

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA

CLÁUSULAS SOCIALES PARA PROMOVER LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL MERCADO LABORAL¹

SANTIAGO LESMES ZABALEGUI

Técnico de Inserción Sociolaboral y de Igualdad de Oportunidades
entre hombres y mujeres

ABSTRACT

La Ley 4/2005, de 18 febrero, de Igualdad de Mujeres y Hombres aprobada por el Parlamento Vasco establece una serie de medidas entre las que se recogen diversas propuestas en materia de empleo. El artículo examina detalladamente dos de estas medidas: las relativas a la contratación pública, evaluando y exigiendo la perspectiva de género y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a aquellas empresas que contraten con las administraciones públicas; y las referidas al acceso y promoción en la función pública estableciendo una acción positiva (cláusula de preferencia) en aquellos sectores en los que la mujer se encuentra infra-representada. Para el autor, estas medidas acarrearán cierta polémica, ora contraposiciones jurídicas, ora discrepancias ideológicas. En consecuencia, el artículo trata de abordar las objeciones que suscitan; contextualizarlas en el actual mercado laboral; esbozar el concepto y justificación de la discriminación positiva; promover el enfoque social en la contratación pública; y analizar su concordancia (o no) de las mismas a la legalidad vigente.

¹ Texto completo de la ponencia presentada en la Conferencia «Mujeres y Mercado de Trabajo» organizada por el Departamento de Derecho de la Empresa y la E. U. de Relaciones Laborales (UPV/EHU), Leioa, 18 de Noviembre del 2005.

■ *Eusko Jaurlaritzak otsailaren 18an onetsitako 4/2005 Legeak, emakume eta gizonezkoen arteko berdintasunari buruzkoak, hainbat neurriren artean, zenbait proposamen egiten ditu lan-arloarekin lotuta. Artikuluak bi neurri-multzo zehatz-mehatz aztertzen ditu. Lehen multzoan, kontratazio publikoaren inguruko neurrienean, genero-ikuspegia eta emakume eta gizonezkoen arteko aukera-berdintasuna ebaluatzen ditu eta horiek barneratzeko eskatzen die administrazio publikoekin kontratuak egiten dituzten enpresei. Bigarren multzoan, funtzio publikoan lanpostua lortzearekin eta sustapena bultzatzearekin erlazionatutako neurriei dagokienean, ekintza positiboa (lehentasun-klausula) proposatzen da emakumeak oraindik ordezkartza nahikoa ez duen sektoreei begira. Egilearen ustez, neurri horiek eztabaida sortzen dute, batzuetan legeari kontrajartzen zaizkiolako eta, besteetan, ideologiaren baten aurka dagoelako. Laburbilduz, beraz, artikuluak, lehendabizi, sortzen diren oztopoak aztertzen ditu eta gaur egungo lan-merkatuaren testuinguruan jartzen ditu; ondoren, diskriminazio positiboaren kontzeptua azaldu eta hori justifikatzen saiatzen da; horrez gain, kontratazio publikoan gizarte-ikuspegia sustatu behar dela defendatzen du; eta, amaitzeko, arestian aipatutako neurriak indarreko legeekin bat datorren edo ez aztertzen du.*

■ *Law no. 4/2005, passed by the Basque Parliament on February 18 for the equality of men and women, establishes, among other measures, certain employment proposals. The article analyses in detail two of those above-mentioned groups of measures. As far as the first one is concerned, which includes measures related to public engagement, the article assesses the gender perspective and the equality of opportunities between men and women, and requires for business companies engaged by public administrations to implement them. As regards the second group, in which measures concerning access and promotion in public office, this short study proposes to carry out positive action (priority clause) within those fields in which women are still under representation. According to the author, all those measures give rise to controversy, legal contrapositions, as well as ideological discrepancies. In short, the article first focuses on the objections arisen and sets them in the context of the present labour market; after that, it outlines the concept of, and justification of, positive discrimination; it then promotes the inclusion of the social approach in public engagement; and, finally, it analyses whether the above-mentioned measures are in accord with the laws in force.*

1. Introducción

El principio de igualdad entre mujeres y hombres, así como la expresa prohibición de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, han sido recogidos con profusión legislativa en dispares ámbitos territoriales y competenciales. Al respecto baste citar la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, la Constitución Española de 1978, el Estatuto de Autonomía de Euskadi en 1980, ó los sucesivos Tratados Comunitarios —en especial el Tratado de Amsterdam de 1999—.

Estas declaraciones de principios pueden suponer tal vez un punto de partida o responder a momentos incipientes en la consecución de derechos sociales, pero en ocasiones los textos normativos conocen enardecidos preámbulos con proclamas igualitarias sin que ello se concrete en derechos y deberes, ni se traduzca en una igualdad de oportunidades efectiva.

Ciñéndonos al mercado laboral, los datos demuestran con tozudez que el camino por recorrer es aún accidentado y con cambios de rasante, ¿avanzamos? sí, sólo faltaba, pero no de acuerdo con las necesidades ni con la contundencia precisa. Aún hay quien suele recordar —como apaciguando los ánimos— que hasta 1975 la autorización del marido era necesaria para que la mujer pudiera trabajar, pero no puede valernos el dicho italiano «chi va piano, va sano e lontano», estamos hablando de un derecho fundamental, en consecuencia es responsabilidad de los poderes públicos arbitrar las medidas y establecer las condiciones para que esta igualdad sea efectiva y lo sea ya, los derechos no son expectativas de tales ni vales canjeables para dentro de una década.

La Ley 4/2005, de 18 febrero, de Igualdad de Mujeres y Hombres aprobada por el Parlamento Vasco establece una serie de medidas cuya efectividad comprobaremos con el tiempo, pero cuyo articulado es desde luego plausible. Entre ellas, se recogen diversas propuestas en materia de empleo, y nos centraremos en dos de ellas, por su importancia, innovación y potencial alcance:

- Las primeras, respecto a la contratación pública, evaluando y exigiendo la perspectiva de género y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a aquellas empresas que contraten con las administraciones públicas.
- Las segundas, referidas al acceso y promoción en la función pública estableciendo una acción positiva (cláusula de preferencia) en aquellos sectores en los que la mujer se encuentra infrarrepresentada.

Estas medidas —en honor a la verdad— acarrearán cierta polémica, ora contraposiciones jurídicas, ora discrepancias ideológicas. En el presente texto trataremos de abordar las objeciones que suscitan; contextualizarlas en el actual mercado laboral; esbozar el concepto y justificación de la discriminación positiva; promover el enfoque social en la contratación pública; y analizar su concordancia (o no) de las mismas a la legalidad vigente.

2. Realidad del empleo femenino

Resulta necesario (y desgraciado) recordar con brevedad algunos datos:

- La tasa de paro femenina² en el Estado Español es del 12,22% (10,43% en la Comunidad Autónoma Vasca) frente al 7,29% masculina (5,47% en CAV): cinco puntos diferenciales.
- La tasa de actividad femenina³ es de 46,49% en el estado (46,96% en la CAV) frente al 68,71% masculina (67,37% en CAV). ¡Más de veinte puntos porcentuales de brecha! Recordemos que en marzo de 2000, el Consejo Europeo de Lisboa fijó como objetivo que la tasa de empleo femenino europea llegase al 60% en el 2010.
- La diferencia salarial⁴ (la debida a diferencias en variables tales como experiencia, nivel educativo, tipo de contrato; antigüedad y tamaño de la empresa, ámbito del convenio, sector de actividad y tipo de ocupación) es del 30,7%, es decir que tomando como base el salario bruto medio por hora las mujeres ganan un 30,7% menos que los hombres.
- La diferencia salarial⁵ entre mujeres y hombres con similares características respecto a los factores antedichos es de 18,22 puntos porcentuales.
- Las mujeres suponen⁶ el 77% de las personas que trabajan en la economía sumergida, sin contrato, carentes de derechos laborales, con la peor consideración social y más baja remuneración.

² Fuente: Elaboración del Instituto de la Mujer a partir de la Encuesta de Población Activa (INE). Datos del segundo trimestre de 2005.

³ Idem anterior.

⁴ Fuente: Ricardo Aláez Aller, Miren Ullibarri Arce. Discriminación Salarial por sexo: Un análisis del sector privado y sus diferencias regionales en España. 1999. Universidad Pública de Navarra. Departamento de Economía.

⁵ Idem anterior.

⁶ Fuente: UGT, Secretaría de Mujer.

- Del total de contratos a tiempo parcial que se realizan en la CAV, más de dos tercios corresponden a mujeres, lo que se traduce en temporalidad y precariedad. En el conjunto del estado sólo un 3% de los hombres tiene un trabajo a tiempo parcial, frente al 18% de las mujeres
- El 67% de las personas que buscan su primer empleo⁷ son mujeres.
- El desempleo de muy larga duración⁸ (más de dos años en situación de desempleo) está compuesto por mujeres en un 75%.

Resumiendo, diremos que las mujeres trabajan en menor número por menos salario, en peores puestos y en peores y más precarias condiciones. Abundando podríamos continuar con la dificultad (¿imposibilidad?, ¿heroicidad?) de conciliación entre la vida familiar y personal con la laboral, con el acoso sexual en el trabajo, con la subrepresentación en sectores cualificados, con la inferior formación y la escasa existencia de formación continua, con la división sexual del trabajo o con el porcentaje de mujeres en puestos directivos y de responsabilidad.

Con este panorama resulta obvio que las políticas públicas son inadecuadas para lograr la incorporación de las mujeres al mercado laboral y la inexistencia de una verdadera igualdad de oportunidades, lo que resulta más llamativo aún en comparación al entorno con mayor semejanza socioeconómica (Unión Europea de los Quince, previa a la ampliación) donde nos hallamos a la cola en la mayoría se estadísticas relativas al empleo femenino.

El consuelo debemos encontrarlo en los ejemplos y buenas prácticas que pueden transferirse y aplicarse, para lo cual resultará necesario un profundo cambio en la mentalidad no sólo empresarial sino del conjunto social, el incremento de presupuestos públicos destinados al efecto, el enfoque *gender budgeting* (integración de la perspectiva de género en los presupuestos), cambios normativos, y por supuesto las políticas de acción positiva que a continuación se analizan.

3. ¿Acción positiva o discriminación positiva?

Se sitúa el nacimiento de la acción positiva en 1964 cuando en Estados Unidos de América se aprueba la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act), aplicable inicialmente sólo a las personas de raza negra.

⁷ Idem anterior.

⁸ Fuente: Instituto Nacional de Empleo. Año 2004.

Si bien en 1961 el gobierno de John F. Kennedy requirió a las empresas que contrataban con el Gobierno Federal para que adoptasen medidas internas en favor de las minorías, es en 1965 el presidente Lyndon Johnson quien introdujo además el concepto de «igualdad en los resultados», sosteniendo que la simple igualación de derechos resultaba insuficiente para concurrir en igualdad de condiciones a quienes parten de una situación de evidente desventaja, en este caso la minoría negra. Por ello las empresas que tuvieran más de cincuenta empleados, si querían seguir contratando con el gobierno debían crear planes de acción positiva que dieran como resultado —y éste es el término clave— la contratación de un cierto número de personas pertenecientes a minorías. La administración Nixon continuó con esta política, respaldada por la Corte Suprema⁹.

Resulta interesante la evolución, puesto que se pasa de una exigencia indeterminada a otra concreta y cuantificada, lo que en verdad la convierte en efectiva. Curioso, algo parecido a lo que la Ley Vasca de Igualdad recoge cuarenta años después, sólo que referido ahora a otro colectivo discriminado, el de las mujeres. Y lógico, la igualdad de las condiciones no garantiza la igualdad de los resultados, en cuyo caso deben arbitrarse acciones positivas específicas y, ¿por qué no? exigirse no sólo acciones sino resultados.

Las medidas introducidas por la Ley 4/2005 para mejorar el empleo de las mujeres suscitan discrepancias, lo que sucede con todas aquellas políticas en relación con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Recordemos, por ejemplo, las reacciones a la introducción de cuotas en las listas electorales, cómo la Real Academia de la Lengua pone el grito en el diccionario con la sola mención del lenguaje de género, o cómo jueces y partidos recurren ante el Tribunal Constitucional la Ley Integral contra la Violencia de Género. Ladrán con fuerza, será que cabalgamos.

Las posturas no están únicamente sesgadas por el sexo, sino por otros factores —ideológicos o económicos básicamente— y en ocasiones las voces discrepantes provienen de mujeres: Elisabeth Badinter¹⁰ rechaza que por la vía de la paridad se consiga la igualdad. «Magda Salarich¹¹, Rosa García¹² o Amparo Moraleda¹³, son enemigas de ideas como la discriminación positiva e incluso eliminan de su

⁹ Documentado con un artículo de Raquel Osborne. Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad. 1997.

¹⁰ Elisabeth Badinter (1944) es catedrática de Filosofía en la Escuela Politécnica de París y discípula de Simone de Beauvoir. Es conocida por sus trabajos en relación con la historia de las mujeres, y por sus estudios del movimiento feminista.

¹¹ Directora general de Citroën Hispania, cargo que comparte con la Dirección de Marketing Comercial de Europa en Automóviles Citroën.

¹² Directora General de Microsoft España.

¹³ Presidenta de IBM para España, Portugal, Grecia, Israel y Turquía

vocabulario los términos hombres y mujeres, que prefieren sustituir por el de personas»¹⁴. Amparo Moraleda¹⁵ —por ejemplo— se declara «contraria a la vía de la discriminación positiva para integrar a la mujer en la sociedad moderna, ya que es algo que al final se nos volverá en contra».

No opino, me limito a transcribir la diversidad de opiniones, como así pensaba hacer con algunos comentarios que circulan en foros de internet en contra de la discriminación positiva, pero lo más suave que puede leerse es que «la discriminación positiva es el fracaso del feminismo», o que «si hombres y mujeres fuéramos iguales en capacidades no sería preciso fomentar la igualdad de oportunidades». Evidentemente cualquier persona que no viva en las cavernas, comprenda el origen y la realidad de las diferentes formas de discriminación, asuma las desigualdades provocadas por la sociedad patriarcal y posea un mínimo sentido de justicia social le repugnarán semejantes exabruptos —que no razonamientos— pero en cualquier caso es mejor no ignorar una parte de la realidad, sino contrarrestarla con datos y argumentos.

Por ello es preciso que aclaremos parte de la terminología y formular su justificación jurídica y social. La Comisión Europea recoge un glosario de términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres, con cerca de cien palabras¹⁶: paridad, igualdad de trato, igualdad de oportunidades, discriminación directa e indirecta, igualdad formal, discriminación inversa, igualdad real, igualdad legal, acciones positivas, acciones diferenciadoras, medidas compensatorias, y un largo etcétera.

Se conoce como Discriminación Positiva a aquellas medidas dirigidas a un grupo determinado, con las que se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes, aunque ello suponga una ventaja respecto a otro grupo social¹⁷. La cuestión estriba en dilucidar si esta ventaja supone una discriminación para otro grupo social o para personas concretas y si existiendo esta ventaja es o no legal.

Se diferencia la discriminación positiva del concepto más amplio —del que forma parte— de «Acción Positiva», en que ésta trata de garantizar la igualdad de oportunidades en el punto de partida o en la propia «carrera» (eliminando los obstáculos), mientras que la discriminación positiva afecta al «punto de llegada», y persigue y garantiza un resultado concreto. Así la discriminación positiva se encamina a privilegiar a los o las integrantes de un grupo desfavorecido (en situa-

¹⁴ Magazine de El Mundo. Domingo 3 de agosto de 2003. Las tres citadas aparecen en una relación entre las 25 mujeres más poderosas de España.

¹⁵ Declaraciones el 11 de octubre de 2005 ante un centenar de empresarios y altos directivos andaluces en un foro sobre la Responsabilidad Social de las Empresas.

¹⁶ Extraído de un artículo de Carmen Pujol Algans.

¹⁷ Guía Europa de perspectiva de género.

ción de «discriminación adversa») y al hacerlo se perjudica a otras personas (lo que no ocurre con otras medidas de Acción Positiva).

Siguiendo esta diferenciación conceptual, una medida de acción positiva en el mercado laboral es la orientación laboral o la formación específica y restringida a mujeres, lo que no garantiza su posterior colocación ni tampoco perjudica a ningún grupo social. Sin embargo la discriminación positiva puede por ejemplo exigir que los puestos de jardinería del Ayuntamiento estén compuestos al 50% por mujeres, lo que sí garantiza la consecución del objetivo perseguido pero puede perjudicar de manera directa a los hombres aspirantes a dichos puestos.

Algunas expertas en materia de igualdad de oportunidades como Teresa Pérez del Río, distinguen ambos conceptos siendo la discriminación positiva un tipo de acción positiva. Otras, como Irene Natividad, Presidenta de la Cumbre Mundial de Mujeres, reconocen que no les gusta hablar de discriminación aunque sea positiva por las connotaciones negativas que conlleva y su mala aceptación social.

Sin lugar a dudas asumo esta posición y la brillante argumentación de María Ángeles Barrére: «sería conveniente evitar contaminar cierto tipo de acción positiva», para lo que propone «prescindir del término y sustituirlo por denominaciones estrictamente descriptivas, debido al significado que el término discriminar (aunque sea positivamente) tiene en la cultura jurídica y en el marco de un Derecho Antidiscriminatorio (con connotaciones peyorativas, siendo sinónimo de parcialidad, prejuicio, favoritismo, fanatismo e intolerancia)»¹⁸.

En todo caso, la acción positiva en su variada tipología, ha sido ya recogida por la jurisprudencia de manera indubitada, admitiendo así su uso legislativo. Veamos algunas sentencias:

«La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del artículo 9.2 de la Constitución, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer». (STC 3/1993).

El Tribunal Constitucional en sentencias 128/1987 de 16 de julio y 5 de mayo de 1983 determinó que: «el principio de igualdad permite el tratamiento desigual ante situaciones de hecho desiguales» y «la actuación de los poderes públicos para poner remedio a la situación de determinados grupos sociales en innegable desventaja en el ámbito laboral no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad».

¹⁸ María Ángeles Barrere. Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la UPV/EHU. Ponencia titulada «La Acción Positiva. Análisis del Concepto y Propuestas de Revisión».

El propio Tribunal Constitucional, en sentencia 128/1987, de 16 de julio, y en otras posteriores (por ejemplo, sentencia 16/1995), no sólo apoya la legitimidad plena de las medidas de acción positiva, sino que mantiene que podrían considerarse incluso exigibles para lograr las condiciones de igualdad que propugna el artículo 9.2 CE.

Así lo ha reiterado igualmente la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo:

«No toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación ya que el alcance de la igualdad ante la Ley no impone un tratamiento igualitario absoluto¹⁹».

«La infracción del principio de igualdad sólo se da ante situaciones iguales, pero no cuando exista una justificación objetiva y razonable de la desigualdad²⁰».

«A supuestos iguales les corresponden consecuencias jurídicas también iguales, pero no toda desigualdad de trato legislativo respecto de la regulación de una determinada materia supone la infracción del principio de igualdad, sino tan solo las que no posean una cualificación objetiva y razonable para ello, lo que prohíbe el principio de igualdad, son desigualdades que puedan calificarse de artificiosas, arbitrarias o injustificables²¹».

«La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo, han señalado respecto del principio de igualdad: «a) Que se configura como un derecho subjetivo de los ciudadanos a recibir un trato igual; b) Que la igualdad no puede valorarse en abstracto, pues ha de entenderse y enjuiciarse siempre en función de las circunstancias que concurran en cada caso concreto, por lo que su aplicación requiere siempre una operación de comparación, pues se trata de un derecho-principio de carácter relativo; y c) Que la igualdad encierra prohibición de discriminación, pero esta prohibición no es absoluta e incondicionada, pues rige la prohibición para situaciones iguales, no actuando sin embargo, cuando entre los términos de la comparación existen elementos diferenciales, que permiten y aún postulan un trato discriminado basado en motivos objetivos, es decir, una justificación racional o jurídica suficiente²²».

Y ya por último, no ofreciendo ninguna duda al respecto²³: «La actuación de los poderes públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados».

¹⁹ Sentencia 25 de abril de 1988. Marginal Aranzadi: RJ 1988/5561.

²⁰ Sentencia 9 de noviembre de 1992. Marginal Aranzadi: RJ 1993/1130.

²¹ STS de 7 de julio de 1997. Marginal Aranzadi: RJ 1997/6313

²² Sentencia de 24 de enero de 1997. Marginal Aranzadi RJ 1997/349.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 1997.

gados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando se establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas. Desde esta perspectiva, las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadores que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él no podrán considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes».

Resulta evidente que el juego justo necesita reglas de juego y la acción positiva no significa establecer privilegios, sino orientar programas y políticas al servicio de la comunidad, de las personas y de los sectores vulnerables. La histórica persistencia de la desigualdad entre hombres y mujeres y su reconocimiento por parte de los poderes públicos ha ido dando lugar a un marco normativo referencial que ampara la puesta en marcha de medidas de Acción Positiva.

- A nivel Internacional, el primer instrumento jurídico en que se recoge la estrategia de Acción Positiva es la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 18-12-1979).
- En la Unión Europea se han ido desarrollando normas específicas con cierta controversia, que se atajaron finalmente con el Tratado de Ámsterdam, al elevar al rango de Tratado la norma que antes provocaba la excepción al principio de igual trato, —art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE—, pues aunque con el Tratado no se incorpora un mandato expreso de discriminación positiva, sí reconoce su compatibilidad con el principio de igualdad formal recogido en el mismo. «Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales». (Art. 141.4 del Tratado de la Unión Europea). Merece la pena destacar además los siguientes aspectos que han sido objeto de legislación comunitaria:
 - Igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras (Directiva 75/117/CEE).
 - Igualdad de trato en el acceso al empleo y la formación, valorando incluso la discriminación positiva (Directiva 76/207/CEE).
 - Conciliación entre vida profesional y familiar: concesión del permiso parental y, tras su finalización, derecho del trabajador a su reincorporación (Directiva 96/34/CE).

- Participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de toma de decisión (Recomendación del Consejo, de 2 de diciembre de 1996).
- La «carga de la prueba» en los casos de discriminación basada en el sexo, por la que corresponde a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de igualdad (Directiva 97/80/CE).
- Participación equilibrada de mujeres y hombres en la actividad profesional y en la vida familiar (Resolución del Consejo y de los ministros de trabajo y asuntos sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000).
- Lucha contra la discriminación directa o indirecta de las mujeres, la incitación a la misma, o el acoso y acoso sexual en el lugar de trabajo y fuera de él (Directiva del Consejo, de 5 de noviembre de 2003).

En el Estado Español, la compatibilidad de la Acción Positiva con el ordenamiento jurídico deriva del contenido del artículo 14 de la Constitución, que recoge el principio de no discriminación.

Especialmente destacable es la reciente Orden Ministerial de Presidencia 525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, entre las cuales se hallan varias muy claras de acción positiva como introducir criterios de contratación con la que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursan; que los órganos de selección de personal tengan composición paritaria; instrumentos para favorecer el acceso de la mujer a puestos de responsabilidad; o la reserva de al menos un cinco por ciento para el acceso a aquellas ocupaciones de carácter público con baja representación femenina.

En la Comunidad Autónoma Vasca, el Estatuto de Autonomía en su artículo 9.2. que se completa con el 10, recoge como competencia exclusiva la materia 39: Desarrollo comunitario. Condición femenina. Junto a él, cabe destacar la Ley 2/1988, de 5 de Febrero, que supuso la creación de Emakunde, organismo autónomo destinado a promover las condiciones que faciliten igualdad entre los sexos y la remoción de los obstáculos que impidan su plenitud de hecho y derecho.

Así pues, la acción positiva consiste en medidas temporales dirigidas a erradicar o mitigar una situación de desigualdad estructural preexistente. En muchos casos no suponen desigualdad para nadie, en otros implican una desventaja para un grupo social pero ésta aparece diluida al no perjudicar a nadie con nombre y apellidos, por último hay veces que la desventaja es individualizada y afecta a una persona concreta. Para estos casos tanto la jurisprudencia como la legislación han establecido salvaguardas y condiciones que luego veremos.

Como toma de postura deseo indicar que en mi opinión debe admitirse la acción positiva incluso en aquellos casos que una persona concreta o un grupo social

se ven perjudicados, ya que son necesarias y debe compensarse la balanza respecto a la discriminación contra las mujeres. Consideremos además que la denominada discriminación positiva sólo es aplicable en muy pocos ámbitos —como la contratación—, pero pensemos qué ocurriría si la exigiésemos en sentido contrario: por ejemplo que el 50% de los empleos temporales sean para hombres, al igual que el tiempo dedicado a las tareas domésticas, o el reparto salarial.

4. Contratación pública y cláusulas sociales

Retomando la Ley Vasca de Igualdad, vamos a centrarnos en las cláusulas sociales para las licitaciones públicas, en relación con las empresas que desean contratar con las Administraciones Públicas. Para ello analizaremos varios aspectos de la contratación pública y otros ámbitos de aplicación de cláusulas sociales.

4.1. Definición

Una cláusula supone el establecimiento de pactos, disposiciones o condiciones que rigen el contenido de una relación contractual. En la acepción a la que nos ocupa, las Cláusulas Sociales, pueden definirse como la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución).

Son muchos los aspectos de política social que pudieran considerarse: seguridad y salud laboral, estabilidad en el empleo, protección del medioambiente, promoción de empleo para personas en situación de exclusión social o de personas con discapacidad, etcétera. Aquí trataremos la perspectiva de género y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres con el objetivo de facilitar su incorporación sociolaboral.

4.2. La Contratación Pública

Una pluralidad de estudios y estadísticas cifran la importancia de la contratación pública, calculando que las licitaciones públicas del conjunto de las Administraciones (Europea, Estatal, Autonómica y Local) suponen entre el 12% y el 15% del Producto Interior Bruto (según las fuentes). Es decir que la contratación de obras, servicios, suministros y asistencia técnica supone un volumen dinerario que en la Unión Europea supera el billón de euros y en el estado español supone unos noventa mil millones de euros anuales.

Evidenciado el papel de la Administración Pública como un agente económico de primer orden y resaltada la importancia del presupuesto público

aplicado a la contratación, es necesario analizar la forma en que ésta se realiza y sugerir la mejora de los criterios de adjudicación y ejecución, abordando la introducción de cláusulas sociales en la licitación pública, con la inclusión de la perspectiva de género y promoviendo el empleo femenino.

Tradicionalmente la contratación pública utilizó la subasta como único sistema de adjudicación, donde el único factor a valorar era el precio. Fue preciso que se constataste la evidencia popular de que lo barato es caro, para que surgiese la figura del concurso, optándose por la oferta más ventajosa sin atender exclusivamente al precio. Con sarcasmo, indica Ion Ander Pérez Ilzarbe²⁴ que «a finales del XIX la política de ahorro a ultranza de recursos públicos no sólo condujo a la desatención de sectores necesitados, sino también al envío a Cuba de una escuadra cuyos acorazados eran de madera y materiales de bajo coste, y cuyo buque insignia se ganó el apodo de «El Espontáneo», cuando estuvo a punto de hundirse a causa de defectos materiales al deslizarse sorpresivamente al agua en una «autobotadura» ocurrida días después de la fallida botadura oficial». Tras ello —y hablamos de 1898— empezó a ganar terreno la noción que en la contratación pública lo más económico no es siempre lo mejor, desarrollándose el concurso frente a la subasta.

Actualmente debemos volver a replantear los criterios y principios por los que se rigen las licitaciones públicas, pensemos en las consecuencias directas e indirectas que están provocando en algunos casos las administraciones en la adjudicación de sus contratos al primar el precio por encima de cualquier otro factor: ¿no se está produciendo una merma en la calidad de los servicios públicos? ¿no hay acaso contrata públicas que generan empleo precario, mal pagado, en absoluto paritario, e insensible al medioambiente?

El objetivo de introducir criterios sociales y concretamente la perspectiva de género en la contratación pública es triple:

- Transformar políticas asistenciales y pasivas por otras productivas y activas.
- Avanzar hacia una corresponsabilidad social entre administraciones públicas, agentes sociales y el sector económico privado, involucrando a este último en la consecución de derechos fundamentales.
- Facilitar la sostenibilidad de las políticas de inserción laboral de mujeres, persiguiendo la obtención concreta de resultados y procurando la efectividad de otras acciones que actúan sobre la discriminación en el origen.

²⁴ Ponencia de la Jornada «La contratación pública como instrumento de inserción sociolaboral», celebrada en Pamplona el 15 de noviembre de 2000 y organizada por la Red Navarra de Lucha contra la Pobreza.

4.3. Principios rectores de la contratación e interés público

Por tanto, el enfoque se centra en que la contratación pública comporte y persiga además un beneficio social, concretando el principio de que la intervención pública tiene responsabilidades sociales con independencia de su ámbito y propugnando la consecución de objetivos sociales de modo transversal en el marco de sus intervenciones. Es decir, contratar el suministro de los bancos del parque no parece tener trascendencia social, pero en realidad puede y debe conseguirla si en la adjudicación se tiene en cuenta si la madera cuenta con certificado medioambiental o las condiciones laborales de la empresa que los produce.

El planteamiento sugiere que la contratación pública se basa actualmente en unos criterios objetivos (condiciones técnicas y precio) y la salvaguarda de unos principios (libre concurrencia y publicidad), mientras se obvian otros criterios objetivos (por ejemplo remuneración, composición de plantilla o estabilidad laboral) y no se toman en cuenta principios más importantes de carácter social y antidiscriminatorio.

Conjugar unos y otros, lejos de resultar incompatible es racional, eficaz, sinérgico e incluso rentable. Consideramos por lo tanto la responsabilidad de las distintas administraciones en atender a aquéllas personas con dificultad de acceso al mercado laboral y la conveniencia de abordar la contratación pública desde una postura más ambiciosa que la meramente garantista, siendo una obligación inherente y exigible a todo estado social de derecho. Para ello las diversas administraciones no sólo han de salvaguardar los derechos ciudadanos, sino colocarse en posiciones activas e innovadoras en favor de las personas discriminadas del mercado laboral, en un contexto autonómico, estatal y europeo que comparten idéntico objetivo prioritario en la lucha contra el desempleo femenino.

El artículo primero de la Constitución de 1978 indica que estamos en un Estado social de Derecho, y en lo relativo a los principios rectores de la política social y económica, indica el artículo 40 que:

«Los poderes públicos promoverán las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta personal más equitativa. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo».

Es pues una obligación de las políticas públicas legislar e interpretar la legislación conforme a estos principios.

«La contratación administrativa se halla sujeta al interés público. Este interés público, hasta ahora, sólo se ha considerado en relación con el objeto directo del contrato, es decir, con la obra, la prestación del servicio o el suministro que constituyen las concretas obligaciones que el contratista se compromete a realizar. El valor interpretativo de los principios rectores tiene aquí el sentido de introducir en la figura del contrato administrativo otros intereses públicos que trascienden el objeto directo de cada contrato indivi-

dualmente considerado. Se trata de concebir la contratación administrativa, gracias a la inclusión de cláusulas sociales, como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales. Los principios rectores obligan a integrar la contratación administrativa con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos²⁵».

Así lo indica también la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997:

«La Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público».

4.4. Ejemplos de Cláusulas Sociales

Tanto la Ley 4/2005 para la Igualdad de Mujeres y Hombres, como la Orden Ministerial de Presidencia 525/2005, de 7 de marzo, han introducido recientemente la perspectiva de género en la contratación pública. No obstante las cláusulas sociales llevan durante largo tiempo abriéndose paso en las licitaciones públicas y en la legislación de contratos, vamos a ver algunos ejemplos que pueden resultar no sólo ilustrativos, sino también esclarecedores de su legalidad.

- PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR

Artículo 20.d) del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

«En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

d) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave ... en materia profesional o de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, o en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, sobre prevención de riesgos laborales.»

La normativa común ha introducido cláusulas sociales referidas a la seguridad y salud en el trabajo y la integración laboral de minusválidos como bienes jurídicos merecedores de la máxima protección y rigor, al establecer como prohibición taxativa de contratar con la administración en caso de vulnerar la normativa.

²⁵ Extracto del artículo de Maravillas Espín Sáez y Eduardo Melero Alonso para el número 1, de enero de 1999, de la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, en relación al Informe de 11 de enero de 1999, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre el escrito de la Comisión Europea acerca de determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones de las licitaciones llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid.

- PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Con el objeto de fomentar la contratación estable, el Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, señala en su artículo 196.3, refiriéndose a los contratos de servicios:

«No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal, salvo el supuesto expresado en el párrafo e)²⁶ y sólo cuando se precise la puesta a disposición de la Administración de personal con carácter eventual».

- PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISMI), aprobó la obligación de contratación de personas con minusvalía en las empresas con más de cincuenta trabajadores en su artículo 38.1:

«Las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla».

Por otra parte, el artículo 62.8. de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, señala:

«Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general entre los criterios de adjudicación en los contratos de gestión de servicios públicos, el de integración laboral de personas con discapacidades, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas, que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número superior al 3 por 100 de la misma con gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental.»

Se trata de dos ejemplos que guardan absoluta relación conceptual con los apartados de la Ley Vasca de Igualdad que estamos tratando, por un lado se obliga a todas las empresas públicas y privadas a contratar a un porcentaje de personas con discapacidad, por el otro —en la ley navarra— se obliga a que todas las licitaciones puntúen a aquellas empresas que compongan su plantilla en más del 3% con personas discapacitadas.

- ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Artículo 62.7 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra:

²⁶ Realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

«Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas, que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número de eventuales no superior al 10 por 100.»

Igualmente, el Acuerdo de la Comunidad Autónoma de Madrid de 18 de junio de 1998, establece de forma obligatoria en los pliegos de condiciones cláusulas relativas a la estabilidad en el empleo:

«En la contratación de obras, servicios y suministros, se establecerá como criterio preferente la creación de empleo estable en la obra o servicio contratado, valorando igualmente la estabilidad de la plantilla de la empresa concursante, de manera que se priorice a aquéllas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos. Por todos estos criterios, vinculados a la estabilidad en el empleo, los pliegos de condiciones incorporarán cláusulas de las que resulte una puntuación del 20 por 100 del total de la baremación.»

Nos encontramos de nuevo ante una valoración sobre la composición de la plantilla de la empresa que concursa (sean mujeres, trabajadores/as indefinidos/as, o personas con discapacidad). Aquí el objetivo es primar la contratación estable y combatir el trabajo precario, valorando obligatoriamente el porcentaje de plantilla indefinida de las empresas.

La crítica a ambas es que resultan incompletas, la ley navarra no indica el peso porcentual que se otorga sobre el total del concurso y el acuerdo madrileño no indica qué porcentaje de plantilla indefinida se considera digna de valoración. Esta indefinición convierte a la norma en papel mojado, lo que debemos tener muy en cuenta con la Ley Vasca de Igualdad. Adviértase además que es importante establecer que su inclusión es obligatoria en todas las licitaciones que se realicen.

- **CONTRATACIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL**

En Navarra, la Orden Foral 26/2000, de 27 de marzo de 2000, del Consejero de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se aprueban los criterios para la adjudicación mediante concurso de las obras y equipamientos del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, indica en su apartado 2º lo siguiente:

«Para la selección del adjudicatario se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

C) Cláusulas sociales: Un máximo de 3 puntos. Se otorgarán tres puntos a aquellos licitadores o empresas licitadoras que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla, con más de tres meses de antigüedad, a un mínimo de un 2% de trabajadores a jornada completa, o su equivalente en jornadas parciales, que se

encuentren integrados en programas de incorporación socio-laboral o que habitualmente subcontraten servicios con centros y empresas cuyo objetivo principal sea la incorporación de los colectivos excluidos».

- PREFERENCIA O DESEMPATE PARA ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO

Disposición Adicional Octava del Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas:

«Contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos y con entidades sin ánimo de lucro.

1. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 %, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

2. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.»

La disposición transcrita establece un criterio de preferencia a favor de entidades sin ánimo de lucro o que contraten a personas con discapacidades. Guarda cierta semejanza —en cuanto a términos— con la Ley Vasca de Igualdad, cuyo artículo 20.4 señala que los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir una cláusula por la que, en caso de existir igualdad de capacitación, se dé prioridad a las mujeres.

Me refiero a la semejanza debido a la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados como son la preferencia o la prioridad, ya que en una legislación de contratos debe hablarse de puntos, porcentajes, cuotas o ponderaciones numéricas, pero estos términos imprecisos e inconcretos no se traducen jamás en resultados prácticos. En una licitación pública el empate es casi imposible (se valoran décimas y centésimas, y debe tenerse en cuenta la discrecionalidad de que gozan los tribunales y mesas de contratación), dudo que exista un solo caso que dicha cláusula de desempate haya llegado a dirimir una contratación.

• CLÁUSULAS MEDIOAMBIENTALES

La Orden de la Ministra de Medio Ambiente²⁷, de 14 de octubre de 1997, fijó los criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen en la contratación del Ministerio de Medio Ambiente, con el objeto de incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen.

El criterio medioambiental se encuentra ya incorporado en la normativa de contratos, tras un largo período de discusión doctrinal y jurídica. Sirvan de referencia la «Comunicación Interpretativa de la Comisión, COM (2001) 274 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública»; así como la «Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios».

• COMERCIO JUSTO

Carece de regulación específica pero fruto de la sensibilidad social y la progresiva incorporación de criterios sociales en la contratación pública, cabe señalar algunas experiencias municipales de concursos públicos para el suministro de productos alimenticios (sobre todo café, como el Ayuntamiento de Barcelona y la Universidad Autónoma de Barcelona) y productos textiles en base a criterios sociales, éticos y solidarios, exigiendo en algunos casos contar con la certificación FLO (Fairtrade Labelling Organizations), una etiqueta que ya figura en los productos que se venden en países como Holanda, Francia, Reino Unido, Alemania o Canadá y garantiza que un artículo ha sido elaborado en condiciones de trabajo dignas para sus trabajadoras y trabajadores.

5. Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.

Análisis jurídico-legal

5.1. Texto Legal

Ley 4/2005, de 18 febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, en su Artículo 20. Medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad.

«2. Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, **las administraciones públicas vascas**²⁸, en la normativa que regula las subvenciones y en los supuestos en

²⁷ Boletín Oficial del Estado núm. 259, de 29 de octubre de 1997.

²⁸ Las negritas no figuran en el texto, valga su uso para resaltar las partes más significadas.

que así lo permita la legislación de contratos, **incluirán entre los criterios de adjudicación uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada y en el proyecto o actividad subvencionada. En los mismos supuestos, entre los criterios de valoración de la capacidad técnica de los candidatos o licitadores y, en su caso, entre los requisitos que deberán reunir los beneficiarios de subvenciones, valorarán la trayectoria de los mismos en el desarrollo de políticas o actuaciones dirigidas a la igualdad de mujeres y hombres.**

Asimismo, con sujeción a la legislación de contratos y a lo previsto en el apartado siguiente, **se contemplará, como condición de ejecución del contrato, la obligación del adjudicatario de aplicar, al realizar la prestación, medidas tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres.»**

«4. Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, **las normas que regulen los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir:**

a) Una cláusula por la que, **en caso de existir igualdad de capacitación, se dé prioridad a las mujeres en aquellos cuerpos, escalas, niveles y categorías de la Administración en los que la representación de éstas sea inferior al 40%, salvo que concurran en el otro candidato motivos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida,** como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para el acceso y promoción en el empleo.»

Haciendo una valoración general, hay que realizar alguna crítica:

- En primer lugar respecto a su entrada en vigor, ya que la Disposición Final Decimotercera establece una excepción, indicando que los artículos 19 a 22 entrarán en vigor un año después de su publicación.
- En realidad el artículo 20 está planteado como un mandato, pero sin concreción ni ponderación determinada en las licitaciones. El segundo borrador imponía un porcentaje del 10% de los baremos para las adjudicaciones, que ha desaparecido en la Ley definitiva. La plataforma feminista²⁹ defendía ese tipo de medida, pero al final no hay ninguna garantía concreta en la Ley sobre el peso que tendrá ese criterio en la adjudicación de los contratos.
- Por último peca de tibieza, se moja los pies guardando la ropa al subordinar los criterios de igualdad a lo que permita la legislación de contratos y parece que introduce con miedo los criterios sociales en la licitación —ello cuando la legalidad de estas medidas es manifiesta— dando un año de plazo para su implantación, como si estuviera esperando la reacción social para seguir adelante. Habrá que ver hasta donde se quiere llegar, de momento ha dejado el texto de la Ley suficientemente abierto como para que quede en mucho o en nada.

²⁹ Isabel Otxoa. El juego de las leyes. (*Hika*, número 165, abril de 2005).

En todo caso se trata de tres interesantes posibilidades de introducción de la perspectiva de género en la contratación pública y en las distintas fases de la licitación, por lo que aún estando a la espera de su concreción y desarrollo hay que valorar su regulación positivamente.

5.2. Contextualización jurídica

5.2.1. *Normativa de referencia*

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP en lo sucesivo).

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Norma de máximo rango y a la que debe adaptarse la legislación de contratos de los estados miembros de la Unión Europea.

Además por su indudable valor, referiremos la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos.

5.2.2. *El objeto del contrato*

¿Puede incluirse la perspectiva de género en el objeto de un contrato administrativo? Por supuesto, ya que como indica el artículo 4.º de la LCAP:

«La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.»

Por tanto, la respuesta no sólo es que se puede, sino que además se debe, ya que en caso de no incluirse puede invalidar todo el proceso de licitación, como indica el artículo 13 de la LCAP:

«el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación».

Los fines sociales del servicio público vienen determinados por las competencias en materia de servicios sociales asumidas por los municipios y el Gobierno Vasco en virtud del artículo 25.2.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, donde se dice que «el municipio ejercerá en todo caso, competencias en materia de... prestación de los servicios sociales y de promoción

social», y la competencia establecida en el artículo 148.1.20ª de la Constitución, relativa a Asistencia Social, asumida por el Estatuto de Autonomía.

La referencia al objeto del contrato es de vital importancia y de su definición va a depender la validez de todo el proceso posterior, tengamos pues en cuenta:

- Puesto que la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es una competencia de las Administraciones Públicas y corresponde su ámbito al de la contratación administrativa, se concluye la plena viabilidad jurídica de su inclusión en el objeto del contrato.
- Que la perspectiva de género debe figurar de modo expreso en el objeto del contrato, sea este objeto principal o accesorio, directo o indirecto; o que el contrato sea típico o atípico.
- Que incluso en el título del contrato sería conveniente hacer una referencia a la perspectiva de género. Por ejemplo: «Contrato de prestación del servicio de jardinería tomando en consideración la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres».
- Que además deberemos incluir en el expediente la justificación de su inclusión en relación al interés público y los principios rectores; concreciones respecto a la igualdad de oportunidades, e incluso detalles sobre la situación de las mujeres en el mercado laboral, e incluso referencias a las mismas de índole doctrinal, legal o jurisprudencial.

Una salvedad: los contratos públicos de obras y servicios, son los que mejor permiten a los poderes adjudicadores tener en cuenta intereses de tipo social. En el caso de los contratos de suministros las posibilidades de tomar son más limitadas. No obstante existen —como hemos visto— ejemplos y posibilidades e incluso normativa que exige también en los contratos de suministros evaluar la composición de la empresa en cuanto a plantilla indefinida o personas con discapacidad.

5.2.3. *Las cláusulas administrativas*

Como requisito de los contratos públicos y otorgándoles tal carácter, se establece en el artículo 11.f) de la LCAP:

«Son requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones Públicas: la tramitación del expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar»

Son reguladas en el artículo 49.1. de la LCAP, bajo el título de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares:

«Deberán aprobarse, previa o conjuntamente a la autorización del gasto y siempre antes de la perfección y, en su caso licitación del contrato, los pliegos de cláusulas

administrativas particulares que incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato».

Asimismo las cláusulas se consideran parte integrante de los contratos (art. 49.5

LCAP) y las proposiciones de los interesados presumen la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad alguna (art. 79.1 LCAP).

Así pues, debe tenerse en cuenta:

- Que los criterios sociales que pensemos incorporar en las licitaciones públicas deben ineludiblemente incluirse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.
- Que debe detallarse claramente el tipo de criterio, sea en fase de admisión, de valoración o como obligación de ejecución; y en especial especificarse cómo se va a tener en cuenta, de qué forma, en qué porcentaje y qué medios de prueba deben aportarse.
- Que deben hacerse públicos, mencionarse en los anuncios o la publicación oficial, y puestos a disposición de los licitadores.

5.3. Análisis jurídico

El artículo 20.2 de la Ley recoge lo que se denomina cláusulas sociales en la contratación pública, incluyendo la perspectiva de género desde una triple vertiente, como requisito de selección o admisión, como elemento de valoración y como obligación en la fase de ejecución del contrato. Por su parte, el 20.4 se refiere a los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público.

5.3.1. *COMO CRITERIO DE SELECCIÓN O ADMISIÓN (entre los criterios de valoración de la capacidad técnica de los candidatos o licitadores).*

Se trata de un requisito previo, una exigencia para participar en la licitación, la capacidad técnica es un requisito *sine qua non* para participar en una licitación pública, por lo que al ser tenido en cuenta limita en la práctica a contratar con la administración a aquellas empresas que efectivamente desarrollen políticas internas tendentes a la igualdad entre mujeres y hombres.

La LCAP se refiere su artículo 15 a la capacidad de las empresas:

«Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible».

El articulado señala con detalle diversos modos de acreditar la solvencia técnica o profesional. Las directivas comunitarias lo disponen de igual forma.

Lo que nos interesa es determinar si es posible incorporar una cláusula referida a la capacidad técnica, que exija a la empresa participante poseer experiencia y conocimientos en igualdad de oportunidades o perspectiva de género. Veamos:

1. Tanto la Directiva 2004/18/CE como la Comunicación Interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, han admitido la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos.
2. En las Directivas se especifica que la información requerida para demostrar la situación económica y financiera, así como la capacidad técnica, debe restringirse al objeto del contrato.
3. Dice literalmente la Comunicación Interpretativa: «Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos».
4. Las Directivas sobre contratos públicos sólo ofrecen la posibilidad de tener en cuenta la «solvencia social» de la empresa, si esta es necesaria para ejecutar un determinado contrato.

CONCLUSIONES

No sólo cabe concluir la legalidad de requerir experiencia y capacidad en igualdad de oportunidades en un determinado contrato, sino que al integrar ésta el objeto y las condiciones del contrato, resulta obligatorio que las empresas licitadoras acrediten poseer capacidad técnica y profesional específica como requisito previo para participar en la licitación.

Para considerar la validez de la cláusula descrita, y admitir únicamente a licitadores experimentados y capaces en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, es necesario que el contrato establezca expresamente dichas obligaciones, y que guarde relación y proporcionalidad con el objeto y la ejecución del mismo, lo que deberá estar justificado en el expediente.

Conviene advertir que tanto la LCAP como la Directiva 2004/18/CE establecen diversas formas de acreditar la solvencia técnica, pero que ésta puede admitirse por cualesquiera otros medios de prueba. Es importante no establecer un sistema cerrado o limitado (por ejemplo Planes de Acción Positiva o Certificados Óptima), sino que pueden citarse a título ejemplificativo y dar la opción a la empresa concursante de acreditarlo por otros medios de prueba; en caso contrario se puede incurrir en discriminación y ser impugnada la licitación.

5.3.2. *COMO CRITERIO DE VALORACIÓN EN FASE DE CONCURSO* (*incluirán entre los criterios de adjudicación uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada*).

Una vez efectuada la selección de candidatos o licitadores, los poderes adjudicadores acometen la fase de evaluación de las ofertas, que desembocará en la adjudicación del contrato. Dejando de lado la subasta, que se rige sólo por la oferta económica, los concursos deben atender a la oferta más ventajosa sin atender exclusivamente al precio, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos.

Aquí la Ley introduce una cláusula social por la que se valora en fase de puntuación la integración de la perspectiva de género, vamos a analizar esta posibilidad:

1. Tanto la LCAP como las Directivas exigen que los poderes adjudicadores indiquen en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación los criterios que tienen previsto aplicar por orden de importancia decreciente. De ello se desprende que los poderes adjudicadores están obligados no sólo a definir todos los criterios que se proponen utilizar al evaluar las ofertas, sino también a no aplicar criterios diferentes a los señalados.
2. La LCAP y las Directivas enumeran, a modo de ejemplo, una serie de criterios (la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, y el plazo de entrega o de ejecución) en los que pueden basarse, pero no se trata de un *numerus clausus*, por lo que es posible aplicar otros criterios, incluidos sociales como la perspectiva de género.
3. Como indica la Comunicación Interpretativa citada: «Las Directivas sobre contratación pública ofrecen distintas posibilidades a la hora de tomar en consideración, con motivo de un procedimiento de contratación, aspectos sociales que guarden relación con los productos o prestaciones solicitados, especialmente al definir las especificaciones técnicas y los criterios de selección».

Indica además la Comunicación que la expresión «aspectos sociales engloba acepciones y ámbitos muy diversos. Puede remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respeto de los derechos fundamentales y abarca también las cláusulas preferentes (por ejemplo, para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo) o las actuaciones o discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social.»

4. Indica la Directiva 2004/18/CE: «A fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos, como los que se refieren al cumplimiento de las exigencias medioambientales, podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades —definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato».
5. E igualmente indica: «se entenderá por «especificaciones técnicas», cuando se trate de contratos públicos de obras: el conjunto de las prescripciones técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, en las que se definan las características requeridas de material, producto o suministro, y que permitan caracterizarlos de manera que respondan a la utilización a que los destine el poder adjudicador. Estas características incluyen los niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, ... y todas las demás condiciones de carácter técnico que el poder adjudicador pueda prescribir, por vía de reglamentación general o específica, en lo referente a obras acabadas y a los materiales o elementos que las constituyan».
6. No obstante no cualquier criterio es válido, sino que deben concurrir una serie de requisitos:
 - Deben referirse a naturaleza de la prestación y al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución, ya que su finalidad es permitir comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio.
 - Se insiste en que los criterios de valoración no tengan por efecto el eliminar o aventajar a un licitador. El Tribunal de Justicia ha confirmado y reiterado la prohibición de cualquier preferencia a los licitadores o candidatos nacionales o locales.
 - No pueden consistir tampoco en la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica. Esta advertencia tiene sentido, ya que en ocasiones se valoran aspectos que deben tener en cuenta en la fase de admisión y en aras a evaluar la capacidad de los licitadores pero no a otorgarles puntos en

fase de valoración. Las Directivas y la jurisprudencia delimitan muy claramente este aspecto, y suelen resultar restrictivas con la valoración de determinados criterios que inciden sobre la experiencia y la capacidad de los licitadores.

7. Otra forma de introducir la perspectiva de género en la fase de puntuación consiste en valorar este aspecto económicamente. Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato, es decir, se admite sin ningún problema cualquier criterio de valoración que sea evaluable económicamente. Un ejemplo: existen precedentes en los que se ha tenido en cuenta y valorado en el baremo de puntuación que los licitadores contraten a personas de categorías desfavorecidas, si esa contratación supone un ahorro concreto y cuantificable a las arcas públicas, por ejemplo en subsidios de desempleo o rentas mínimas de inserción. Idéntico caso podemos introducir respecto a la contratación de mujeres, evaluándolo económicamente.
8. Otra posibilidad consiste en admitir expresamente la posibilidad de variantes en el condicionado, tal y como regula la LCAP en su artículo 87. La admisibilidad de variantes, consiste en que el órgano de contratación además de fijar unos criterios por los que se regirá la adjudicación indique que una parte de la puntuación a otorgar lo será para aquellas mejoras, variantes o alternativas que ofrezcan los licitadores. Evidentemente dentro de éstas podemos perfectamente introducir la perspectiva de género.

Al respecto, cabe señalar el Dictamen 5/1998 del Consejo Económico y Social (CES) sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre la posibilidad de incluir cláusulas sociales que pudieran ser valoradas junto con el resto en el propio pliego. Reproducimos parte del mismo:

«Los criterios con arreglo a los cuales se verifica la adjudicación del contrato con la Administración no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que han de venir integrados con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. En concreto, fines como la promoción del empleo, de la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el empleo, la contratación con empresas de economía social, o aspectos medio-ambientales son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación. Ciertamente, la Ley no ha de imponer en todos los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco ha de ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos criterios a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista³⁰».

³⁰ Contenido íntegro en la web del Consejo Económico y Social: <http://www.ces.es/castellano/trabajo/tramar1.htm>.

Así pues, los poderes adjudicadores, al definir los productos o servicios que desean adquirir, pueden, incluso recurriendo a variantes, optar por bienes, servicios u obras que se ajusten a sus preocupaciones sociales, siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.

CONCLUSIONES

Hay que advertir que la introducción de cláusulas sociales en la fase de valoración es la que más problemas y discrepancias suscita, lo que no ocurre con el criterio de admisión o con la obligación en la fase de ejecución. La Comunicación Interpretativa de 2001 llega a indicar que «serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos aquellos criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades», lo que debe tenerse sólo parcialmente en cuenta.

No obstante es posible siempre que se atienda escrupulosamente a los requisitos y condiciones antedichos y también pueden establecerse por la vía de la admisibilidad de variantes o por la evaluación económica de los criterios sociales.

Además como hemos visto en el apartado de ejemplos de cláusulas sociales en otros ámbitos, son numerosas no sólo las experiencias concretas sino también las disposiciones legales que tienen en cuenta en la fase de valoración la contratación de personas con discapacidad, o de personas en situación de exclusión, así como la plantilla indefinida.

Por último y tras la aprobación de la Directiva 2004/18/CE muchos de los problemas ya se han disipado y se reconoce expresamente la posibilidad de introducir criterios sociales en la fase de valoración. De hecho y pese a anteriores sentencias hay que tener en cuenta la evolución progresiva de la legislación y la jurisprudencia comunitaria, que fruto de la presión social ha desembocado en la consideración de criterios sociales en la legislación de contratos, teniendo en cuenta los objetivos y principios establecidos en los sucesivos Tratados de la Unión Europea.

5.3.3. *COMO OBLIGACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN*

(se contemplará, como condición de ejecución del contrato, la obligación del adjudicatario de aplicar, al realizar la prestación, medidas tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres).

Este tercer criterio supone una exigencia en la fase de ejecución del contrato, de obligado cumplimiento y con independencia de cuál sea la empresa adjudicataria. Es decir, al igual que en las prescripciones técnicas para la ejecución de —por ejemplo— un contrato de prestación del servicio de limpieza, se puede exigir la realización mínima de un número de horas de trabajo diarias, lo mismo se puede exigir a la empresa adjudicataria la ejecución de políticas de igualdad

entre mujeres y hombres. Esta posibilidad se encuentra expresamente recogida —y además recomendada— en la legislación comunitaria. Veamos:

1. Dice la Comunicación Interpretativa COM (2001) de 15 de octubre de 2001, que: «Es ante todo en la fase de ejecución, es decir una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo».
2. E indica además: «En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones —aplicables a la ejecución del contrato— de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica; de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».
3. Y la Directiva 2004/18/CE, que posee el mayor rango normativo actual en materia de contratos públicos, indica en su artículo 26 relativo a las condiciones de ejecución del contrato, que «Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental».
4. Por supuesto que las condiciones de ejecución no deben ser directa o indirectamente discriminatorias, ni primar a los licitadores locales o nacionales, y deberán además señalarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Respecto a este criterio de obligación hay una sentencia muy citada, de 21.9.1988 en el asunto 31/87, conocida como *Beentjes*, en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró nula la obligación de contratar a desempleados de larga duración, pero la fundamentación se refería a la exigencia de que se tratase de desempleados de la localidad. Luego la Comisión puntualizó

que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de imponer condiciones relativas a la ejecución del contrato y de integrar, en ese momento, el requisito de contratar a desempleados de larga duración, como así ya está recogido en la Directiva 2004/18/CE.

Así, por ejemplo, en el asunto C-225/98, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes.

Sin lugar a dudas, los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de definir las cláusulas contractuales que determinarán la forma de ejecución del contrato, y en el caso que nos ocupa establecer la obligación de que la empresa adjudicataria realice en la ejecución del contrato políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, planes de igualdad o componga la plantilla que ejecutará el contrato por un porcentaje determinado de mujeres.

La cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este. En consecuencia, los licitadores al participar en una licitación se comprometen, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto ser seleccionada. En caso de incumplimiento en la ejecución del contrato daría lugar a la rescisión del mismo o la imposición de sanciones.

5.3.4. *PREFERENCIA EN EL ACCESO Y PROMOCIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO*

El artículo 20.4 **introduce en la función pública un principio de acción positiva** (*los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público deben incluir una cláusula por la que, en caso de existir igualdad de capacitación, se dé prioridad a las mujeres en aquellos cuerpos, escalas, niveles y categorías en los que la representación de éstas sea inferior al 40%, salvo que concurran en el otro candidato motivos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida, como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para el acceso y promoción en el empleo*).

El acceso y promoción en la función pública, esto es la provisión de puestos de trabajo en las administraciones públicas, presenta diferencias y quizá mayores dificultades que la contratación de obras, suministros y servicios, ya que si bien el cumplimiento de los valores y principios de la contratación pública (transparencia, libre concurrencia, no discriminación, publicidad) no plantea problemas de compatibilidad con las cláusulas sociales; sí puede ser el caso de los principios

y valores del acceso a la función pública (básicamente el mérito, la capacidad y la no discriminación).

Al respecto hay que citar la normativa básica de referencia: la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo; y su modificación posterior por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 269 de 5.10.2002).

En ellas se indica expresa, reiteradamente y sin excepción alguna «la plena igualdad entre mujeres y hombres en las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción».

Tajante, visto así podemos cerrar el capítulo y concluir que la disposición de la Ley Vasca de Igualdad, sería sin género de dudas contraria a la normativa comunitaria, al infringir meridianamente el principio de igualdad en el acceso al empleo, puesto que la acción positiva en la reserva de puestos, establecimiento de cuotas o la preferencia sería discriminatoria.

Por fortuna la sociedad precede a la legislación, y gracias al esfuerzo de muchas personas y en especial de los grupos feministas, podemos y debemos establecer matices al principio de igualdad cuando la igualdad legal no se corresponde con la real. Para comprender la validez legal de esta disposición, es ineludible referir la trayectoria jurisprudencial europea al respecto, se trata de cuatro sentencias que se han pronunciado sobre las Directivas citadas en casos de selección y promoción de personal³¹:

1. El primer caso es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de octubre de 1995 (C-450/93), conocida como Caso Kalanke, en la que se declaró contraria a las leyes comunitarias una disposición del Land de Bremen, Alemania, la cual establecía que, hombres y mujeres debían repartirse al 50% los puestos en la función pública, y que una mujer tenía preferencia sobre un hombre si su grupo estaba infrarrepresentado. Con base en dicha norma se contrató a una mujer aspirante frente a un hombre que también concursaba. Este recurrió y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea falló a su favor, al considerar que «la discriminación positiva de la mujer es ilegal cuando se aplica de forma absoluta e incondicional».

³¹ La casuística jurisprudencial europea ha sido obtenida de dos trabajos de María Ángeles Barrére, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la UPV/EHU. Ponencia titulada «La Acción Positiva. Análisis del Concepto y Propuestas de Revisión. Y el estudio: «Normativa básica en el ámbito internacional, comunitario, estatal y autonómico».

Las interpretaciones sobre esta sentencia —como no podía ser de otra manera— resultaron dispares: para un sector ponía freno a la discriminación positiva, para otro la ratifica aunque establece condicionantes: «Bremen no hablaba de preferencia absoluta y automática de las mujeres, ya que la discriminación positiva sólo se aplica cuando se da igualdad de capacitación entre dos candidatos y si el grupo de la mujer está infrarrepresentado. En este caso se había dado un empate en las calificaciones, de lo cual se deduce que resultaba obligada la adopción de algún otro criterio para elegir a alguno de los candidatos³²».

2. Posteriormente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Marschall de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95), introduce la denominada «cláusula de apertura» referida a que «en igualdad de condiciones, a menos que haya motivos relativos a la persona de un candidato masculino que hagan inclinar la balanza a su favor se elija a una mujer para trabajar». La sentencia es consecuencia de la denuncia presentada por un profesor alemán contra una norma del Estatuto de los Funcionarios del Estado de Renania del Norte-Westfalia (Alemania) por la que en la promoción de puestos concede preferencia a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor.
3. La tercera sentencia es de 28 de marzo de 2000 (C-158/97), el caso Badeck, otra vez un Land alemán, el de Hessen. La cuestión gira sobre un procedimiento de constitucionalidad interpuesto por 46 diputados del Parlamento acerca de la validez de una ley para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública, y en la sentencia se indica: «se deduce que una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos».
4. Por último tenemos el caso Abrahamsson, sentencia de 6 de julio de 2000 (C-407/98). El recurso se presenta por el concurso universitario para la obtención de una plaza de profesorado. En este caso la legislación sueca establece que si fuere necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes, se le concederá la prefe-

³² ALBERDI, Cristina. El País, 26 de octubre de 1995.

rencia frente al candidato del otro sexo, salvo que la diferencia de las capacitaciones sea tan importante que dé lugar a una vulneración de la exigencia de objetividad». Pues bien, en la sentencia indica que dicha normativa vulnera la legislación comunitaria y no admite la preferencia, incluso apostillando que sería también nula «aún cuando la diferencia de capacitaciones no fuera tan considerable», es decir como aclarando que aún siendo pequeña la diferencia también la consideraría discriminatoria.

Como se recogió en el IX Congreso Estatal de Mujeres Abogadas «el Derecho, como instrumento de poder, ha sido usado históricamente para conservar la posición hegemónica de un género sobre el otro». Así pues llegados a este punto, debemos concluir que la cuestión no está zanjada ni tampoco decantada en uno u otro sentido. Entendamos que los cambios legislativos son lentos, imaginemos la composición e ideología de los tribunales de justicia europeos, admitamos que se están dando pasos pero que los avances no son suficientes, y destaquemos que las sentencias citadas al igual que la legislación sueca y de los länder alemanes recogen —con matices— criterios de preferencia en el acceso de las mujeres a la función pública.

Añadamos que la reserva de puestos de trabajo por cuotas ya está establecida sin atisbo alguno de ilegalidad ni contrariedad con la normativa estatal ni comunitaria en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISMI).

Volviendo a la disposición prevista en la Ley 4/2005, de 18 febrero, de Igualdad de Mujeres y Hombres, debemos decir que da puntadas con fino hilo jurídico, de manera muy correcta y adaptada a las sentencias antedichas, puesto que establece el **criterio de preferencia** con un **requisito previo de capacidad** (*en caso de existir igualdad de capacitación*), además de un **requisito cuantitativo de representación** (*en aquellos cuerpos, escalas, niveles y categorías en los que la representación de éstas sea inferior al 40%*) y **una salvaguarda de legalidad** (*salvo que concurran en el otro candidato motivos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida, como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para el acceso y promoción en el empleo*).

Para ello además ha procedido a los oportunos cambios normativos por medio de la Disposición Final Segunda que ha modificado y añadido un párrafo a los artículos 27 y 46 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca.

Los problemas de índole práctico son los siguientes:

- Resulta necesario analizar y cuantificar los cuerpos, escalas y niveles de toda la función pública vasca (autonómica y local) para ver en cuáles de ellos debe introducirse el criterio preferencial por estar las mujeres infra-representadas.

- El porcentaje de reserva (el 40%), quizá resulte excesivo en algunos sectores y puestos de trabajo, pensemos por ejemplo que la Orden Ministerial de Presidencia 525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, prevé en su medida 1.5. el establecer un porcentaje de reserva de, al menos, un 5% para el acceso a aquellas ocupaciones de carácter público con baja representación femenina.
- Por último, volvemos a encontrarnos con una denominación jurídica indeterminada como es el concepto de «igual capacitación». Para que su plasmación no quede en mera declaración de intenciones será necesario que se concrete qué significa o cómo se evalúa la igual capacitación. ¿Bastaría con superar (aprobar) una oposición o concurso-oposición aún obteniendo menor puntuación que otro candidato? ¿Sería conveniente determinar y cuantificar que se entenderá que existe igual capacitación cuando la diferencia de puntuación entre un candidato y una candidata no supere el 10% sobre el total?

Será en todo caso preciso esperar a su entrada en vigor, al desarrollo reglamentario y a su puesta en práctica para conocer su alcance, efectividad y dificultades prácticas, mientras hay que aplaudir la iniciativa y reconocer que es un paso necesario.