

El Confidencial 18/01/2024

LOS PLANES DE IGUALDAD Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA

La contratación pública ha pasado de ser un mero instrumento de compra pública a convertirse— como sostiene la ENCP— en una "herramienta fundamental al servicio de políticas públicas"



Los planes de igualdad y la contratación pública estratégica

En los últimos años, y sobre todo a raíz de la aprobación de la vigente Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP), la contratación pública ha pasado de ser un mero instrumento de compra pública a convertirse— como sostiene la Estrategia Nacional de Contratación Pública (ENCP)— en una “herramienta fundamental al servicio de políticas públicas”.

De esta forma, tanto al amparo de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública como, tras su transposición, con la LCSP y sus sucesivas modificaciones, los poderes públicos han incorporado, a través de diferentes mecanismos, limitaciones o condiciones para contratar con el sector público que responden de forma exclusiva a una finalidad social, medioambiental, de cumplimiento normativo o de lucha contra la corrupción.

Y efectivamente, parece que está funcionando. Aunque no aparezca motivada por una conciencia social o medioambiental más profunda o arraigadas, el mero interés de contratar con el sector público lleva a muchas empresas a establecer una cultura de cumplimiento dentro de sus organizaciones que puede ser beneficioso en términos globales para toda la sociedad.

Todo lo anterior, sin embargo, no puede ignorar que el cumplimiento de las obligaciones tiene que ser un cumplimiento material y que los formulismos excesivos y determinados trámites y procedimientos pueden en ocasiones suponer trabas injustificadas a la actividad de las empresas que deriven en injusticias y que limiten de forma gratuita la competencia en el mercado. Y esto es, en opinión de quien suscribe, lo que parece estar pasando con los planes de igualdad en el marco de la contratación pública.

En España, con la finalidad de promover la igualdad efectiva entre hombre y mujeres, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, impone a las empresas de cincuenta o más trabajadores la obligación de contar con un plan de igualdad. Por su parte, para forzar el cumplimiento de esta norma, la LCSP recoge como un supuesto de prohibición de contratar con la Administración precisamente la relativa a la ausencia de un plan de igualdad en el seno de la empresa.

La existencia de esta prohibición de contratar está generando mucha conflictividad en el marco de los concursos debido a los obstáculos que muchas empresas están encontrando tanto para aprobar o renovar sus planes de igualdad como para inscribirlos en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad. No es objeto de este trabajo referirme a los problemas procedimentales innegables que están sufriendo las empresas para aprobar (y sobre todo para renovar) sus planes, derivados principalmente de las dificultades para contar con representación sindical y comparecencia de los sindicatos en la aprobación de los planes. No obstante, el hecho cierto es que empresas con medidas de igualdad implantadas y efectivas, con planes aprobados y solo pendientes de renovación, se han visto privadas de la posibilidad de contratar con la Administración, por lo que constituyen meras trabas burocráticas.

Sin embargo, observamos vientos de cambio que esperamos se consoliden para el bien de la Administración, las empresas y, en última instancia, el propio mercado. Así, aunque inicialmente los tribunales administrativos de recursos contractuales adoptaron una postura restrictiva con respecto a la admisión de licitadores cuyos planes de igualdad no estaban registrados al momento de la licitación, existe ya una línea doctrinal amparada en un buen número de resoluciones administrativas (a esta fecha todavía no hemos encontrado ninguna resolución judicial que lo confirme), que sostienen que, a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, lo relevante es demostrar que la empresa cuenta con un plan de igualdad y que está aplicando de forma efectiva dentro de la organización, medidas tendentes a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres.

En efecto, de acuerdo con el artículo 57.2 de la Directiva 2014/24/UE, se reconoce el derecho de los licitadores a acreditar que han adoptado medidas suficientes para demostrar el cumplimiento de sus obligaciones materiales que eviten su exclusión del procedimiento, considerándose a estos efectos como una medida de self cleaning la demostración de que la empresa cuenta y aplica de forma efectiva un plan de igualdad, aunque no esté formalmente registrado (Resolución 209/2023, de 25 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Madrid).

Así, aunque inevitablemente todavía no hay un amplio consenso y el tema está lejos de estar resuelto, creemos que podría (y en nuestra opinión, debería) consolidarse esta nueva línea doctrinal que sostiene que, puesto que lo que la normativa en materia de igualdad y la propia LCSP persiguen es la efectiva aplicación de medidas de igualdad, la obligación de contar con estos planes a los efectos de la contratación pública debe interpretarse de acuerdo con un criterio finalista y proporcionado, basándose en la prueba de la existencia efectiva de medidas concretas en materia de igualdad.