de 1996 y se consolida con las Directivas 17 y 18 de 2004, que son asumidas por la legislación española en la LCSP de 2007. Es instrumento de la acción política porque puede serlo, por su capacidad para incidir significativamente en la conformación de cuerpo social y el tejido económico.

El pensamiento de los operadores jurídicos institucionales (funcionarios, interventores, jueces, etc.) tiene todavía una gran carga inercial que identifica la contratación como técnica y no la asume ni acepta como instrumento válido para la acción política (máxime si esas políticas son relativamente novedosas, como las de discriminación positiva o perspectiva de género).

Por lo tanto, la primera actuación global comprendería acciones institucionales para que el aparato funcional comprendiese y asumiese ese cambio conceptual de la contratación pública.

2.- APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.

Los principios jurídicos son normas jurídicas plenas, con tanta validez y eficacia como las reglas positivas. El derecho comunitario es en gran medida un ordenamiento principal y el derecho español otorga un papel relevante a los principios jurídicos. Sus **características** principales son:

- Tienen una **eficacia integradora del derecho, ante lagunas reales o axiológicas**.
- Tienen un **carácter habilitante para la actuación de los poderes públicos**.
- Pueden **prevalecer sobre reglas positivas en situaciones de antinomias** (p.ej: un principio legal frente a un reglamento).
- **Despliegan eficacia a efectos interpretativos** sobre el alcance y aplicación de las reglas positivas.

Es decir, en caso de duda, ausencia o contradicción en las reglas positivas, podemos acudir a la invocación de los principios jurídicos para respaldar una determinada interpretación o aplicación del derecho a favor de determinados fines queridos por el ordenamiento.

Un ejemplo de aplicación práctica podría ser el siguiente: es cierto que para aplicar como prohibición de contratar la infracción de la obligación de contar con planes de igualdad, las empresas obligadas a ello han debido ser sancionadas previamente con carácter firme bien en vía administrativa o bien en sede judicial. Pero nada impide exigir para tomar parte en una licitación pública la presentación de una declaración responsable de que la empresa licitadora cumple con todas las obligaciones legales en materia de igualdad de género, y resulta que el falseamiento de los datos facilitados sobre capacidad y

solvencia sí que es una causa específica que determina la imposibilidad de contratar con la Administración pública (artº 49.1 e LCSP). Los principios jurídicos aplicables habilitarían y legitimarían al poder adjudicador correspondiente para exigir la declaración responsable de que la empresa cumple con las obligaciones que le imponen normas con rango de ley como las relativas a igualdad de género.

Cuáles son los **principios jurídicos** que podemos invocar y aplicar para fundamentar jurídicamente la inclusión de cláusulas sociales de perspectiva de género en la contratación pública:

A) De rango constitucional:

Artº 9.3 CE: Los poderes públicos han de remover los obstáculos que impidan la igualdad efectiva de los individuos y los grupos en que se integran.

Artº 14 CE : Principio y derecho a la igualdad (tratar de forma diferente situaciones distintas).

Artº 40.2 CE: Habilitación para políticas de readaptación profesional.

B) De rango legal:

En el artículo 11 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres , se establece la obligación de desarrollar políticas de discriminación positiva a favor de las mujeres.

3.- EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN

Viene a ser el compendio práctico para la aplicación efectiva del cambio conceptual y de los principios jurídicos, además de una exigencia legal contenida en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El poder democrático es un tipo de poder político que se caracteriza porque da unas respuestas específicas a las tres preguntas típicas sobre el origen y ejercicio del poder: ¿quién manda?, ¿qué se manda?, ¿cómo se manda?. La última es esencial para distinguir un estado democrático de otros populistas o providencialistas y obliga a un ejercicio del poder razonado, razonable y motivado. No es suficiente que el poder se ejerza por el titular legítimo y que articule mandatos queridos por el derecho, sino que ha de explicar de forma razonada que la orden es razonable (no arbitraria, que se encuentra prohibida por el 9.3 CE).

Aplicando este esquema al ámbito de la contratación pública, hemos de afirmar que si ejercemos una política pública de acuerdo con los principios jurídicos procedentes y en el sentido querido por el ordenamiento vigente hemos de explicarla con todo detalle en todos los instrumentos, momentos y ocasiones no solo necesarias, sino también convenientes.

Ello obliga a articular la **cadena de validez** de las cláusulas para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres (de género) de forma razonable y abierta:

- a) **Razonable:** El punto central lo constituye el objeto del contrato. No podemos definirlo de forma irrazonable, pues ello viciaría la cadena de validez. (P.ej.: no parece que, en principio, lo sería un contrato de asistencia técnica, para el levantamiento topográfico de un terreno, con perspectiva de género; pero sí lo sería un contrato de asistencia técnica para la organización de un servicio de atención a la población inmigrante, con perspectiva de género).

- b) **Abierta:** Una vez tomada la decisión de forma razonable hay que explicarla con todo detalle, sin miedo y de manera exhaustiva en todos y cada uno de los documentos que integran el expediente de contratación: acuerdo de inicio, memoria justificativa, documento de aprobación de los pliegos, actas de calificación y adjudicación, acuerdos de resolución por incumplimiento de condiciones especiales de ejecución, etc. En todos los casos ha de establecerse de forma sólida y lógica la inclusión de las cláusulas que incluyan la perspectiva de género con el objeto del contrato, fundamentando la decisión adoptada en los principios jurídicos aplicables.

Si se cumplen las condiciones de razonabilidad y motivación, la inclusión de cláusulas especiales de género se convierte en una operación jurídicamente blindada, que resistirá de los operadores jurídicos internos y externos que procedan.