

LOS PLANES DE IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

**Margarita
Pérez Roldán**

Letrada de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León

**Ana Isabel
Rodríguez Lorca**

Letrada jefa de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León

SUMARIO

I. Introducción. II. Los planes de igualdad versus prohibición de contratar. III. Los planes de igualdad como criterio de adjudicación. IV. Los planes de igualdad como condición especial de ejecución. V. Carácter del registro de los planes de igualdad. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. VIII. Resoluciones consultadas.

RESUMEN

La presente comunicación pretende dar una visión del papel que juegan los planes de igualdad en la Ley de Contratos del Sector Público. Se comenzará por dar un repaso a qué empresas/licitadores y cómo se les exige contar con un Plan de Igualdad y cuando su ausencia determina una prohibición de contratar. Asimismo, se analizará si es posible incluir su exigencia como criterio de adjudicación, criterio de desempate o como condición especial de ejecución de los contratos. Para lo que se tendrá en cuenta no sólo la normativa en materia de contratación del sector público, sino también la doctrina existente al respecto y la postura adoptada por parte de los tribunales administrativos de recursos contractuales.

Se trata de analizar cómo tiene su reflejo en la contratación pública la denominada gestión pública socialmente responsable, entendiendo por tal, según el Libro verde de la Comisión Europea fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, la integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores.

PALABRAS CLAVE

Plan de igualdad; contratación administrativa; criterios de adjudicación; prohibición de contratar; condición especial de ejecución.

ABSTRACT

This paper aims to give an overview of the role played by gender equality plans in the Spanish Public Sector Contracts Act. It will begin by reviewing which companies/tenderers and how they are required to have a gender Equality Plan and when its absence determines a ban on contracting. Likewise, it will be analyzed whether it is possible to include its requirement as an award criteria, a tie-breaker or as a special condition for the execution of contracts. For this purpose, not only the regulations on public procurement will be taken into account, but also the existing doctrine in this regard and the position adopted by the administrative courts on procurement appeals.

The aim is to analyze how the so-called socially responsible public management is reflected in public procurement. According to the European Commission's Green Paper "Promoting a European framework for corporate social responsibility", social responsibility is understood as the voluntary integration by companies of social and environmental concerns in their business operations and in their relations with their stakeholders.

KEYWORDS

Gender equality plan; public procurement; award criteria; ban on contracting; special condition for contract Patient Safety, Public Health.

I. INTRODUCCIÓN

Para poder entender en toda su amplitud el papel de los planes de igualdad dentro de la contratación pública es necesario empezar aludiendo a qué es un plan de igualdad. Así, podemos definir el plan de igualdad como un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. El Plan de Igualdad es una iniciativa que debe ser promovida por la empresa que también se encarga de su aprobación, que tendrá lugar una vez que se haya realizado el análisis y diagnóstico que se tiene que elaborar mediante una Comisión Negociadora junto a la representación legal de las personas trabajadoras.

Es, por tanto, una herramienta especialmente adecuada para hacer realidad la igualdad de género y de ahí que se haya extendido su obligatoriedad por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato

y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que modificó el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, rebajando el umbral para que las empresas resulten obligadas a presentar un plan de igualdad de doscientos cincuenta a cincuenta trabajadores.

La igualdad es un concepto fundamental en las estrategias de diversidad, equidad, inclusión y pertenencia. El principio de igualdad tiene como fin crear sistemas de normas que regulen las condiciones y el trato para el desarrollo y la participación de todas las personas.

Actualmente la igualdad en el ámbito empresarial tiene su máxima expresión en los Planes de Igualdad que surgen como respuesta a la situación de desventaja y discriminación a la que se enfrentan las mujeres en el mercado laboral, en las condiciones laborales, en la remuneración, en la formación, el desarrollo y la promoción.

La regulación fundamental de los planes de igualdad se encuentra en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Actualmente las empresas que están obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad son aquellas que cuenten con 50 o más trabajadores en su plantilla.

Y respecto a las empresas de menos de 50 personas trabajadoras cuando se establezca tal obligación por el convenio colectivo aplicable, o cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan.

Todos los planes de igualdad que tengan tal consideración deben ser objeto de inscripción obligatoria en el Registro de planes de igualdad, tanto si se trata de planes obligatorios como voluntarios, e independientemente de que hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes.

También serán objeto de depósito voluntario las medidas, acordadas o no, que sean adoptadas conforme a los artículos 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para prevenir la discriminación entre mujeres y hombres, así como las específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

II. PLANES DE IGUALDAD VERSUS PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) establece en su artículo 71 determinados supuestos de prohibición de contratar de forma que si alguno de ellos concurre en una empresa licitadora tiene como consecuencia que no puede participar en las licitaciones de los contratos públicos.

Uno de esos supuestos, concretamente, el contenido en el apartado 1 letra d) del artículo 71 citado, hasta la modificación introducida por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, con entrada en vigor el 1 de enero de 2023, era en el caso de *empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de hombres y mujeres*. El artículo 45 que fue modificado por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación que extiende la obligación de contar con un plan de igualdad a las empresas con más de 50 trabajadores, con distintas fechas de entrada en vigor de esta nueva obligación en función del tamaño de estas empresas.

Dicha transitoriedad era la siguiente:

- Las empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad. (hasta el 7 de marzo de 2020).
- Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años para la aprobación de los planes de igualdad. (hasta el 7 de marzo de 2021).
- Las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad. (hasta 7 de marzo de 2022).

Estos periodos de transitoriedad se computarán desde la publicación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el «Boletín Oficial del Estado», esto es, desde el 7 de marzo de 2019.

La citada modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo no tuvo inicialmente, hasta 1 de enero de 2023, su reflejo en la ley de contratos del sector público.

Situación que generó no poca controversia sobre si era posible o no su exigencia en el ámbito de la contratación pública a empresas con más de 50 trabajadores. Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC).

El TACRC interpreta que la prohibición de contratar que recoge el artículo 71.1 d) en la redacción anterior a la modificación producida con efectos 1 de enero de 2023 no se aplica a las empresas de más de 50 trabajadores, aunque estén obligadas a disponer del mencionado plan. *“La redacción de esta norma era coherente, en su origen, con la disposición del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres, que únicamente imponía la obligatoriedad de elaborar y aplicar planes de igualdad a las empresas de más de 50 trabajadores. Sin embargo, con posterioridad, el ya citado Real decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha extendido la obligación a empresas de más de 50 trabajadores, con distintas fechas de entrega en vigor de esta nueva obligación en función del tamaño de estas empresas, pero sin modificar este precepto la legislación de contratos. Se plantea, por tanto, si hasta el 1 de enero de 2023 en artículo 71.1 d) de la LCSP debe entenderse únicamente referido a empresas de menos de 250 trabajadores, pero más de 50 que no hayan cumplido la obligación que les impone el artículo 45 de la Ley orgánica 3/2007 en el plazo preceptuado por el Real decreto Ley 6/2019. Pues bien sobre esta particular este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse, y ha interpretado que puesto que el artículo 71.1 d) no ha sido modificado por el Real decreto ley 6/2019, que podría haber acometido dicha modificación, y que se trata de una norma sancionadora que configura una prohibición de contratar; y limitativa de la concurrencia por cuanto configura obligaciones mayores para concurrir a una licitación a un mayor número de licitadores, su interpretación debe ser restrictiva”* (Resolución nº 1232/2020, de 13 de noviembre de 2020: resolución 1529/2021, resolución 248/2021).

En el mismo sentido, el TACP de la Comunidad de Madrid en su Resolución 21/2021 señalaba que *“El incumplimiento de la obligación de contar con un plan de igualdad para las empresas de 250*

trabajadores o menos no está expresamente prevista en la LCSP como prohibición de contratar, por lo que este Tribunal considera que no cabría efectuar una interpretación extensiva de dicha prohibición, en virtud del principio general de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos y de las sancionadoras, sin perjuicio de las consecuencias que se deban derivar, para el caso de que se produzca el incumplimiento de la citada obligación, en virtud de la normativa administrativa específica que la regula”.

Igualmente, el TACP de la Comunidad de Castilla y León en su Resolución 16/2023, de 2 de febrero señalaba “(...). *La entrada en vigor de esta nueva regulación del artículo 71.1.d) de la LCSP es la de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, es decir el 1 de enero de 2023, por lo que debe entenderse que será de aplicación a los procedimientos contractuales que se publiquen a partir de esa fecha, siendo de aplicación a este procedimiento de licitación la regulación existente en la fecha de su publicación el 30 de junio de 2022”.*

La citada controversia ha desaparecido al modificarse recientemente el artículo 71.1.d) LCSP redactado por el apartado tres de la disposición final vigésima séptima de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 («B.O.E.» 24 diciembre), que equipara la redacción de la LCSP al artículo 45 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LO 3/2007), en su nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación para la igualdad de mujeres y hombres, que rebajaba dicho umbral de 250 a 50 trabajadores de forma progresiva con la finalidad de que más empresas resultasen obligadas a presentar un plan de igualdad.

La mayoría de las empresas españolas son PYMES no llegando la gran parte de ellas a los 250 trabajadores, por lo que, si la intención es que la mayoría de las empresas tengan que cumplir con tal obligación, la contratación pública se utiliza en este caso estratégicamente para poder garantizar que los licitadores adjudicatarios cumplen con tales obligaciones en materia de igualdad. (las pymes tanto en España como en la Unión Europea son aquellas empresas que tienen dos características principales. La primera es que emplean a menos de 250 empleados y la segunda es que su generación de ingresos al año sea menos de 50 millones de euros y su balance general igual o menor a 43 millones de euros).

Tras determinar, al amparo de la normativa reseñada, qué empresas están obligadas a contar con un plan de igualdad, surgen varias preguntas al respecto:

¿Quién debe acordar la prohibición?

De acuerdo con el artículo 72 LCSP las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del apartado 1 del artículo 71, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

¿Qué duración tiene la prohibición para contratar?

El plazo de duración no podrá exceder de tres años, a contar, bien desde la fecha en que devinieran firmes la sentencia o resolución administrativa siempre que se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición en los casos de los apartados a) y b) del artículo 71.1 LCSP, o bien, en los restantes casos, desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

Además, debe recordarse que se trata de una prohibición que no debe inscribirse en el ROLECE. El artículo 72.1 de la Ley 9/2017 dispone que las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del artículo 71.1, se apreciarán directamente por los órganos de contratación. Los órganos de contratación, asistidos por la mesa, advertirán el que el licitador no está incurso en alguna de las causas citadas mediante la documentación que el licitador remita.

¿Cómo se debe verificar su cumplimiento?

La propia Ley 9/2017 en el artículo 71.1.d) tercer párrafo, sobre la acreditación del porcentaje de trabajadores con discapacidad y el plan de igualdad, expresamente prevé su verificación mediante la presentación de declaración responsable. El artículo sigue diciendo que el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

¿En qué momento procedimental se pueden advertir las prohibiciones de contratar?

Como ya hemos analizado, la importancia de advertir la prohibición de contratar es medular en el procedimiento de contratación, pero especialmente, en la fase de adjudicación. A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 45/13, de 26 de febrero de 2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Efectos de una prohibición de contratar. Posibilidad de acordar prórroga, hacer modificaciones sustanciales o ceder otros contratos que tenga la empresa incurso en prohibición parece aclarar esta cuestión. Así, establece que «*Los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha en que se inscribe la misma en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Contratistas del Estado, sin que llegue a producir eficacia retroactiva respecto de los contratos que están en vigor en el momento en que se acuerde aquélla. La prohibición de contratar, con independencia de las causas comprendidas en el artículo 60 del TRLCSP, implicará que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos posteriores a la misma, al carecer de aptitud para contratar (artículo 54 del TRLCSP).*». Pese a que se haga referencia a la normativa de 2011, es plenamente extrapolable a la legislación vigente. Por ello, parece ser que lo determinante es que el contrato haya entrado en vigor para verificar la eficacia temporal de la prohibición. La problemática se produce en las fases de adjudicación, especialmente en aquellos casos en los que el contrato está sometido a regulación armonizada o supera determinados umbrales, por la propia especificidad de la materia o su dificultad, podemos encontrarnos ante fases de adjudicación bastante dilatada en el tiempo, por lo que la situación de los operadores económicos que intervengan en la licitación puede cambiar. Así, una forma de salvaguardar para evitar a la mesa de contratación y/o al órgano tener que verificar a lo largo de todo el proceso el cambio de situación del empresario, sería incluir, nuevamente, a modo de declaración responsable, una prevención en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que manifiesten lo siguiente: que las condiciones que han sido tenido en cuenta para verificar las prohibiciones de contratar van a ser las presentadas por el operador y, en caso de variar antes de la fecha de entrada en vigor del contrato, de resultar adjudicatario el declarante, se manifestarán al órgano de contratación.

Esta posición además puede entenderse avalada por el Acuerdo del Pleno del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 5 de abril de 2022, que establece que los licitadores deberán no encontrarse incurso en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas

y, a mayor abundamiento, el licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato. Asimismo, fija que durante la licitación el órgano de contratación pueda exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017. Previamente a declarar la exclusión, también establece el Tribunal, que cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión.

¿Las sociedades cooperativas están obligadas a elaborar planes de igualdad?

La respuesta es afirmativa, siempre que tengan personas trabajadoras por cuenta ajena y respecto de estas y en los supuestos previstos en los párrafos anteriores.

¿Qué pasa en los supuestos de empresas con varios centros de trabajo?

En el caso de una empresa con varios centros de trabajo dedicados a distintas actividades y convenios colectivos de aplicación diferentes se podrá elaborar y aprobar un plan de igualdad único y aplicable a toda la empresa. Ello sin perjuicio de que puedan establecerse en el mismo peculiaridades, así como acciones especiales para determinados centros de trabajo que respondan a sus especiales características.

¿Cómo se computa la plantilla a efectos de la obligación de elaborar un plan de igualdad?

Al respecto debe tenerse en cuenta que a fecha 30 de junio y 31 de diciembre de cada año las empresas tendrán que efectuar el cómputo de personas trabajadoras en su plantilla, teniendo en cuenta que la unidad de referencia es la empresa y no el centro de trabajo.

El cómputo se realizará sobre la totalidad de las personas trabajadoras de la empresa, cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las persona con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y personas con contratos de puesta a disposición. En todo caso, cada persona con contrato a tiempo parcial se computará con independencia del número de horas de trabajo, como una persona más.

Finalmente, debemos traer a colación la reciente Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 26/2023, de 27 de enero que alude a la posibilidad de que el licitador acredite su fiabilidad a pesar de encontrarse incurso en prohibición de contratar, se da en todos los supuestos de prohibición previstos en la normativa, excepto los tres apuntados. Manteniendo que, en la mayor parte de los supuestos contemplados, el que el licitador se encuentre en prohibición de contratar no debe suponer necesariamente su exclusión automática.

En este caso la empresa recurrente afirma (como uno de sus motivos impugnatorios), y el TARCJA acogerá en su resolución, que por efecto directo (del artículo 57.6) de la Directiva 2014/24/UE, el licitador que se encontraba en causa de prohibición de contratar, no debió ser excluido del procedimiento de contratación sin que previamente pudiera presentar pruebas de que había adoptado medidas correctoras suficientes respecto a tales incumplimientos.

En el supuesto analizado, siendo la más ventajosa la oferta de quienes licitan en compromiso de constitución de UTE, en trámite de presentación (y posteriormente subsanación) de la documentación justificativa prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, queda acreditado, que no ha tenido lugar la inscripción obligatoria (por tener más de 50 trabajadores) de los planes de igualdad en el registro correspondiente de dos de las empresas que conformarían la futura UTE, por lo que tales empresas están [aunque se cuestione por la UTE recurrente, el TARCJA no tiene duda de este hecho] incurso en la causa de circunstancia de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.d) de la LCSP.

El artículo 72.5 de la LCSP establece la posibilidad de que en determinadas circunstancias, a pesar de encontrarse el licitador incurso en prohibición de contratar, pueda acreditar la adopción de medidas que eviten la declaración de prohibición.

Ahora bien, considera la recurrente -y el Tribunal admite- que el artículo 72.5 de la LCSP, limita la posibilidad de acreditación de tal fiabilidad a las prohibiciones de contratar que necesitan de un procedimiento previo para su declaración y no a aquellas que son directamente apreciables por los órganos de contratación, como la aquí analizada. Frente a este precepto de la LCSP, el artículo 57.6 (párrafo primero) de la Directiva 2014/24/UE – relativo a las pruebas de las medidas adoptadas por los operadores económicos para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión- aplica la posibilidad de que un operador económico pueda presentar pruebas de la suficiencia de las medidas

correctoras “*self-cleaning*” -que haya adoptado para demostrar su fiabilidad y evitar la exclusión- respecto a los incumplimientos de índole laboral (que es en el que se encuadraría la no inscripción de los planes de igualdad).

Así las cosas, siendo el artículo 72.5 de la LCSP de ámbito más restringido que el artículo 57.6 de la Directiva en cuanto a los supuestos en que cabe la presentación de medidas correctoras tendentes a evitar la exclusión del licitador incurso en prohibición de contratar, considera El TARCJA (con apoyo en sentencias del TJUE y una resolución del TACRC) que tal y como invoca el recurrente se produce el efecto directo del artículo 57.6 de la Directiva, conforme a lo declarado por el TJUE. Lo anterior lleva al tribunal administrativo a concluir que, en supuestos como el analizado donde un licitador haya incurrido en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP, cabe evitar el efecto excluyente de la licitación si dicho licitador logra demostrar, a satisfacción del poder adjudicador, que las medidas correctoras adoptadas restablecen su fiabilidad. En base a ello, anula la exclusión, y ordena la retroacción del procedimiento para que el licitador sea requerido al efecto.

III. LOS PLANES DE IGUALDAD COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

Se plantea si el disponer de un plan de igualdad se puede recoger como criterio de adjudicación dentro de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares. El TACRC es tajante al respecto, y viene manteniendo que no cabe configurar como criterio de adjudicación el disponer de un plan de igualdad por ser una característica de empresa, y no de la oferta, y por considerarlo discriminatorio. En la resolución 1727/2021 argumenta: “*como hemos indicado en distintas resoluciones (por todas, resolución 660/2018, de 6 de julio y Resolución 972/2018, de 26 de octubre) el Plan de igualdad refleja una característica de empresa, no referida al objeto del contrato, y por ello no puede utilizarse como criterio de adjudicación. Por otro lado, como ya señalamos en nuestra resolución 427/2021, de 16 de abril del corriente, y en nuestra resolución de 30 de abril de 2019, con cita de la resolución 972/2018, de 26 de octubre: el apartado 5 del artículo 45 de la L.O. 3/2007 establece que la elaboración y aplicación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas. Por tanto, conforme a nuestra normativa nacional los planes de igualdad son obligatorios para unas empresas, y para otras no. Puntuar en un criterio de adjudicación la elaboración de un plan, a las empresas que están obligadas a tenerlo según*

la ley, no se considera adecuado y sería discriminatorio, como hemos dicho, respecto de aquellas empresas que no están obligadas a su elaboración y aplicación”.

Cuestión distinta sería la utilización como criterio de desempate el disponer de un plan de igualdad por una empresa no obligada a ello, al amparo del artículo 147.1 e) LCSP que permite establecer prioridad en la adjudicación a favor de proposiciones presentadas por las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, incluyan medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

IV. LOS PLANES DE IGUALDAD COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN

Se plantea también si disponer de un plan de igualdad se puede recoger como condición especial de ejecución. Las condiciones especiales de ejecución son estipulaciones que obligan a las empresas adjudicatarias de un contrato público, junto con las prestaciones propias del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general.

En este sentido el artículo 202 LCSP exige que en cada contrato se incluya al menos una condición especial de ejecución de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, y dentro de las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, menciona aquellas que tengan como finalidad eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral, favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, y combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a la mujeres y el de larga duración.

El TACRC analiza en su resolución 427/2021 una condición especial de ejecución que consiste en que “las empresas de menos de 250 trabajadores tendrán que elaborar un plan de igualdad. Las empresas de más de 250 trabajadores tendrán que justificar la efectiva implantación del citado plan de igualdad” y la rechaza con estos argumentos:

“conforme a nuestra normativa nacional los planes de igualdad son obligatorios para unas empresas, y para otras no (...) no puede articularse como condición especial de ejecución aquello que para unos licitadores no supondría un plus o un valor añadido respecto de la legalidad vigente pues ya dispondrán del plan por estar obligados legalmente a ello) y para otros

no (los no obligados a ello). De hecho, para estos últimos, empresas de menores dimensiones, sería discriminatorio, y tendría por efecto restringir la concurrencia, al exigirles un plan que la normativa no contempla como obligatorio para ellas, y haciéndolas de peor condición que aquellas empresas de mayores dimensiones, que cuentan ya con el plan, por estar obligadas a ello por la LO 3/2007.”

Ahora bien, cosa distinta es que se utilice la condición especial de ejecución para que el órgano de contratación tenga garantizado que los adjudicatarios obligados a disponer de un plan de igualdad cumplen con ello. En este sentido el artículo 201 LCSP obliga a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen, entre otras, las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas en el derecho de la Unión europea, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional que vinculen al estado. Por lo tanto, determinar mecanismos de control y justificación del cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales, en este caso las relativas a planes de igualdad, como condiciones especiales de ejecución pueden ser un instrumento eficaz.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TACRC en su resolución núm. 1529/2021, de 5 de noviembre, núm. 972/2018, de 26 de octubre.

La Guía para incorporar la perspectiva de género en las actuaciones financiables en el marco del Plan de recuperación, transformación y resiliencia dirigida a las Administraciones Públicas recomienda incluir cláusulas de exclusión en caso de incumplimiento de la normativa de igualdad en el ámbito laboral. En particular indica que debe exigirse expresamente contar con un plan de igualdad a las empresas obligadas conforme a la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y auditorías retributivas para las empresas obligadas conforme a lo dispuesto en el real decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica en el Real decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. También recomienda añadir cláusulas de control y verificación del cumplimiento de los criterios relacionados con la igualdad de género.

Por ello resulta conveniente incluir en los contratos una condición especial de ejecución que obligue a la empresa adjudicataria a demostrar que cumple sus obligaciones respecto a los planes de

igualdad. A modo de ejemplo podrá incluirse la siguiente cláusula:

“el adjudicatario del contrato si tiene una plantilla de más de 50 trabajadores o se le aplica un convenio colectivo que le exige tener un Plan de Igualdad, o la autoridad laboral como consecuencia de un procedimiento sancionador le ha obligado a elaborarlo, deberá aportar las medidas concretas que ha incorporado a la empresa para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres a lo largo de la ejecución del contrato.

En el resto de los casos deberá aportar las medidas concretas que ha incorporado o vaya a incorporar para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres a lo largo de la ejecución del contrato.”

V. CARÁCTER DEL REGISTRO DE LOS PLANES DE IGUALDAD

La normativa que hemos citado determina que los planes de igualdad debe ser objeto de registro, surgiendo la duda sobre el carácter de dicho registro, eso es, tiene carácter declarativo o constitutivo. A priori y a la luz de la normativa al respecto parece que el registro es obligatorio por lo que podría entenderse que tiene carácter constitutivo y no meramente declarativo. No obstante, los Tribunales Administrativos de Recursos contractuales no están llegando a conclusiones uniformes sobre esta cuestión, lo cual evidentemente constituye un serio problema en la práctica.

Una primera postura es la mantenida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que mantiene el carácter declarativo del registro.

Así, el TACRC, en su Resolución 1664/2022, de 29.12.2022, viene a concluir que *“la inscripción del plan de igualdad, si bien es obligatoria conforme al artículo 46 de la LO 3/2007 y del artículo 11 del R.D. 901/2020, lo es a los efectos de publicidad (artículo 11.3 de esta última norma), y no tiene carácter constitutivo. En este sentido, es claro el artículo 9 del citado R.D. cuando afirma que el periodo de vigencia o duración de los planes de igualdad será determinado, en su caso, por las partes negociadoras y no podrá ser superior a cuatro años; no estando condicionado ni afectado en forma alguna por su inscripción”*. El registro no tiene carácter constitutivo para este órgano administrativo, por lo que un plan válidamente negociado puede tener efectos, al menos en materia de contratación pública, a pesar

de no estar inscrito. En ese sentido, podría haber un incumplimiento de la legislación laboral, pero sin consecuencias en el ámbito de la contratación pública. No se trataría de un trámite constitutivo, sino meramente declarativo.

El TACRC en su reciente Resolución 238/2023, de 3 de marzo, mantiene que *“sería ilógico y desproporcionado con la finalidad que persiguen la citada Ley Orgánica 3/2007 y la LCSP que, existiendo un plan de igualdad negociado y acordado entre las partes, la empresa pudiera estar incurso en prohibición para contratar por el hecho de no estar inscrito dicho Plan en el registro”*. En este mismo sentido podemos citar la Resolución 472/2023, de 20 de abril.

En suma, a juicio del TACRC, lo importante para el adjudicatario de un contrato público es contar efectivamente con un plan de igualdad, lo que, en principio, puede acreditarse con una mera declaración responsable ante la mesa de contratación, sin perjuicio de que la inscripción en el REGCON sea obligatoria de acuerdo con la normativa laboral.

En consecuencia, no cabe entender que la obligada inscripción de los planes de igualdad prevista en el Real Decreto 901/2020 pueda operar en el ámbito de la contratación pública a los efectos del artículo 71.1.d) de la LCSP. Reducida la inscripción del plan de igualdad en el REGCON a una cuestión de simple publicidad, procede concluir que a las mesas de contratación les cabe seguir considerando acreditado el plan de igualdad de las empresas de más de cincuenta trabajadores con la mera declaración responsable incorporada al DEUC y al pertinente anexo del PCAP, sin necesidad de consultar el REGCON, salvo que surgieran dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de esa declaración o resultara necesario para el buen desarrollo del procedimiento. En tales casos, se adoptarían las medidas oportunas para comprobar el cumplimiento de este requisito al amparo de los artículos 140.3 y 201 de la LCSP, con la posibilidad de consultar el REGCON como indicio de la tenencia de un plan de igualdad y sin descartar otros medios de prueba.

Frente a esta postura hay tribunales administrativos de recursos contractuales que mantienen el carácter constitutivo del registro.

Así, el TARC de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su resolución 581/2022, de fecha 07.12.2022, desestimó el recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de un licitador que no tenía inscrito su plan de igualdad con el siguiente argumento: *“no es posible acoger el argumento de la recurrente de que el plan adquiere*

virtualidad, legalidad y despliega todo su contenido obligacional en el momento de su firma (al menos para las partes firmantes: empresa y trabajadores adscritos a la misma) careciendo de relevancia otras cuestiones puramente formales». Y ello porque «la normativa sectorial se refiere expresamente a la obligación de inscripción de los planes, siendo así que el registro e inscripción del plan presupone la previa realización de un examen o análisis de legalidad del plan por parte de la autoridad laboral competente».

Así pues, razona el TARCJA, la inscripción «no es un mero requisito formal ni se practica a los solos efectos de conocimiento y publicidad del plan»; por el contrario, “supone el ejercicio previo de un control de legalidad del contenido del plan, cumpliendo una función sustantiva”.

La consecuencia es clara: “sólo a partir de la inscripción en registro, el plan de igualdad goza de virtualidad plena y permite entender cumplida la normativa sectorial vigente en esta materia”.

A una conclusión similar se había llegado en resoluciones anteriores, como la 54/2022, de 28 de enero de 2022, 308/2022, de 2.9.2022 478/2022, de 5.10.2022, la 503/2022, de 21.10.2022, o la 512/2022, de 28.10.2022, entre otras. En todas ha concluido que sí resulta exigible la inscripción para que se pueda considerar acreditada la exigencia legal de disponer de un plan. En su visión, el registro sí sería constitutivo, y su ausencia implica la pérdida de validez de este documento, y consecuentemente el incumplimiento de las exigencias de la Ley de Contratos del Sector Público.

A mayor abundamiento el TARC de la Junta de Andalucía en su Resolución 512/2022, de 28 de octubre, mantiene que sólo la aportación a la licitación del plan de igualdad y la acreditación de su inscripción en el registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo permite constatar la inexistencia de dicha circunstancia de prohibición. Además, el Tribunal recuerda que la mera declaración de ROLECE no puede dar fe de su falta de concurrencia pues el art. 72.1 LCSP dispone que la prohibición debe ser apreciada directamente por el órgano de contratación y el art.73.2 LCSP no prevé la inscripción en ROLECE de la misma.

Por ello, entiende que la Mesa, con base en el propio pliego, debió verificar la exigencia de posible causa de prohibición de contratar por parte de la ahora adjudicataria y tuvo que exigirle la presentación del plan de igualdad y de su inscripción en el registro correspondiente. En consecuencia, estima el recurso y anula la adjudicación del contrato

ordenando la retroacción de las actuaciones para que se le solicite a la propuesta como adjudicataria la acreditación de tales extremos.

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 69/2023, de 16 de febrero, considera que es necesario que el plan esté inscrito. En este sentido señala que la Resolución 69/2023, de 16 de febrero, señaló que “la inscripción era obligatoria como prueba de la validez del Plan de Igualdad”, pues “establece una presunción sobre su validez, porque la adecuación a derecho de los documentos presentados se califica por la autoridad laboral antes de la inscripción”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el TACP de la Comunidad de Madrid ha matizado esa postura en pronunciamientos posteriores: en la Resolución 95/2023, de 2 de marzo, reconoce que “la forma de acreditar que el licitador tiene un Plan de Igualdad es mediante declaración responsable (...). Sin embargo, ello no es obstáculo para que pueda solicitar al licitador que acredite la inscripción del Plan en el registro cuando se le planteen alguna duda al respecto”. En similares términos se pronuncia la Resolución 118/2023, de 16 de marzo, que señala que “la obligación del licitador es contar con un plan de igualdad en los términos legalmente exigido, de modo que esta obligación no se agota por la presentación de una declaración responsable, ya que esta no es sino una forma de acreditar la veracidad del cumplimiento de dicha obligación, que obviamente puede ser contrastada por el órgano de 4 contratación a través de los mecanismos que le otorga la LCSP, en concreto los artículos 140.3 y 201 (...)”. La postura adoptada por el TACP en sus últimas resoluciones se aproxima a las pautas marcadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Recientemente, nos hemos encontrado con una tercera posición a este respecto, sostenida por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Resolución 125/2022, de 23 de diciembre. Este no se ha pronunciado sobre la naturaleza de la inscripción, sino que ha declarado su incompetencia para admitir un recurso contra una adjudicación de un contrato basado en el reproche de su falta de inscripción, cuando el pliego no lo exigía expresamente, señalando que “no se encuentra dentro de sus competencias valorar si el requisito de la inscripción del plan de igualdad en el REGCON es o no un requisito de carácter sustantivo, en tanto que se trata de una cuestión que no se resuelve aplicando la normativa contractual, a diferencia del requisito de la inscripción en el ROLECE – según se exige en el Anexo III del PCAP-, o en otros casos cuando los

propios pliegos de prescripciones técnicas demandan que las licitadoras aporten la inscripción en un concreto registro”.

Se comprueba, de esta manera, que existe una importante controversia en este punto, lo que genera inseguridad jurídica para las empresas que quieran contratar en el sector público, especialmente para las que operan en distintos territorios y, por tanto, son competentes más de un tribunal administrativo de recursos contractuales para la resolución de las controversias. Lo cierto es que algunas empresas se han acostumbrado a utilizar el plan de igualdad (mejor dicho, los posibles problemas con éste) como un instrumento para atacar a sus competidoras en los concursos públicos, aprovechando las facilidades que supone tener un registro público.

La realidad es que la única manera de superar esta inseguridad es disponer de un plan válidamente negociado e inscrito, que asegure el cumplimiento del requisito legal también frente a las empresas competidoras. Pero también sería conveniente que se aclarara cuál es el valor de su inscripción en el REGCON.

VI. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- Los planes de igualdad se configuran como una herramienta especialmente adecuada para hacer realidad la igualdad de género.
- Actualmente constituye una causa de prohibición para contratar con el sector público no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad en el caso de empresas de 50 o más trabajadores. Causas de prohibición de contratar que deben interpretarse siempre de forma restringida dado su carácter sancionador.
- No es adecuado recoger la tenencia de un plan de igualdad dentro de los pliegos de cláusulas administrativas particulares como criterio de adjudicación.
- Sí sería posible su incorporación como una condición especial de ejecución, con la finalidad de poder verificar a lo largo de la ejecución del contrato que se están aplicando medidas tendentes a conseguir la igualdad entre mujeres y hombres.

- No hay un criterio uniforme acerca del carácter que debe tener el registro de los planes de igualdad dentro de la contratación pública. Es esencial alcanzar un posicionamiento uniforme al respecto, siendo una solución para ello que la propia normativa de contratación pública lo regulara de forma más amplia y detallada, señalando expresamente el carácter del registro en el ámbito de la contratación administrativa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Accuosto Suárez, Andrea, *Combatiendo la desigualdad en la empresa con compliance de elevada calidad*. LA LEY compliance penal, N.º 11, Sección Actualidad profesional, Cuarto trimestre de 2022, LA LEY.
- Aragón Gómez, Cristina; Nieto Rojas, Patricia. *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, edición n.º 1, CISS, 2021.
- Candela Talavero, José Enrique, *La inscripción del Plan de Igualdad tiene carácter constitutivo*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 172, marzo-Abril 2021.
- Carbonero Gallardo, José Miguel, *Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 153, Enero-Febrero 2018.
- De Jesús Silvano, Sandra M., *El plan de igualdad y sus fases*. Diario La Ley, N.º 9746, 1 de Diciembre de 2020.
- Domínguez-Alcahud García-Atance, Victoria, *La implementación de las políticas públicas a través de la contratación estratégica*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 167, mayo-Junio 2020.
- Duart Rosa, Yolanda, *La contratación pública responsable como dimensión estratégica para la implementación de políticas públicas*. El Consultor de los Ayuntamientos, N.º II, Sección Opiniones, mayo 2020, pág. 57.
- Gallego Córcoles, Isabel, *Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 159, enero-febrero 2019.

- Gallego Córcoles, Isabel, *Los criterios de adjudicación en los contratos públicos*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 159, Enero-Febrero 2019.
- Gallego Córcoles, Isabel, *Advertencia de las prohibiciones de contratar por parte del órgano de contratación*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 152, noviembre-diciembre 2017.
- Medina Arnáiz, Teresa, *El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 85, abril 2009.
- Palacín Sáenz, Bernabé, *Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 153, enero-febrero 2018.
- Pérez Delgado, Manuel; Rodríguez Pérez, Rosario P. *Reglas para la determinación y aplicación de los criterios de adjudicación*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 185, mayo-junio 2023, LA LEY.
- Pérez Delgado, Manuel y Rodríguez Pérez, Rosario P., *Es necesaria la aportación documental del plan de igualdad y de su inscripción en el registro de convenios y acuerdos colectivos a fin de demostrar que no se está incurso en la prohibición de contratar del art. 71.1 d) LCSP*. Contratación Administrativa Práctica, N.º 184, Sección La administración opina, marzo-abril 2023, LA LEY.
- Peinado Aguilera, Inmaculada, *La nueva Estrategia Europea para la Igualdad: orientaciones, iniciativas y acción política bajo el mandato de von der Leyen*. Diario LA LEY, N.º 10248, 15 de marzo de 2023.
- Peinado Aguilera, Inmaculada, *Advertencia de las prohibiciones de contratar por parte del órgano de contratación*. Diario LA LEY, N.º 10248, Sección Tribuna, 15 de marzo de 2023, LA LEY.
- Ramos Quintana, Margarita Isabel, *Los planes de igualdad en las empresas tras su reciente desarrollo reglamentario*. Trabajo y Derecho, N.º 66, junio 2020.

VIII. RESOLUCIONES CONSULTADAS

Resoluciones del TACRC y de los TARC de las diferentes Comunidades Autónomas.

- Guías del Ministerio de Igualdad para incorporar la perspectiva de género en las actuaciones financiadas en el marco del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia.
- Orientaciones para la incorporación de criterios transversales para la ejecución del Plan de recuperación, transformación y resiliencia elaboradas por el Comité Técnico del referido Plan.