



INFORME 10/2021, DE 20 DE ABRIL, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

OBJETO: PROYECTO DE ORDEN DE LA CONSEJERA DE GOBERNANZA PÚBLICA Y AUTOGOBIERNO QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN EN CASOS DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

I.- ANTECEDENTES.

Con fecha 6 de abril de 2021 se realiza solicitud de informe formulada por el Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno en relación con el PROYECTO DE ORDEN DE LA CONSEJERA DE GOBERNANZA PÚBLICA Y AUTOGOBIERNO QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN EN CASOS DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS.

En el expediente, tramitado a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia AAAA_ORD_108341/20_04, constan los siguientes documentos:

- Memoria Justificativa
- Texto del Proyecto de Orden
- Informe jurídico departamental
- Solicitud de informe de la Junta Asesora de Contratación Pública

II.- COMPETENCIA.

El presente informe se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante Decreto 116/2016), y la letra b) del mismo artículo, por tratarse de un proyecto de Orden de una Consejera de la Administración de la Comunidad



Autónoma de Euskadi que incide en la contratación pública, pues marca los protocolos en materia de lucha contra el acoso sexual y por razón de sexos que han de regir, entre otros muchos ámbitos, en la misma.

De acuerdo con el apartado 1 del artículo 30 del Decreto 116/2016, en relación con el apartado 2 del mismo, será el Pleno de la Junta Asesora el competente para el debate y en su caso aprobación del informe.

III.- CONTENIDO

El proyecto de Orden consta de seis capítulos (Compromisos, Disposiciones generales, Fases y garantías del procedimiento, Comunicación y acogida, Investigación, y Resolución y control en la aplicación de las medidas correctoras), además de cuatro Disposiciones Adicionales, una Derogatoria y cinco Finales.

El contenido relativo a contratación o que alude a ella indirectamente es el siguiente:

“Artículo 5.- Definición de ámbito laboral.

1.- Se entenderán realizadas en el ámbito laboral las conductas que se produzcan:

a) en los centros de trabajo de esta Administración; o

b) en cualquier lugar en el que las personas implicadas se encuentren por razón de su trabajo al servicio de esta Administración.

2.- Asimismo, se entenderán realizadas en el ámbito laboral, aunque se produzcan fuera de los lugares indicados en apartado anterior, aquellas conductas que se efectúen a través de cualquier medio o dispositivo electrónico que esta Administración haya facilitado a su personal para el desarrollo de su labor profesional.

Artículo 6.- Ámbito de aplicación.

1.- La presente norma será de aplicación a todas las empleadas y empleados públicos, a las personas que detenten cargos y al personal eventual de la Administración General de la CAE y sus Organismos Autónomos, que se encuentren en situaciones susceptibles de ser consideradas como acoso sexual o acoso por razón de sexo y siempre que se produzcan dentro del ámbito laboral de esta Administración, conforme a las definiciones recogidas en los artículos 4 y 5.

2.- Asimismo, esta orden se aplicará con carácter general y de forma preferente en aquellos casos de posible acoso sexual o por razón de sexo en los que esté implicado

personal dependiente de esta Administración y personal de una empresa, entidad o administración ajena. Ello sin perjuicio de que esta Administración, en virtud de lo previsto en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, adopte las medidas de coordinación necesarias con las empresas, entidades o administraciones en las que preste sus servicios el personal implicado ajeno a esta Administración.

Artículo 7.- Exclusiones.

1.- Quedan excluidas de la aplicación de la presente orden aquellas conductas que se produzcan fuera de los ámbitos descritos en el artículo 5. No obstante, en estos supuestos, siempre que el vínculo o la relación entre las personas implicadas se haya establecido por razón de su trabajo, esta Administración, en cumplimiento del deber de proteger la salud de su personal y con base en su compromiso con el cambio cultural de la organización de acuerdo al principio de tolerancia cero frente al acoso sexual y por razón de sexo, adoptará las medidas de orientación, acompañamiento y asesoramiento que sean necesarias con relación al personal a su servicio.

2.- Esta orden no se aplicará:

- a) En aquellos casos en los que las partes implicadas sean exclusivamente personal ajeno a esta Administración. No obstante, en estos supuestos, cuando las conductas hayan tenido lugar en un centro de trabajo de esta Administración, esta colaborará con la empresa, entidad o administración a la que pertenezcan las personas afectadas, con el fin de facilitar la puesta en marcha de sus respectivos procedimientos de actuación.
- b) Personas usuarias de los servicios públicos prestados en el ámbito de la Administración General y Organismos Autónomos, a las que se aplicará el procedimiento específico existente en esta Administración.”

“Disposición adicional 3ª.- Contratación pública

Los contratos y convenios suscritos por esta administración incluirán una cláusula relativa a la aplicación preferente de este procedimiento en casos de acoso sexual o por razón de sexo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2.”



Por tanto, hay una referencia explícita a la contratación en la disposición adicional transcrita, a la que ha de oponerse una primera objeción de que no es acertado incluir bajo un epígrafe titulado "Contratación pública" una referencia que incluya "y convenios", ya que el contenido y regulación de estos no ha de confundirse en modo alguno con el de la contratación. Por ello se recomienda separar estos dos ámbitos en dos disposiciones diferenciadas.

En segundo lugar, la aplicación "preferente" de este procedimiento debería incluir el matiz de que la preferencia operaría en su caso frente a los protocolos que tuviera la contratista, y siempre respetando el límite de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución. Sobre dicho artículo, el Tribunal Constitucional ha dicho que "la libertad de empresa es no sólo un corolario de lo que hemos denominado "Constitución económica" sino sobre todo una garantía de las relaciones entre empresarios y trabajadores, sin que suponga limitación alguna a los derechos fundamentales de estos últimos (SSTC 88/1985, 80/2001, 20/2002 y 75/2010, de 19 octubre)". En tal sentido, puede entenderse la racionalidad de la disposición adicional de la orden, que de otro modo difícilmente podría, y menos desde el punto de vista del rango normativo y de la distribución de competencias Estado-autonomías, limitar el derecho constitucionalmente garantizado por el mencionado artículo 38. Pero en cualquier caso debe aplicarse la orden con extrema cautela en el caso de las personas trabajadoras que ejecutan el contrato como parte de la contratista o subcontratista.

En tal sentido, sólo cabra su aplicación a dichas personas en el supuesto recogido del apartado 2 del artículo 6 de la Orden ("en aquellos casos de posible acoso sexual o por razón de sexo en los que esté implicado personal dependiente de esta Administración y personal de una empresa, entidad o administración ajena"), y debería añadirse a este inciso "que opere en colaboración con aquellos en virtud de un contrato, convenio o negocio jurídico que les sitúe en el ámbito laboral al que se refiere el artículo 5."

Por otro lado, el artículo 7 en su apartado primero podría ser objeto también de inclusión en pliegos, y no se entiende muy bien lo que significa su apartado 2. Si no se aplicará la orden a las personas usuarias de los servicios públicos, sino "el procedimiento específico existente en esta Administración", no queda muy claro qué protocolo se aplicaría, y sí parece una cuestión importante.

Así las cosas, cabe preguntarse en qué cláusula de los pliegos de contratación puede introducirse lo preceptuado. En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y



2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo LCSP), en el apartado 3 de su artículo 1 dice:

“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que guarde relación con el objeto del contrato [...]”.

Los artículos 122 y siguientes LCSP hablan de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan, y en las prescripciones técnicas cabe incluir su impacto social de acuerdo a la normativa internacional, europea y nacional y “siempre que estén vinculados al objeto del contrato y guarden proporción con el valor y los objetivos de éste”.

El artículo 145 versa sobre los criterios de adjudicación de los contratos, que han de determinar la mejor relación calidad-precio o coste-eficacia, y que “podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, [...] Las características sociales [...] (aspectos laborales y de igualdad de género en el ámbito laboral, en su caso).

Por último, el apartado 6 del propio artículo 145 explica la vinculación con el objeto del contrato, que no es otra que “cuando se refiera o integre las prestaciones que deben realizarse”.

En la estela de los planteamientos sociales, los artículos 201 y 202 obligan a cumplir las disposiciones de derecho nacional, europeo e internacional en vigor (el primero) y permiten establecer condiciones especiales de ejecución del contrato “de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden”, vinculadas a su objeto (el segundo). El apartado 2 del artículo 202 acota un poco más al decir que “Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social”.

Sin embargo, la Resolución nº 897/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 31 de julio, resuelve la cuestión al ser preguntado directamente sobre la posibilidad de introducir condiciones especiales de ejecución de tipo lingüístico (en el caso, sobre el uso del catalán):

“Como podemos observar, en los textos reproducidos solo se alude y se permite establecer condiciones especiales de ejecución consistentes en consideraciones

económicas o relacionadas con la innovación, o de tipo medioambiental, social o relativas al empleo. Es decir, la economía sostenible.

[...]

Pues bien, distintos de esas condiciones especiales de ejecución son las obligaciones y los requisitos legales de general aplicación y obligatorios o preceptivos impuestos por la normativa legal correspondiente, que, siempre se han de cumplir, pero no por ello pasan a ser condiciones especiales de ejecución.

[...]

Es cierto que la enumeración de posibles condiciones de ejecución, como también la de criterios de adjudicación cualitativos, es genérica y meramente enunciativa, pudiendo imponerse también otras condiciones o criterios "sociales" similares que cumplan los requisitos generales establecidos para ello."

Todo ello vuelve a ser recogido y explicado con mucha claridad en la Resolución 563/2020, de 23 de abril, del mismo Tribunal.

Es decir, se niega la posibilidad de imponer condiciones especiales de ejecución plasmadas en la normativa general, pero ello no obsta para que se deba cumplir dicha normativa, pero deberá hacerse sin entender que la obligación nace ex contractu. No parece que ninguno de los apartados de las cláusulas específicas de un contrato, que recogen obligaciones que nacen del mismo para la contratista, sea susceptible de recoger la preferencia del procedimiento de actuación que marca la Orden. Y es difícil también incardinar la obligatoriedad de una Orden para agentes externos a la Administración destinataria.

Por tanto, tras la aprobación de la Orden, esta Junta introduciría una nueva letra en la Cláusula de "Régimen jurídico del contrato" de las Condiciones Generales de los modelos tipo de contratos, siguiendo las consideraciones de la misma pero con la mayor prudencia.

Sin embargo, la problemática más importante se presenta desde el punto de vista del ámbito subjetivo administrativo de aplicación. La Orden extiende su alcance tan sólo a "la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos", y el ámbito de aplicación del Decreto 116/2016 –y por tanto de los modelos de pliegos- abarca además de dichos sujetos a (artículo 2, apartado 2, letras c) y d)):

-Los Entes Públicos de Derecho Privado que por sus características, reúnan los requisitos establecidos en la legislación básica en materia de contratos públicos para su consideración como Administraciones Públicas



-Los Consorcios cuando no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado
Por tanto, incluir una cláusula por defecto en todos los pliegos, que se convierten en lex contractus desde el momento que se publican para cada licitación, obligaría a adoptar una de estas posturas:

- No incluir dicha cláusula
- Incluirla con indicación expresa de que sólo opera cuando el órgano de contratación pertenezca a la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi o sus Organismos Autónomos

La segunda opción propuesta, sin embargo, generaría una regulación no uniforme, lo cual llevaría a las licitadoras mayor inseguridad y añadiría un plus de complejidad a una materia ya de por sí bastante compleja, ya que las licitadoras se presentan y resultan contratistas de prestaciones para todos los órganos de la Administración autonómica.

Y en tal sentido invitamos a una reflexión sobre el proyecto de Orden en este punto.

Por lo expuesto, se emite **INFORME FAVORABLE** al PROYECTO DE ORDEN DE LA CONSEJERA DE GOBERNANZA PÚBLICA Y AUTOGOBIERNO QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN EN CASOS DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI Y SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS una vez se haya adaptado su contenido a las directrices y recomendaciones del presente informe.