

Blas Camacho Prieto, Letrado-Asesor Jurídico del Ayuntamiento de Cieza, en relación con la solicitud de informe jurídico sobre la posibilidad que se incluyan en los Pliegos de Cláusulas Administrativas CONDICIONES DE IGUALDAD SALARIAL DE GÉNERO, emite el siguiente

INFORME

I.- ANTECEDENTES

1. El Excmo. Ayuntamiento Pleno, en sesión ordinaria celebrada el día 7 de marzo de 2017, adoptó el acuerdo para solicitar informe jurídico con carácter de urgente para, en su caso y al amparo del art. 118 y otros del TRLCSP, se incluyan en los Pliegos de Cláusulas Administrativas CONDICIONES DE IGUALDAD SALARIAL de género con carácter de obligaciones contractuales esenciales que operarán de la manera y con la vigencia siguiente:

a) Las empresas licitadoras adjuntarán certificado de IGUALDAD SALARIAL de género en toda su organización en los pliegos que se publiquen con posterioridad al 1 de enero de 2018.

b) Las empresas licitadoras adjuntarán certificado de IGUALDAD SALARIAL de género de alcance a todos los empleados relacionados con el objeto del contrato, incluso a aquellos que tangencial u ocasionalmente se relacionen con la administración durante la ejecución del contrato, en los Pliegos que se publiquen con posterioridad al 1 de septiembre de 2017".

2. Según los últimos datos publicados por la oficina europea de estadística (EUROSTAT), relativos al año 2014 y publicado en 2016, España se sitúa tres puntos por encima de la media de la Unión Europea en brecha salarial, en salario-hora, mientras que la brecha del conjunto de la Unión Europea se sitúa en un 16,1 %, la brecha de España se eleva al 19,3 %. Se trata de una desigualdad salarial directa, los salarios que se pagan por el desarrollo de una misma actividad son más altos en los hombres y las mujeres tienen retribuciones menores que los hombres en cualquier circunstancia o característica personal, laboral, geográfica o empresarial.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las consideraciones jurídicas del presente informe, que servirán de fundamento a la conclusión del mismo, se articulan en tres apartados:

- 1) Marco normativo general sobre igualdad de género.

2) Viabilidad jurídica de la implantación de medidas para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre igualdad salarial entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en la fase de ejecución del contrato.

3) Viabilidad jurídica de la implantación de medidas para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre igualdad salarial entre hombres y mujeres, como criterio de adjudicación.

1.- MARCO NORMATIVO GENERAL SOBRE LA IGUALDAD SALARIAL

1.1. En la actualidad existe un amplio conjunto de normas de ámbito europeo, estatal y autonómico que establecen un mandato normativo de diverso grado de obligación para la integración del principio de igualdad de mujeres y hombres en las contrataciones, subvenciones y convenios públicos. 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). El derecho a la igualdad salarial y la no discriminación retributiva entre mujeres y hombres constituye una 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.

1.2. 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 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación**, con efecto desde el 15 de agosto de 2009. En cuanto al principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres, el artículo 157.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que *“cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”*.

1.3. En el ámbito de la contratación pública, entendida como medio para alcanzar fines públicos, puede ser un instrumento más para fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres. La **Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014**, sobre contratación pública, y que todavía no ha sido traspuesta al ordenamiento jurídico español, 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.

1.4. Por su parte, en la legislación española, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) contempla 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 siempre y cuando dichas exigencias sociales respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato (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).

1.5. Resulta especialmente destacable en la materia que nos ocupa, 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, estableciendo como mandato la obligatoriedad de transversalizar (artículo 15) de forma activa, el principio de igualdad de género en todas las actividades de las Administraciones Públicas, lo que implica la obligación de tener presente dicho principio al definir el objeto así como el conjunto de apartados (en que sea pertinente) de los pliegos de contratación, en las bases reguladoras y convocatorias de subvenciones, así como en los convenios. Esta obligatoriedad, ha de aplicarse con la prudencia suficiente como para no convertirse en un elemento de exclusión, salvo que constituya en sí misma el objeto o parte esencial del acto administrativo.

1.5.1. La LOI contiene dos previsiones específicas de especial incidencia en materia de contratación, en los artículos 33 y 34; el primero aplicable a todas las Administraciones Públicas, y el segundo circunscrito a la contratación de la Administración General del Estado, y así:

a) Para todas las Administraciones Públicas, en la fase de ejecución de los contratos, con carácter básico, el artículo 33 LOI dispone: *«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».*

b) Para la Administración General del Estado, en fase de adjudicación de contratos, el artículo 34 de la LOI, en su apartado 2, permite la inclusión de la igualdad salarial de género **como criterio de adjudicación**, disponiendo que *“Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley*

de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

2. VIABILIDAD JURÍDICA DE LA IMPLANTACIÓN DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL ÁMBITO LABORAL DURANTE LA FASE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Desde el punto de vista de la legalidad aplicable, resulta viable exigir que la empresa adjudicataria acredite la igualdad salarial durante la ejecución del contrato, contemplando de forma expresa la inclusión en los pliegos de condiciones criterios en tal sentido, al amparo del ya mencionado artículo 33 de LOI, así como del artículo 118 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e)”

3) VIABILIDAD JURÍDICA DE LA IMPLANTACIÓN DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IGUALDAD SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES, COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN.

Igualmente, resulta viable jurídicamente la toma en consideración los aspectos sociales como la igualdad salarial entre hombres y mujeres para establecer una preferencia en la adjudicación de contratos(fase de

adjudicación de los contratos) aunque siempre condicionada al requisito indispensable de que las proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para a la adjudicación, por ser de aplicación no sólo a la Administración del Estado, sino también a las demás Administraciones, la previsión del artículo 34 de de la LOI, tal y como tiene dispuesto el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de julio de 2012, o tal y como se introduce en el nuevo proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en fase de elaboración, que contempla entre los posibles criterios de preferente adjudicación, a incluir en los Pliegos de Condiciones particulares, los de “*carácter laboral que favorezcan la igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres*”, entre los que, sin duda, se encuentran los que favorezcan la igualdad salarial entre hombres y mujeres.

III. CONCLUSIONES

Primera. 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, pero la contratación pública social no puede vulnerar la concurrencia de las empresas en las licitaciones ni la igualdad de trato.

Segunda. Las posibilidades para dar efectividad a la paridad salarial entre los trabajadores, sin discriminación de sexo, a través de la contratación pública, se pueden articular tanto en la fase de ejecución del contrato como en la fase de licitación y adjudicación, y así:

a) En la fase de ejecución del contrato

El 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 salarial entre hombres y mujeres, como obligación contractual esencial del contrato, y que deberán estar identificadas en el objeto del contrato y en el pliego de condiciones. A su vez, el órgano de contratación deberá establecer medidas de control del cumplimiento de esta exigencia de carácter social durante la ejecución del contrato, y definir como causa de resolución del contrato su incumplimiento.

b) En la fase de licitación y adjudicación.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, hubieran adoptado medidas en materia de igualdad salarial entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. No obstante, esta adjudicación preferente se condiciona al requisito indispensable de que las proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para a la adjudicación.

Tercera. En su consecuencia, resulta ajustado a ley exigir que, en los pliegos sobre procedimientos de contratación pública, las empresas licitadoras incorporen, junto a la documentación acreditativa de la solvencia técnica o profesional, un certificado o una declaración responsable sobre IGUALDAD SALARIAL de género en toda su organización o de aquellos empleados relacionados con el objeto del contrato, que sirva de criterio de preferente adjudicación en el caso de proposiciones iguales en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para a la adjudicación, y, en todo caso, de obligada exigencia en la fase de ejecución del contrato por la empresa adjudicataria, en el calendario acordado por el Pleno u otro distinto.