

La prevención del acoso a través de las cláusulas sociales en los contratos del sector público (1)

Alicia Villalba Sánchez

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo

Universidad de Santiago de Compostela

Trabajo y Derecho, Nº 71, Sección Estudios, Noviembre 2020, Wolters Kluwer

LA LEY 12584/2020

Title

Social clauses in public procurement law concerning the prevention of harassment

Resumen

Las entidades pertenecientes al sector público han de acudir a otras, de naturaleza privada, a fin de procurarse los bienes y servicios necesarios para la consecución de sus objetivos. Las relaciones con ellos entabladas se han instrumentalizado a través de contratos de cuya preparación, celebración y ejecución se ha ocupado el Derecho Público, con el firme propósito de garantizar la selección del oferente que haya presentado la propuesta más ventajosa. Su valoración, sin embargo, no depende de criterios exclusivamente económicos, desde que el legislador ha obligado a tomar en consideración aspectos relacionados con las condiciones de trabajo aplicables a la mano de obra que la empresa contratista adscriba a la ejecución del encargo. En particular, el contratante no puede desentenderse de su salud, bien porque el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social le atribuye algún tipo de responsabilidad, bien porque los postulados de la contratación pública socialmente responsable lo recomiendan. Siendo los de índole psicosocial riesgos de difícil detección y compleja erradicación, interesa abordar la inclusión de cláusulas sociales destinadas a la prevención y lucha contra cualesquiera conductas constitutivas de acoso que pudieran ser perpetradas o padecidas por los trabajadores implicados en la ejecución de los contratos suscritos por las Administraciones Públicas.

Palabras clave

Prevención de riesgos laborales. Acoso. Contratos del sector público. Cláusulas sociales. Libre circulación de trabajadores.

Abstract

Public sector entities must obtain from other entities, of a private nature, the goods and services needed to achieve their objectives. The relations established with them have been instrumented through contracts regulated by Public Law, with the purpose of guaranteeing the selection of the most advantageous offer. Its evaluation, however, does not depend on exclusively economic criteria, since the legislator obliges to take into consideration aspects related to the conditions of the workforce that the contractor destines to the execution of the contract. In particular, the contractor must take care of the health of his workers, either because Labour and Social Security Law attribute him some kind of responsibility, or because the postulates of socially responsible public procurement make it advisable. Since the psychosocial risks are difficult to detect and complex to eradicate, it is important to address the inclusion of social clauses for the prevention and fight against harassment perpetrated or suffered by the workers involved in the execution of the public sector contracts.

Keywords

Occupational risk prevention. Harassment. Public procurement. Social clauses. Free movement of workers.

I. Introducción

Las Administraciones Públicas están dotadas de medios, materiales y personales, destinados a la consecución de sus fines. Entre ellos se incluyen los bienes cuya titularidad ostentan y el personal a su servicio, vinculado por una relación de derecho público o laboral. Estos bienes y servicios no bastan, sin embargo, para el cumplimiento de sus fines, que han crecido en número y complejidad. La construcción del estado de bienestar justifica en buena parte su incremento cuantitativo y cualitativo, toda vez que la ampliación del ideal de cobertura corre pareja al desarrollo de un saber, tanto más vertiginoso cuando atañe a la tecnología y, en especial, a aquélla de índole digital. Aunque nada impide la prestación directa del amplio catálogo de servicios que hoy día se ofrece a la ciudadanía, la sofisticación inherente a algunos sugiere beneficiarse del conocimiento generado en el ámbito privado, dando cabida a la empresa como oferente de servicios especializados.

Con todo, el desarrollo del estado de bienestar y la evolución tecnológica no constituyen los únicos responsables del creciente recurso a proveedores externos. Razones de índole económica subyacen en la decisión de externalizar actividades otrora desempeñadas por personal propio de las Administraciones Públicas. Huelga reconocer que las restricciones a la contratación de empleados en pos de una austeridad impuesta tras la depresión económica no han hecho sino aunarse a la ya conocida propensión a la encomienda externa de obras y servicios por parte de las Administraciones Públicas. Con ello se asiste a una patente elusión de las responsabilidades inherentes a la figura del empleador mediante la contratación con otra persona jurídica, que asumirá ese rol para con los trabajadores destinados a la ejecución del contrato. En absoluto desconocida en el ámbito privado, esta práctica se antoja tanto más digna de crítica cuando es llevada a cabo por un ente cuya actuación no ha de inspirarse sino en el servicio objetivo a los intereses generales ([art. 103.1 de la Constitución Española de 1978](#), en adelante, CE). Sea como fuere, se ha propiciado, por una parte, el declive de la actuación unilateral de las Administraciones Públicas; y, por la otra, se ha atribuido un recobrado protagonismo al instrumento a través del cual se canaliza la colaboración público-privada: el contrato.

II. Orígenes del contenido social de los contratos del sector público

En sus orígenes, el tratamiento jurídico diferenciado del contrato público respondió a la conveniencia de sustraer su conocimiento al orden jurisdiccional civil. Las probables irregularidades contenidas en los destinados a la venta de bienes nacionales durante la Revolución Francesa, que difícilmente pasarían inadvertidas a ojos de un juzgador procedente del Antiguo Régimen, aconsejó someterlos a una jurisdicción de nuevo cuño (2) . Pero, en la actualidad, los fines que la CE atribuye a las Administraciones Públicas son los que justifican el régimen especial deparado a este contrato. Su prosecución se advierte desde su formación, inspirada en el interés general; pasa por su concertación, sometida a criterios tendentes a garantizar su adjudicación al mejor postor; y alcanza hasta su ejecución, jalonada de prerrogativas ajenas a cualquier sujeto de Derecho privado.

No exenta de discusión se halla la naturaleza jurídica de este instrumento que, en decir de la doctrina, pertenece al supra concepto de contrato (3) . Definido como acuerdo vinculante, en él encuentran cabida tanto el perteneciente al Derecho privado, como el disciplinado por el Derecho público, en atención al contratante. Que éste sea una Administración Pública confiere singularidad a un instrumento cuyo origen paccionado ha sido puesto en tela de juicio (4) , habida cuenta del desequilibrio que media entre el contratante y el contratado, con escaso poder para influir en su contenido. A la predeterminación normativa del contenido del contrato se ha acudido para sostener su naturaleza unilateral (5) . Quienes defendieron la unilateralidad y la legalidad como rasgos típicos del contrato administrativo observaron que su fuerza vinculante no traía causa de la conjunción de voluntades latente a cualquier acuerdo (6) . En dicho contexto, la adhesión del contratista no constituiría más que el presupuesto de una adjudicación que tampoco evidenciaría una manifestación

de la voluntad de la Administración (7) , sino la mera ejecución de la «voluntad de la Ley» (8) . Frente a esta tesis, se considera preferible la que defiende su origen convencional. Ésta asume, por una parte, el sometimiento de la Administración a la normativa que define buena parte de su contenido y su adjudicación, donde impera la unilateralidad (9) . Pero, por otra parte, atiende a la participación del adjudicatario en la formación del contenido del contrato a través de su oferta, luego aceptada por la Administración Pública (10) .

Si el compromiso del contratista, erigido en condición de validez e integrado en el contenido del contrato, permite apreciar la vinculación mutua propia de todo acuerdo (11) , el sometimiento de la Administración a la normativa rectora de la contratación pública condiciona un contenido que no deriva de la sola voluntad de los contratantes, sino dentro de los confines trazados por el interés general perseguido por la Administración Pública. Y es precisamente ese interés el que sustenta el reconocimiento de las prerrogativas que la Administración ostenta constante el cumplimiento del contrato (12) , a las cuales no puede renunciar sino conculcando los fines que le son propios.

En suma, la atribución de tales prerrogativas encuentra hoy su justificación en el propósito de un contrato cuya celebración y cumplimiento discurren ajenos a la autonomía de la voluntad rectora de aquéllos pertenecientes al Derecho privado. Dicho de otro modo, «la libertad contractual de la Administración está conferida al servicio y para el logro de objetivos y finalidades públicas que la [CE](#) determina o impone, de acuerdo con unos determinados valores éticos de racionalidad, eficacia y moralidad» (13) . Son estos valores los que integran el interés general, concepto jurídico indeterminado, no exento en la actualidad de una perspectiva social que atañe, en particular, a los trabajadores empeñados en la ejecución del contrato.

La invocación de normas sociales por aquéllas de origen administrativo reafirmaba, ya por aquel entonces, una concepción armónica del ordenamiento jurídico

Su presencia ha gozado de reflejo legal desde los albores de la legislación obrera. Muestra de la preocupación por el necesario respeto de la incipiente regulación de las condiciones de trabajo aplicables a los encargados de ejecutar un contrato público dio el Real Decreto de 20 de junio de 1902, de Estipulaciones sobre Contratos de Trabajo que deben consignarse en las Contratas de Obras Públicas. Cuando invitaba a «dar el ejemplo y aplicar [...] las leyes de la moral y de la economía social a las relaciones entre patrones y obreros» (14) recordaba, por una parte, la responsabilidad de la Administración

Pública, en tanto contratante cuya conducta no está dominada por el mero interés económico. Si bien la ventaja económica constituye un factor nada despreciable a tomar en consideración, la existencia de otros criterios susceptibles de modular una valoración exclusivamente cuantitativa se dejaba intuir. Por otra parte, la invocación de normas sociales por aquéllas de origen administrativo reafirmaba, ya por aquel entonces, una concepción armónica del ordenamiento jurídico, según la cual merecería todo reproche la adopción de disposiciones susceptibles de socavar la vigencia de lo preceptuado desde otra rama del Derecho reguladora de una realidad concurrente (15) .

Ya por aquel entonces la protección de la salud de los trabajadores afectos a las contratas destacaba entre los objetivos a alcanzar. No en vano la Exposición de Motivos del Real Decreto de 20 de junio de 1902 traía a colación la introducción en los pliegos de condiciones del Ministerio de Fomento de aquéllas por las cuales el contratista «quedaba obligado a asegurar la vida de sus operarios para todos los accidentes que, dependiendo del trabajo o estando con él relacionados, no fueran imputables a ignorancia, negligencia o temeridad». Que su previsión datara del año 1886, adelantándose a la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, daba fe del crucial papel que la contratación pública estaba destinada a desempeñar como refuerzo de la protección dispensada por las leyes obreras, apreciación que también se deduce de la responsabilidad administrativa que su art. 3 imputaba a las Diputaciones provinciales y a los Ayuntamientos.

Comparte este mismo espíritu el [Convenio 94 de la OIT \(1949\)](#) sobre las cláusulas de trabajo

(contratos celebrados por las autoridades públicas) (16) , cuyo texto es ya coetáneo de un Derecho del Trabajo desarrollado en muchos de los Estados signatarios, y también inspira la regulación de los contratos del sector público contenida en la [Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE](#). Aunque el citado [Convenio n.º 94 de la OIT](#) omite hacer mención expresa a la salud de los trabajadores cuando alude a las condiciones que han de ser respetadas por el adjudicatario del contrato, su relevancia se deduce de su [art. 3](#). En él se encomienda a la autoridad competente la adopción de «medidas pertinentes para garantizar a los trabajadores interesados condiciones de salud, seguridad y bienestar justas y razonables, cuando en virtud de la legislación nacional, de un contrato colectivo o de un laudo arbitral no sean ya aplicables las disposiciones apropiadas relativas a la salud, seguridad y bienestar de los trabajadores empleados en la ejecución de un contrato». Con mayor firmeza se pronuncia la [Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero](#). Ésta permite que las medidas destinadas a proteger la salud de ese personal estén sujetas a criterios o a condiciones de adjudicación de un contrato (cdo. 99), no sin antes prohibir que disposición alguna pueda impedir la imposición o ejecución de medidas necesarias para proteger la salud (cdo. 41).

De ambas disposiciones se deduce la preocupación por la salud de los trabajadores y su relevancia entre otros posibles contenidos del contrato. Diversas son las razones que sustentan esta inquietud. En el caso de que la ejecución de la prestación se lleve a cabo en locales propios de la empresa adjudicataria, tal preocupación deriva de la exposición a riesgos desconocidos por la Administración Pública, máxime cuando su materialización puede repercutir en el cumplimiento del contrato. Si, por el contrario, aquélla tiene lugar en centros de la Administración Pública contratante, el personal de la contratista queda a merced de riesgos derivados de la convivencia con empleados inmersos en otro ámbito de organización y dirección. En ambos supuestos, pero, en especial, en el último de los citados, se intuye la especial incidencia de los riesgos procedentes de las relaciones entabladas entre el personal perteneciente a sendos entes que, de traducirse en conductas violentas, dan lugar al acoso en el trabajo.

III. El acoso como riesgo a combatir en la contratación pública

El tratamiento jurídico del acoso en el marco de la contratación pública suscita interés por dos razones fundamentales. La primera estriba en la indeterminación de la conducta a atajar. La segunda atañe a la falta de contundencia del legislador a la hora de imponer la adopción de mecanismos de prevención y actuación.

Ilustra la primera la ausencia de una definición legal de acoso laboral en el Derecho español, cuya prevención todavía descansa sobre el genérico deber de protección consignado en el [art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales](#) —en adelante, [LPRL](#)—. Definido por la doctrina como un comportamiento reiterado, grave, de amplio contenido ejecutado con la intención de crear un entorno hostil, degradante u ofensivo (17) , se ha mostrado capaz de hacer su aparición en cualquier organización dotada de recursos humanos. Sobre lo poco inusual que es esta conducta dan testimonio los pronunciamientos judiciales que han pergeñado un concepto de acoso donde concurren como notas comunes los tres elementos que se acaban de mencionar (18) . Un grado aceptable de seguridad jurídica exigiría su tipificación legal, tarea que el legislador patrio no podrá posponer una vez sea ratificado y entre en vigor el Convenio 190 de la OIT (2019), sobre la violencia y el acoso, cuyo art. 7 obligará a los Estados firmantes a «adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género».

Este último tipo de acoso, y otros por los cuales se materializa un trato discriminatorio sí han sido objeto de tipificación por el legislador español merced a la transposición de la normativa comunitaria promulgada a tal efecto. Entre ellos destaca el perpetrado en función del sexo de la víctima,

abordado por la [Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002](#), que modifica la [Directiva 76/207/CEE](#) del Consejo 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 profesionales, y a las condiciones de trabajo. A tal efecto, proporcionó dos definiciones diferentes en función del contenido del comportamiento descrito, pero no hizo gala de una aceptable precisión terminológica. En concreto, aludió sin más al «acoso» como aquella «situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Acto seguido, definió en términos parecidos el «acoso sexual» como aquella situación generada por un comportamiento «de índole sexual» ([art. 1.2](#)). Las citadas directivas proporcionaron los cimientos sobre los cuales cada legislador nacional construyó diversos mecanismos de tutela frente al acoso discriminatorio por razón de sexo. En España, por fin recibió un tratamiento normativo específico con la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#) —en adelante, LOI—, cuyo [art. 7.2](#) recoge las definiciones de acoso sexual y por razón de sexo diseñadas por el legislador comunitario, aunque elude requerir que el comportamiento sea de carácter «no deseado» (19). Estas disposiciones, que supusieron el primer paso en la regulación de la violencia ejercida en el entorno laboral, llegaron al ordenamiento español sin haber estado precedidas, como era de esperar, por un marco jurídico conceptual propio aplicable al acoso moral. Se asiste así al curioso fenómeno consistente en la tipificación legal de la especie —acoso discriminatorio— con anterioridad al género al que pertenece.

La falta de contundencia del legislador a la hora de exigir la articulación de medidas de protección a las empresas evidencia la segunda razón que avala la necesidad de abordar el acoso en la contratación pública. Así, cuando de acoso sexual o por razón de sexo se tratare, encomendó a la Administración General del Estado negociar la aprobación de un protocolo. Pero, siendo las adjudicatarias personas jurídicas sometidas al Derecho privado, éstas permanecen exentas de elaborar un protocolo en sentido estricto. Con arreglo a lo preceptuado por el [art. 48 LOI](#), bastará con que arbitren «procedimientos específicos para su prevención» que sirvan para «dar cauce a las denuncias o reclamaciones», que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores. Si, además, se tratare de una empresa que contare con más de doscientos cincuenta trabajadores (20), o estuviere obligada por convenio colectivo o sanción, dicho contenido deberá plasmarse en un plan de igualdad ([art. 45](#) y [46 LOI](#)). En consecuencia, la menor diligencia exigible a las empresas en comparación con las Administraciones Públicas provoca que los trabajadores vinculados a las adjudicatarias estén desprovistos de la protección que se depara a los empleados de aquéllas, incluso cuando compartan un mismo entorno geográfico y temporal.

Conjurar el peligro que entraña la concreción de las conductas constitutivas de acoso y la ausencia de mecanismos de actuación en la empresa contratista exige la intervención de las Administraciones Públicas

Conjurar el peligro que entraña la concreción de las conductas constitutivas de acoso y la ausencia de mecanismos de actuación en la empresa contratista exige la intervención de las Administraciones Públicas. La salvaguardia de un interés general que no puede permanecer ajeno a la salud de los trabajadores dedicados a la ejecución del contrato ha justificado la existencia de un poder en la organización de la convivencia a cargo del comitente (21). La ausencia de toda relación jurídica entre aquellos trabajadores y la Administración Pública contratante obliga, no obstante, a concretar un

fundamento jurídico que repercuta en su relación laboral con el contratista. Y ello se consigue introduciendo cláusulas sociales que permitan a la Administración prevenir y actuar frente al acoso en la contratación pública.

IV. Las cláusulas sociales destinadas a la prevención y lucha frente al acoso en los contratos del sector público

Las cláusulas sociales han sido definidas como estipulaciones, de naturaleza normativa o contractual, en virtud de las cuales «se establecen compromisos específicos [...] de índole social y laboral en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública» (22) . Su análisis exige una previa clasificación con base en la cual se elucide su finalidad, se determine la etapa contractual en la que se incardinan y se deslinde su contenido. Todo ello con ánimo de identificar qué cláusulas sociales relativas a la salud de los trabajadores son lícitas y, dentro de éstas, cuáles resultan adecuadas para dispensarles una protección óptima.

En función de la finalidad en virtud del cual fueron consignadas, cabe distinguir las dirigidas a regular aspectos concernientes a la ejecución del contrato sobre los cuales la Administración contratante ostenta algún tipo de responsabilidad, de aquéllas cuya inclusión persigue garantizar el cumplimiento del contrato. De atenderse al momento en el cual surten efectos, es dable diferenciar las que prescriben criterios determinantes de la selección del adjudicatario, de las que persiguen condicionar la ejecución del contrato. Si se observa su contenido, es posible contraponer las que extienden la aplicación de un instrumento normativo allende su ámbito primigenio para brindar cobertura a los trabajadores de la empresa contratista, frente a las que consideran la adopción de otro tipo de medidas vinculadas a la tutela frente al acoso.

1. En función de su finalidad

1.1. Cláusulas destinadas a evitar la responsabilidad solidaria del contratante

La inclusión de criterios sociales en los contratos públicos deviene necesaria cuando existe una convivencia entre el personal vinculado a la contrata y el de la Administración Pública. Tal, acontece durante el cumplimiento del contrato de servicios, previsto en el [art. 17 de 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 adelante, [LCSP](#)—, y también en los contratos mixtos ([art. 18 LCSP](#)). También sucede en los contratos de obras ([art. 13 LPRL](#)) o concesión de obras ([art. 14 LPRL](#)), donde la Administración «se convierte en garante primero y principal de la salud y seguridad de cuantos trabajadores presten servicios en el espacio físico destinado a la construcción de la infraestructura pública (sean propios o ajenos), siendo además responsable directo de los daños sufridos por los trabajadores de los demás empresarios cuando se aprecie una infracción de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales» (23) .

La coexistencia de personas sometidas a la dirección, vigilancia y disciplina de distintos empleadores incrementa el riesgo que ya de por sí entrañan las relaciones humanas entabladas en el ámbito laboral. A ello se aúna el desconocimiento de los riesgos propios del nuevo entorno de trabajo, e incluso de los mecanismos de prevención y defensa existentes. Este desconocimiento puede provocar un «efecto multiplicador» que afecta, no sólo a la cantidad, sino «también a la cualidad o naturaleza de los riesgos» en cuestión (24) . Agravando la situación generada por los dos factores recién mencionados, obra su efecto la temporalidad padecida por unos trabajadores cuyo reclutamiento obedece en exclusiva a la ejecución de la contrata. Bien es cierto que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra de la validez de las cláusulas que consignan el final de contrata como condición resolutoria del contrato de trabajo al amparo del [art. 49.1.b\) ET](#) (25) . Pero también lo es que ha dejado expedita la vía del despido objetivo o colectivo, no muy oneroso cuando la antigüedad del trabajador es escasa. Y que, en posteriores pronunciamientos, se mostró proclive a admitir que la ejecución de la contrata constituye una obra o servicio determinado habilitante para la contratación temporal con arreglo a lo dispuesto en el [art. 15.1.a\) ET](#) (26) . Por ello, no falta quien considere lógico que el deber de vigilancia de las Administraciones Públicas se extienda al cumplimiento del conjunto de obligaciones preventivas propias del contratista «respecto a unos trabajadores que, en principio, sólo van a trabajar para esos empleadores y bajo la égida de ese

comitente en esa obra» (27) .

La situación descrita ha hecho aconsejable la imposición al contratante de un deber de vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales por parte del contratista ([arts. 14.1 y 24.3 LPRL](#)), cuya inobservancia le hará responsable solidario de su cumplimiento con relación a los trabajadores destinados en sus centros de trabajo ([art. 42 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en adelante, LISOS). La *culpa in vigilando* que esta norma atribuye al contratante descansa sobre tres requisitos, de concurrencia cumulativa. Requiere, en primer lugar, que exista un vínculo contractual entre el contratante, sobre el que recae, y la empresa contratista. Demanda, en segundo término, que el contrato pertenezca a la «propia actividad». Y, en tercer lugar, se despliega únicamente cuando aquélla se lleve a cabo en el centro de trabajo de la contratante.

En cuanto al primero de los requisitos, procede aclarar que la mención a las «empresas» como titulares de dicho deber por parte del [art. 24.3 LPRL](#) incluye a otros empleadores, como las Administraciones Públicas, en cuyo ámbito surte vigencia esta norma (28) . Sobre el segundo, baste evocar la incierta evolución jurisprudencial que parece inclinarse por un concepto amplio de «propia actividad» ([art. 42 ET](#)), dando cabida tanto a la inherente al ciclo productivo como a otras accesorias, pero necesarias para su correcto desarrollo (29) . Con arreglo a esta interpretación, «sólo quedarían fuera las obras o servicios contratados que estén desconectados de [la] finalidad productiva y de las actividades normales» de la contratante (30) . *Mutatis mutandis*, deben excluirse apenas aquellas actividades ajenas a los fines de las Administraciones Públicas (31) . En cuanto al tercero, procede acudir al desarrollo normativo de esta disposición para constatar que el centro de trabajo se ha de entender definido en un sentido más amplio que el acogido por el [art. 1.5 ET](#) (32) . A tenor del [art. 2.a\) del RD 171/2004, de 30 de enero](#), por el que se desarrolla el [artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales](#), en materia de coordinación de actividades empresariales, se considerará como tal «cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo». En consecuencia, siempre que la Administración tenga capacidad para poner a disposición del contratista y gestionar ese entorno, se entenderá cumplido el presupuesto locativo (33) .

Designado el titular y esbozado el supuesto de hecho de este deber, interesa abordar su objeto, que consiste en la vigilancia del cumplimiento de la «normativa de prevención de riesgos laborales» aplicable a cada una de las empresas. Su vaguedad ha dado cabida a diversas interpretaciones (34) . Una de las posibles limita el deber de vigilancia al proceder de la empresa contratada, sin que quepa llevar a cabo actuación directa alguna sobre sus empleados (35) . Es, sin duda, la más respetuosa con la distribución de los derechos y obligaciones nacidos de las diversas relaciones jurídicas concurrentes, y la que parece desprenderse del [RD 171/2004](#). Su [art. 10](#) exige al empresario principal recabar una acreditación escrita de la evaluación de riesgos y de la planificación de la actividad preventiva realizada por la contratista, además de otra destinada a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar servicios en su centro de trabajo.

La Administración Pública sólo podrá eximirse de esa responsabilidad solidaria mediante una vigilancia real y efectiva, cuya puesta en práctica exige la aplicación de protocolos que permitan la investigación de las conductas potencialmente

Sin embargo, como su [ap. 4](#) advierte de que el cumplimiento de este requisito formal se constatará «sin perjuicio de lo establecido en el [art. 42.3 LISOS](#)», la Administración Pública sólo podrá eximirse de esa responsabilidad solidaria mediante una vigilancia real y efectiva, cuya puesta en práctica exige la aplicación de protocolos que permitan la investigación de las conductas potencialmente constitutivas de acoso. Y, cuando de identificar y prevenir el acoso se trata, resulta ineludible abrir los procedimientos de tramitación de denuncias al personal destinado a la ejecución del contrato (36) ,

constitutivas de acoso máxime si el tenor literal del [art. 24.3 LPRL](#) no circunscribe el deber de vigilancia a la empresa contratista como único objeto de control, sino que se refiere al cumplimiento «de la normativa de prevención de riesgos laborales», finalidad que involucra a título individual a cada uno de los trabajadores afectados. Con tal propósito, procede introducir un fundamento que sustente la inclusión de trabajadores ajenos a la Administración Pública en los procedimientos de instrucción destinados a confirmar la existencia de acoso. Esta base jurídica será proporcionada por unas cláusulas sociales que, so pretexto de regular la relación entablada entre la Administración Pública y la empresa contratista, repercuten en el ejercicio de los deberes que ambas tienen para con los trabajadores encargados de la ejecución del contrato (37) .

Al objeto del deber de vigilancia se añade su contenido, que se ha de plasmar en las facultades que estas cláusulas atribuyan a la Administración Pública. A tal efecto, conviene distinguirlo del poder de control conferido al empresario por el [art. 20.3 ET](#), y del deber de proteger y de vigilar la salud de sus empleados ([arts. 14 y 22 LPRL](#)). Ambos recaen en quien ostenta la figura de empleador, y cualquier injerencia por parte de la Administración podría sembrar dudas acerca de la naturaleza de un contrato público que bien pudiera encubrir una cesión ilegal de trabajadores. Así pues, el contenido regulado en la cláusula social debe limitarse, en principio, a la articulación de procedimientos que permitan a la Administración Pública recabar la información imprescindible para concluir la existencia de acoso, conocida la cual corresponderá a la empresa contratista actuar contra los agresores integrantes de su plantilla. A falta de ellos, la Administración Pública carecería de medios para conocer el alcance de las conductas cometidas en su seno, actitud que podría reputarse culposa, de la cual podría emanar una responsabilidad que la jurisprudencia parece haber configurado de manera subjetiva, haciéndola depender de la «actuación negligente o incorrecta del empresario principal» (38) . Esta interpretación resulta acorde con la limitación del deber de vigilancia a los contratos pertenecientes a la propia actividad, pues es en este caso donde puede inferirse un comportamiento culposo de la Administración que, conocedora de los riesgos propios de la misma, no actúa para proteger a los trabajadores de la adjudicataria (39) . La *culpa in vigilando* de la Administración Pública permite, asimismo imputarle el recargo de prestaciones (40) , merced a una interpretación teleológica del concepto de «empresario infractor» contemplado en el [art. 164.2 LGSS](#), que, adaptada a esta relación tripartita propia de los procesos de externalización, comprende a contratante y contratista (41) .

De esta guisa, la normativa configura la vigilancia del contratante como un «deber amplio» (42) , que «discurre en paralelo con el deber de protección de los propios contratistas» y, en cierta medida, refuerza la condición de potencial infractor de la Administración (43) que, además, de afrontar la responsabilidad derivada de infracciones de sus propios deberes de prevención, asume la procedente de una deficiente vigilancia de la actividad preventiva del contratista. Lo determinante para su atribución es la mejor posición en la que se ubica el titular de unas dependencias donde unos trabajadores prestan servicios pertenecientes a su propia actividad —lo cual permite suponer cierta afinidad en los riesgos derivados de la misma— durante la ejecución de un contrato cuyo contenido conoce. No en vano se ha afirmado que el mecanismo del [art. 24.3 LPRL](#) proviene de la obligación de seguridad de la que es acreedor todo aquél que preste servicios «en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control» (44) . Es, por tanto, la existencia de este «conjunto productivo», delimitado en términos locativos y funcionales, sometido al control de la Administración, lo que justificó la atribución a ésta de una responsabilidad solidaria compartida con la contratista (45) .

La necesidad de neutralizar esta responsabilidad se erige así en el argumento decisivo que avala la incorporación de cláusulas sociales por las que se incluye al personal destinado a la ejecución del contrato público en el ámbito de aplicación subjetivo de los protocolos de los cuales se han dotado las Administraciones Públicas. En primer lugar, porque han sido redactados en atención a los riesgos concretos que afloran en su seno, y que no dejan de afectar a quienes acuden a prestar servicios

dentro de ellas. A tal efecto, no resulta extraño que protocolos diseñados para entornos específicos contemplen un ámbito conceptual adaptado a las conductas constitutivas de acoso de frecuente aparición, a las que no se sustrae quien comparta ese mismo centro de trabajo. En segundo término, porque la instrucción de un potencial caso que implique a miembros del personal procedente de la Administración contratante y de la empresa contratada requiere contar con la participación de ambos, lo cual no se puede conseguir si no se incluyen dentro del mismo procedimiento. Y, en tercer lugar, por el dispar nivel de protección deparado por protocolos de recentísima aparición, que trascienden en su desarrollo el mandato contenido en la [LOI](#). Se trata de aquéllos que tipifican subtipos de acoso discriminatorio, como el motivado por la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. El sometimiento a estándares de protección diversos podría provocar que un trabajador de la Administración sea protegido contra una conducta constitutiva de uno de esos tipos de acoso, beneficiándose del procedimiento establecido en el protocolo que lo contemple, por contraposición al personal de la contratista, que no hallaría medidas concretas de protección en su empresa, dado que la [LOI](#) no ordena adoptarlas.

La finalidad de estas cláusulas, llamadas a surtir efecto en el decurso de la ejecución del contrato, es esencialmente reguladora. Aunque con ellas no se pretende elevar el nivel de protección de los trabajadores destinados a ejecutar el contrato sobre otros pertenecientes a su empresa y/o sector, este objetivo pueda alcanzarse como efecto colateral. Sucedería en aquellos supuestos en los cuales la empresa contratista careciera de una normativa destinada a prevenir situaciones de acoso, o éstas pecaran de excesiva imprecisión. En tales casos, quizá debiera sorprender el reconocimiento de un deber de vigilar la aplicación de una protección inexistente o distinta, cuando se pretende su aplicación a trabajadores que prestan servicios en el mismo lugar de trabajo, de forma simultánea y en actividades afines (46) . Aunque se haya sostenido que estas cláusulas sociales se conformaban con reforzar el estándar de protección aplicable a cada empleador (47) sin ambicionar el establecimiento de uno propio, la evitación de una conducta negligente susceptible de ocasionar la responsabilidad solidaria de la Administración recomienda utilizarlas para homogeneizar la protección debida a todos los empleados incluidos dentro de la esfera de poder de la Administración Pública. Lo contrario daría pie a un trato diferenciado difícil de justificar entre trabajadores expuestos a idénticos riesgos.

Por añadidura, su preceptiva consignación en los contratos públicos deriva también del deber de protección que las Administraciones Públicas tienen para con su propio personal, cuya desprotección sería patente de carecer aquélla de instrumentos destinados a prevenir e investigar una hipotética agresión procedente de un trabajador de la empresa contratada.

Las cláusulas sociales permiten extender un estándar de protección diseñado en función de los riesgos propios del lugar de trabajo a todo el personal que presta servicios

De este modo, las cláusulas sociales permiten extender un estándar de protección diseñado en función de los riesgos propios del lugar de trabajo a todo el personal que presta servicios en el mismo, lo que supone ofrecer a los trabajadores de la adjudicataria una tutela eficaz. Dicho estándar, por lo demás, acostumbra a alcanzar un mayor grado de desarrollo que el hipotéticamente adoptado por la empresa contratista, habida cuenta de la mayor exigencia que la [LOI](#) impuso a las Administraciones Públicas en la prevención y lucha contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

1.2. Cláusulas destinadas a garantizar el correcto cumplimiento del contrato

La regulación de medidas susceptibles de neutralizar la responsabilidad solidaria que la [LPRL](#) atribuye a las Administraciones Públicas en los contratos de servicios pertenecientes a la propia actividad ejecutados en sus centros de trabajo justifica la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos contractuales, incluso dentro de los angostos confines que hoy constriñen la contratación pública dentro del Derecho de la Unión Europea. Con el propósito de garantizar la libre competencia entre

licitadores dentro del mercado interior, se ha condicionado la introducción de criterios sociales en la contratación pública a la superación de una serie de requisitos que atañen, fundamentalmente, a la fase de adjudicación. Sin ánimo de adelantar materia que será objeto de análisis en el siguiente subepígrafe, conviene avanzar que el más relevante consiste en supeditar su admisibilidad a su vinculación con el objeto del contrato.

Ninguna duda plantean las cláusulas analizadas en el apartado precedente. Baste recordar que el cumplimiento del contrato descansa sobre los servicios prestados por el personal encargado de ejecutarlo que, de incurrir en un comportamiento ofensivo, podría dar pie a la resolución del contrato administrativo [[art. 221.1.f\) LCSP](#)] si el contratista no pone remedio a esa situación por su cuenta.

Menos claro resulta constatar el cumplimiento de este requisito en los contratos de prestación de servicios ajenos a la propia actividad de la Administración, pero ejecutados en alguno de sus centros de trabajo. Aquí desaparece uno de los pilares sobre los que descansa la licitud de las cláusulas recién analizadas, cual es la íntima relación existente entre la actividad desarrollada y los riesgos inherentes a la misma, que la Administración se halla en óptimas condiciones de regular. Su ausencia explica que la [LPRL](#) eludiera atribuirle una *culpa in vigilando*, como hizo en los contratos pertenecientes a la propia actividad. En su lugar, le impuso un deber de información del que son acreedores aquellos empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo y sobre la cual se ha de dar traslado a los trabajadores que ejecuten la contrata. Éste versa sobre los riesgos existentes en el centro de trabajo y sobre las medidas de protección y prevención, así como sobre «las medidas de emergencia a aplicar» ([art. 24.2 LPRL](#)). Su incumplimiento supone la comisión de una infracción grave, tipificada en el [art. 12.1.14 LISOS](#). Esta responsabilidad administrativa se verá a su vez atenuada en atención a la condición del infractor. Que esta cualidad recaiga sobre una Administración provoca, entre otros efectos, la sustitución de la sanción por la adopción de medidas correctivas de los incumplimientos en cuestión, con arreglo a lo dispuesto en el [art. 45.1 LPRL](#) (48) .

Subsiste, no obstante, la responsabilidad de la Administración Pública en caso de que participe en la producción del resultado lesivo (49) . Puesto que la imputación del recargo se hará depender de que el incumplimiento forme parte de «la cadena causal» (50) del daño, le interesa arbitrar procedimientos que le permitan la pronta identificación de comportamientos constitutivos de acoso, incluso en las contratas ajenas a su actividad, susceptibles de afectar a los trabajadores de la contratista, pero también a sus propios trabajadores.

Existe, además, otro argumento que sustenta la inclusión de cláusulas sociales en esta clase de contratos, cual es el innegable interés de las Administraciones Públicas en garantizar su cumplimiento. Conviene reparar en su conformidad para prevenir las demoras e irregularidades en la ejecución que podría ocasionar la ausencia justificada de trabajadores cuyo contrato debiera ser suspendido por incapacidad temporal derivada de daños en la salud motivados por el acoso. Puesto que el cumplimiento de este contrato descansa sobre la prestación de servicios de unos trabajadores que, como se indicaba líneas atrás, acostumbra a ser contratado de forma temporal con el solo propósito de cumplir este encargo, no es descabellado suponer lo perjudicial que pudiera resultar su exposición a este riesgo para su buen fin.

En suma: la necesidad de brindar protección al personal de la contratante y el afán por evitar el incumplimiento del contrato avalan la conexión de las cláusulas sociales reguladoras del acoso en los contratos públicos de servicios con su objeto, aun cuando éstos dejen de pertenecer a la propia actividad de la Administración. La diversa actividad, no obstante, puede condicionar el contenido de la cláusula social, dado que la extensión del ámbito aplicativo de un instrumento jurídico concebido en función de la desarrollada por la Administración Pública puede devenir inadecuada, por más que los riesgos psicosociales atañen de manera transversal a cualesquiera sectores. Procede, en tales, casos, llevar a cabo un análisis casuístico para determinar su configuración.

Resta abordar la finalidad de las cláusulas sociales incorporadas en contratos cuyo cumplimiento discurre extramuros de la Administración Pública. Tal sucede en los de suministro ([art. 16 LCSP](#)). Su ejecución en un emplazamiento ajeno a la contratante reduce notablemente los riesgos a combatir, porque la ausencia de contacto entre los trabajadores de la Administración y los de la contratista impide que el acoso pueda darse entre ambos colectivos. Por consiguiente, las Administraciones Públicas no podrán justificar la introducción de cláusulas sociales en la protección debida a su personal ni en responsabilidad alguna para con el de la contratista. Llegados a este punto, procede preguntarse si las Administraciones Públicas pueden tener algún interés en introducir cláusulas sociales en materia de acoso en este tipo de contratos públicos y, de ser así, si existe algún fundamento legítimo que avale su consignación.

La primera pregunta merece una respuesta afirmativa, que descansa sobre dos posibles razones. Una estriba, de nuevo, en la garantía del cumplimiento del contrato. A tal efecto, se ha dicho que en los de suministro la conexión con el objeto del contrato se hallaría vinculada a las características del producto final, más que a las condiciones de trabajo de quienes lo elaboran (51). Pero, desde que esas condiciones pueden irrogar un efecto adverso, llegando a imposibilitar la entrega del objeto del contrato, existe un interés directo del empresario en contrarrestarlo. La frustración o demora en el cumplimiento del contrato, que podría derivar de una minoración de la plantilla de la contratista provocada por daños en la salud de sus componentes a raíz de una situación de acoso, justifica la previsión de criterios sociales tendentes a impedirlo.

La segunda razón entronca con el interés público que ha de guiar la actuación administrativa. No obstante, el Derecho de la Unión Europea ha restringido sensiblemente la facultad que los Estados miembros ostentaban a la hora de definir dicho interés, a menudo tentados a favorecer a los operadores económicos nacionales (52). Una interpretación laxa de la vinculación de los criterios sociales con el objeto del contrato (53) podría amparar su incorporación en un «retorno positivo directo» (54), «impacto positivo» o «retorno económico de lo social» (55) procedente de la mejora de la salud de los trabajadores. Ésta se traduciría en un ahorro del gasto público necesario para sufragar las prestaciones económicas y sanitarias que podrían lucrar las víctimas del acoso que se pretende erradicar. Ciertamente, la salud no constituye un criterio inaprehensible con base en parámetros económicos, dado que tiene un valor mensurable y, por ende, auditable. Sin embargo, este impacto social indirecto trasciende el espacio que el contrato público está llamado a regular, y que se circunscribe a su cumplimiento.

Esta interpretación encuentra apoyo en lo preceptuado por el [art. 33 LOI](#). Éste exhorta a las Administraciones Públicas a establecer condiciones especiales tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo a través de sus órganos de contratación. Y, en cuanto concierne a la Administración General del Estado, su [art. 34](#) permite establecer en los pliegos de contratación cláusulas administrativas particulares que otorguen preferencia en la adjudicación a aquellas ofertas que incluyan alguna medida al respecto. No obstante, supedita su incorporación a que la propuesta iguale a la más ventajosa desde un punto de vista objetivo. También se prevé su incorporación como condición de ejecución «conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público». La invocación de estos límites inherentes a la legislación en materia de contratos del sector público impide, por tanto, afirmar categóricamente la licitud de estas cláusulas sociales, pero invita a considerar su procedencia cuando su inclusión no conculque los límites establecidos por la [LSCP](#) y el Derecho de la Unión Europea.

Quienes abogan por una interpretación restrictiva de la vinculación de la cláusula al objeto contractual rechazan la utilización de la contratación pública con una finalidad que supera la esencialmente económica latente en todo contrato. Esta confusión puede permitir la selección de una oferta económicamente menos ventajosa que otra cuando se presente aderezada con criterios sociales que no incrementen la calidad del objeto del contrato o la eficiencia en su ejecución. Huelga añadir

que tales criterios pueden amparar un trato favorable a un contratante, pues la ausencia de una conexión concreta con el producto adquirido deja su diseño y consideración al arbitrio del poder adjudicador.

La eventual discriminación generada por dichas prácticas se agudiza cuando el licitador que la padece es una empresa de reducida dimensión

Nótese que la eventual discriminación generada por dichas prácticas se agudiza cuando el licitador que la padece es una empresa de reducida dimensión (56) . A las de esta clase les perjudica la adopción de criterios sociales consistentes en la toma en consideración de planes de igualdad, protocolos o etiquetas como criterios de valoración, al no estar obligadas por ley a dotarse de ellos y no ser capaces de afrontar los costes económicos inherentes a su elaboración. Costes que, por lo demás, empresas de mayor

envergadura asumirán con gusto a fin de obtener una mayor puntuación. Este argumento deba ser matizado a raíz de la entrada en vigor del [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 [ap. 2 del art. 45 LOI](#) al extender la obligatoriedad de elaborar y aplicar un plan de igualdad a las empresas que cuenten con cincuenta trabajadores, aunque su entrada en vigor resulte progresiva. No obstante, persisten empresas cuya reducida dimensión explica que hayan permanecido exentas de esta obligación, y cuyo acceso a la contratación pública podría verse obstaculizado, frustrando uno de los objetivos que la [LCSP](#) enuncia en su Exposición de Motivos y concreta en su [art. 1](#).

Por todo lo anterior, quedarían al margen de la legalidad las cláusulas que, en pos de una contratación socialmente responsable, ambicionaran elevar los estándares de protección aplicables en la empresa, con carácter general, sin que ello guardara conexión alguna con el objeto del contrato al que se refieren. No obstante, se propone dejar la puerta abierta a aquéllas que protegen la salud de los trabajadores afectos a la contrata, coadyuvando a garantizar su cumplimiento (57) . De ahí el acierto de quien defiende unas cláusulas que, propiciando una competitividad basada en la calidad del empleo (58) , incrementen a su vez la calidad de la obra o servicio (59) .

2. En función de la etapa contractual en la cual surten efectos

2.1. Cláusulas propias de la fase precontractual

La adjudicación es el acto administrativo con el cual se perfecciona el contrato (60) . Su contenido, que integra la propuesta del adjudicatario, es fruto de un procedimiento previo tendente a garantizar la elección del mejor postor. Dentro de aquél es dable diferenciar una primera etapa, donde tiene lugar la definición del objeto del contrato. La sigue una segunda, a lo largo de la cual desplegarán su efecto una serie de criterios destinados, en primer lugar, a excluir a licitadores indeseables; y, en segundo término, a identificar la oferta más apropiada de entre las presentadas por los restantes.

Los criterios sociales aplicables a lo largo de esta etapa atienden, por tanto, a circunstancias propias de la empresa contratada. Las cláusulas que los enuncian persiguen verificar su aptitud para garantizar la tutela frente al acoso de los trabajadores destinados a ejecutar un contrato fuera de los centros de trabajo de la Administración Pública, o que, ejecutándose en aquéllos, se refieran a una actividad distinta de la contratante. En ninguno de los supuestos su protección puede consistir en su inclusión dentro del ámbito de aplicación de los mecanismos de protección diseñados por la Administración. En el primer caso, porque la ejecución del contrato en un entorno íntegramente controlado por su empleador requiere la adopción de medidas propias. Y, en el segundo, porque la naturaleza de la actividad puede conllevar riesgos merecedores de un tratamiento jurídico diferenciado. Sirven, por tanto, para establecer un estándar mínimo de protección contra el acoso, concediendo cierta libertad a la empresa para su desarrollo. Si, por el contrario, lo que se pretende es imponer una obligación a la adjudicataria, la cláusula social ha de surtir sus efectos durante la

ejecución.

El marco regulador de esta etapa precontractual persigue un único propósito: la selección de la proposición económicamente más ventajosa. No obstante, esta ventaja no se mide únicamente con base en criterios económicos, sino atendiendo también a otros, directamente vinculados al objeto del contrato, como los de índole social (61) . Su introducción, destinada a la elección del licitador idóneo, permite proteger a las Administraciones Públicas «contra sus propias debilidades» (62) . Éstas pueden derivar de motivos más o menos encomiables. La protección y promoción de las empresas patrias figura entre los primeros. La utilización torticera de la contratación pública para favorecer a algunas destaca entre los segundos. Sea como fuere, la fijación de criterios públicos, claros y objetivos enerva ambos riesgos. Correlato de lo anterior es la protección de los potenciales adjudicatarios, a quienes se garantiza el acceso a la contratación pública en condiciones de igualdad y libre concurrencia (63) .

Ello explica que la selección del contratista se base en criterios «predominantemente económicos» (64) que, al ser objetivamente cuantificables, suscitan menos sospechas que los de índole social. Sin embargo, la [Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014](#) (art. 67) y la LCSP admiten su inclusión en la etapa precontractual, cuando menos, como condición de exclusión (art. 57 Directiva 2014/24/UE). Menos pacífica resulta su admisión como criterio de valoración. La razón estriba en su acreditación.

Como requisito a cumplir basta declarar (art. 140 LCSP) que el licitador no ha sido sancionado con carácter firme «por infracción muy grave en materia laboral o social», de acuerdo con lo dispuesto en la LISOS [art. 71.1.b) LCSP]. Esta prohibición procedería en los supuestos de acoso sexual, de haber tenido lugar «dentro del ámbito a que [alcanzaran] las facultades de dirección empresarial», cualquiera que sea el sujeto activo de la conducta (art. 8.13 LISOS); o de acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se den las mismas circunstancias y, siendo conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo (art. 8.13 bis LISOS). Y, para el acoso moral, procede aludir a la infracción muy grave derivada de actos contrarios a «la consideración debida a la dignidad de los trabajadores» (art. 8.11 LISOS). Ha de añadirse también la prohibición de contratar con una empresa que, estando obligada a disponer de un plan de igualdad, carezca de él, puesto que entre su contenido se incluyen medidas destinadas a la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46 LOI).

La superación de este tamiz otorga a la empresa cierta presunción de probidad, pero de ella no se colige indefectiblemente su preparación para afrontar situaciones de acoso que pudieran materializarse durante la ejecución del contrato. Ésta dependerá de las armas con las que cuente para combatirlo, que pueden consistir, por una parte, en medidas formativas y, por otra parte, en procedimientos específicos, a valorar en esta etapa selectiva.

Entre las primeras, destaca la formación destinada al encargado de la ejecución del contrato, pero también la recibida por quienes conozcan de la denuncia en el seno de la empresa. Así, sería pertinente valorar la cualificación del personal al que se encomiende la puesta en práctica de las medidas preventivas y la activación de las defensivas. En ambos supuestos, la validez del criterio dependerá de que la formación y cualificación sean susceptibles de acreditación y guarden vinculación con el objeto del contrato. En tal sentido se ha pronunciado la doctrina administrativa acerca de un criterio que imponía la valoración de un plan de formación continua en materia de seguridad destinada a los vigilantes encargados de ejecutar el contrato que se hubiere de adjudicar (65) . Se concluyó su validez, considerando que «una mejor formación [...] ha de redundar en una mayor calidad del servicio y su prestación a los usuarios». Lo mismo cabría aducir con respecto a la formación en materia de prevención del acoso, que no sólo posibilitaría un servicio de calidad, sino que repercutiría en la protección del administrado que puede acabar siendo víctima de un

comportamiento inapropiado en un entorno donde esa formación brillase por su ausencia (66) . En ningún caso la aptitud de estos trabajadores será deducible de una condición personal, como el sexo, la orientación sexual, o la identidad de género, aun cuando se tratare de combatir el acoso motivado por una discriminación derivada de aquéllas, habida cuenta de la imposibilidad de exigir de los trabajadores una declaración al respecto (67) .

Conviene desconfiar de los criterios que permitan valorar la existencia de un protocolo sin tener en cuenta su conexión con el objeto del contrato, su efectividad o su contenido

Entre los criterios de valoración, cabría considerar la articulación de procedimientos específicos de tramitación de las denuncias y, en especial, la existencia de un protocolo destinado a la prevención y a la lucha frente al acoso. No obstante, conviene desconfiar de los criterios que permitan valorar la existencia de un protocolo sin tener en cuenta su conexión con el objeto del contrato, su efectividad o su contenido (68) , descartando aquéllos cuya configuración otorgue al adjudicador una libertad de elección ilimitada (69) . Lo contrario daría pábulo a la aprobación de protocolos con la única intención de

obtener una mejor valoración en los procesos de contratación pública, sin que ello redundara en beneficio de los trabajadores encargados de ejecutar el contrato. A tal efecto, se propone requerir, además de un contenido mínimo, cierta antigüedad en su implantación. Tampoco sobraría considerar su incorporación al convenio (70) . Este matiz serviría para reforzar de forma indirecta la negociación colectiva, propósito que tradicionalmente ha inspirado la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública (71) .

Mayor controversia genera otro método destinado a valorar la efectividad de las medidas tomadas en consideración, cual es la obtención de etiquetas o distintivos. Toda vez que su concesión está sometida a un procedimiento, no siempre sencillo, regido por cada ordenamiento jurídico, se ha aducido su contrariedad al Derecho de la Unión (72) . Las dificultades que pudiera entrañar su obtención por parte de una empresa procedente de otro Estado miembro justifican sobradamente el recelo que provocan. No obstante, se ha admitido la utilización de criterios de valoración equivalentes a los exigidos para la obtención del distintivo, cuando figuraran detallados en los pliegos contractuales y pudieran ser acreditados por las empresas licitadoras durante el procedimiento. Con ello se consigue advenir el nivel de protección frente al acoso sin obligarlas a tramitar el procedimiento de solicitud del distintivo.

Cumplidos los mencionados requisitos, falta añadir que la publicidad y transparencia que la normativa europea ansía garantizar exige que todos los criterios, incluso los que no sean de índole económica, se hallen reflejados en el pliego de condiciones, debiendo ser publicados en orden decreciente, en atención a la importancia que se les atribuye (73) .

2.2. Cláusulas que establecen condiciones de ejecución del contrato

La toma en consideración de aspectos relacionados con la prevención y lucha frente al acoso durante la fase precontractual resulta idónea si la empresa contratista es la encargada de diseñar su propia estrategia preventiva. Tal sucede cuando la prestación se lleva a cabo fuera de los centros de trabajo de la Administración Pública contratante. En los restantes supuestos, donde la prestación de servicios de los trabajadores de la empresa contratada se realiza en centros de trabajo pertenecientes a la Administración, procede dispensar la protección debida durante la fase de ejecución.

La finalidad perseguida por las condiciones de ejecución difiere en función del objeto del contrato. Si éste pertenece a la propia actividad de la Administración Pública, el propósito de su inclusión será evitar la responsabilidad solidaria que el [art. 42.3 LISOS](#) le atribuye a cuando no haga uso de su deber de vigilancia. En caso contrario, procurarán garantizar el puntual y correcto cumplimiento del contrato. Ambos objetivos permiten relacionar su inclusión con el objeto contractual. Para garantizar la libre competencia, estas condiciones han de ser anunciadas en la licitación. Reunidas sendas

condiciones, el Derecho de la Unión Europea se muestra proclive a la admisión de criterios sociales durante esta fase ejecutiva, dado que su aplicación no excluye a licitadores de otros Estados miembros, evitando un posible trato discriminatorio (74) .

La [LCSP](#) otorga carta de naturaleza a este tipo de cláusulas porque su [art. 202.2](#) permite que se incluyan condiciones especiales de ejecución con el propósito de «garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo», «prevenir la siniestralidad laboral» o «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer [...] favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo». Este precepto brinda cobertura tanto a las cláusulas destinadas a la prevención del acoso moral, como las específicamente dirigidas a combatir el acoso sexual y por razón de sexo. La preceptiva inclusión, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de, al menos, una condición especial de ejecución de tipo medioambiental, ético o social ([art. 202.1 LCSP](#)) recomienda, por añadidura, la previsión de esta cláusula social.

Su efectividad, en principio, tampoco suscita objeciones, puesto que la configuración del contrato administrativo se ha independizado en buena medida de los principios que presiden el Derecho común de obligaciones y contratos (75) . A diferencia de otros ordenamientos jurídicos (76) , que niegan la singularidad de este contrato sometiéndolo a las reglas del Derecho privado, el español lo ha sustraído a esta normativa al conferir a la Administración Pública prerrogativas ajenas a cualquier otro contratante. Éstas permiten la supervisión del cumplimiento del contrato y, de revelarse alguna irregularidad en el mismo, la imposición de penalidades que pueden conducir a su extinción.

Sobre la supervisión del cumplimiento del contrato, procede recordar, en primer lugar, que el sujeto sobre el que recae es, en principio, la empresa contratada. Lo afirmado sugiere el rechazo de toda cláusula que confiera a la Administración Pública facultades directivas o disciplinarias sobre el personal de la empresa contratista, a riesgo de brindar cobertura a una cesión ilegal. Sin embargo, resulta harto difícil trazar la delicada línea que separa la introducción de criterios tendentes a neutralizar la responsabilidad solidaria en la que incurriría la Administración que, por negligencia, obviara toda regulación del acoso al que pudieran estar expuestos los trabajadores vinculados a la ejecución del contrato, de la consignación de cláusulas que le atribuyan facultades propias de un empleador sobre aquéllos.

De la preocupación mostrada por tales prácticas dio fe la [Disp. ad. primera del RD Ley 20/2012 de 13 de julio](#), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. En ella se emplaza a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público a dictar, en sus respectivos ámbitos competenciales, «las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada». El propósito final no es otro que evitar la comisión de «actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral», pero no de aquéllos que constituyan legítimo ejercicio de «las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos». Y, de lo complejo que resulta deslindar el legítimo ejercicio de las prerrogativas administrativas de la ejecución de actos que pongan en evidencia el ejercicio de facultades propias del empleador dan testimonio las instrucciones aprobadas en virtud de la citada [Disp. Ad. primera](#). Con ellas se pretende poner coto a un ejercicio incorrecto o extralimitado de las facultades a ejercer por las personas responsables de la gestión de servicios contratados, que han de abstenerse «de asumir funciones directivas, mediante la impartición directa de órdenes e instrucciones sobre el personal de aquélla» (77) .

Como no podría ser de otro modo, las instrucciones dictadas a tal efecto giran en torno a una controvertida figura que hace las veces de interlocutor con la empresa: el responsable del contrato — o director facultativo, en caso de contratos de obras— (arts. 237 y ss.). Su regulación se halla contenida en el [art. 62 LCSP](#), que encarga su designación al órgano de contratación, pudiendo recaer

en una persona física o jurídica, incluso ajena a la entidad contratante. Este último caso, deberá concretarse la persona física que asuma dicha misión. Acto seguido, se le atribuye una triple función consistente en: supervisar la ejecución del contrato, dictar las instrucciones necesarias para su correcta ejecución y adoptar las decisiones pertinentes, entre las cuales se encuentra la de proponer las sanciones procedentes en caso de incumplimiento (78) .

También se hace hincapié en la designación de otro interlocutor o «delegado» (79) por parte de la empresa contratista, encargado, a su vez, de transmitir las órdenes recibidas del responsable del contrato (80) . Se evita así la comunicación directa entre el personal de la empresa contratista y el responsable del contrato. Es de advertir, no obstante, que las directrices concernientes a las medidas de prevención de riesgos laborales a adoptar quedan al margen de esta exclusión (81) . Este matiz no hace sino confirmar la necesidad de introducir cláusulas sociales destinadas a evitar la *culpa in vigilando* que la LISOS atribuye a la Administración Pública, supuesto en el cual no se asumiría una función propia del empleador, sino otra que deriva de un mandato legal de protección. Contribuye a sostener esta posición el régimen excepcional aplicable a los cursos en materia de prevención de riesgos laborales, que se sustraen a la prohibición genérica de formar al personal de la empresa contratista (82) .

Además de reparar en los cometidos del responsable del contrato, estas instrucciones acostumbran a proponer ciertas cláusulas de estilo, cuya validez ofrece alguna duda. A modo de ejemplo, procede discutir la efectividad de aquéllas por las que la empresa se comprometa a ejercer sus poderes «de modo real» (83) . E incluso poner en tela de juicio la legalidad de otras en virtud de las cuales el órgano contratante declina cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista en relación con su personal, habida cuenta de su patente contravención de lo dispuesto en el [art. 42.3 LISOS](#). Sobra añadir que su contenido no es disponible por el contrato público, por más que éste ansíe proteger a la Administración frente a posibles irregularidades cometidas por el contratista. Dado que la responsabilidad de la Administración Pública se ha configurado de modo subjetivo, sólo acreditando la ausencia de una conducta negligente podrá exonerarse de responsabilidad, pero en modo alguno mediante la incorporación de una cláusula al contrato. Por consiguiente, dicha estipulación se reputará nula, con arreglo a lo dispuesto por el [art. 42.3 LISOS](#), y no surtirá efecto alguno, además de constituir una infracción muy grave ([art. 13.15 LISOS](#)).

Idéntica suerte ha de correr la cláusula en virtud de la cual la empresa contratista se compromete a indemnizar al órgano contratante «de todos los daños y perjuicios» originados por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en relación con su personal. Su idoneidad para transmitir a la contratista la asunción del recargo de las prestaciones económicas derivadas de una infracción del deber de vigilancia que le atribuye el [art. 42.3 LISOS](#) ([art. 164.2 LGSS](#)) determina su ilegalidad.

No es posible evitar la incursión en una cesión ilegal ni eludir sus consecuencias mediante la incorporación al contrato de cláusulas meramente declarativas o contrarias al principio de jerarquía normativa

Puesto que no es posible evitar la incursión en una cesión ilegal ni eludir sus consecuencias mediante la incorporación al contrato de cláusulas meramente declarativas o contrarias al principio de jerarquía normativa, sólo una distribución adecuada de los poderes de cada contratante, y un ejercicio acorde a la misma podrían enervar el riesgo que se pretende esquivar. De ahí la importancia que cobra la redacción e inclusión de cláusulas sociales que regulen de manera precisa unas prerrogativas de las que puede, e incluso debe hacer uso la Administración Pública, cuando pelagra no sólo la salud de los trabajadores comprometidos en la ejecución de la contrata, sino

también la de sus propios empleados.

En consecuencia, las cláusulas sociales destinadas a regular condiciones de ejecución podrán comportar la sumisión a una determinada norma destinada a la prevención contra el acoso, o el

establecimiento de medidas concretas, siempre y cuando su puesta en práctica se lleve a cabo por la propia empresa, y sólo excepcionalmente por la Administración Pública. Su cumplimiento ha de ser acreditado por la contratista, sin que la Administración pueda arrogarse facultades de supervisión directa sobre sus trabajadores, allende las estrictamente necesarias para instruir el procedimiento de denuncia y proteger a sus empleados frente a una situación de acoso. Pero, en este caso, las facultades de la Administración derivan del deber de protección que tiene para con sus propios empleados.

Sobre el hipotético incumplimiento de una condición de ejecución, es preciso advertir que la efectividad de las cláusulas sociales por las que se establezca exige concreción en la obligación a cumplir y determinación en las consecuencias derivadas de su inobservancia. A modo de ejemplo, la sanción más grave, consistente en la resolución del contrato motivada por el incumplimiento de sus obligaciones esenciales, requiere que hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo y figuren enumeradas de manera clara e inequívoca, no siendo admisibles cláusulas de tipo general [[art. 211 LCSP](#)]. Así pues, la incorporación de parámetros objetivos en la condición a cumplir constituye un presupuesto de su validez, pues lo contrario ubicaría la actuación de la Administración Pública en el terreno de la arbitrariedad, como también lo es la especificación de sus consecuencias (84) .

Aunque la más grave se halla contenida en la [LCSP](#), los pliegos podrán recoger otras penalidades de menor intensidad, cuya aplicación servirá para evitar los efectos adversos derivados de una resolución que podría provocar la extinción de los contratos de trabajo cuya pervivencia estuviese vinculada a la duración de la contrata. A tal efecto, el [art. 202.3 LCSP](#) permite establecer penalidades de índole económica cuando se hayan incumplido las condiciones especiales de ejecución, que no podrán superar el diez por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni, en su totalidad, el cincuenta por ciento del precio del contrato ([art. 192.1 LCSP](#)), determinándose su importe en función de la gravedad del incumplimiento. A fin de deparar una respuesta proporcionada, se aboga por la incorporación a los pliegos de unas penalidades que, manteniendo su eficacia coercitiva, puedan irrogar un efecto disuasorio, sin repercutir en la vigencia de los contratos de trabajo vinculados a la ejecución de la obra o servicio en cuestión. Así, sólo para el caso en el cual la gravedad del incumplimiento lo hiciera aconsejable, se optaría por la resolución.

La difusa naturaleza de estas penalidades (85) obliga a considerar la eventual vulneración del principio *non bis in idem*, cuando su imposición a la empresa contratista concorra con la de una sanción administrativa derivada de una infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales cuyo cumplimiento debe vigilar la Administración Pública. A falta de un consenso acerca de la índole resarcitoria o sancionadora de estas penalidades, procede observar su configuración concreta para elucidar si su aplicación pretende estimular el correcto cumplimiento del contrato ante una actitud culposa de la empresa; o si, por el contrario, persigue preestablecer una responsabilidad económica de carácter objetivo (86) . En el primer caso, su carácter sancionador podría hacerla incompatible con la imposición de otra sanción administrativa derivada de un mismo supuesto fáctico, mientras que, en el segundo, no existiría incompatibilidad alguna entre ambas (87) .

Sin embargo, aun constatado el carácter sancionador de la penalidad en cuestión, conviene reparar en el ilícito cuya comisión se castiga. Mientras las sanciones recogidas en la LISOS punen, con carácter general, la inacción del empresario ante la comisión de las conductas constitutivas de los diversos tipos de acoso, las derivadas del incumplimiento del contrato castigan la inaplicación de las medidas destinadas a la prevención y erradicación del acoso en él previstas. Es, por tanto, posible que una empresa afronte una penalidad de no constatarse la adopción de las medidas preventivas cuya aplicación aceptó mediante el contrato, sin necesidad de que la conducta se haya materializado. La imposición de la primera obedece a la necesidad de garantizar la aplicación de la regulación

contractual mediante la cual la Administración pretende, ora neutralizar la responsabilidad solidaria que le imputa el [art. 42 LISOS](#), ora garantizar el correcto cumplimiento del contrato; mientras que la segunda persigue castigar la comisión de una infracción grave, atentatoria contra los derechos fundamentales de los trabajadores ([arts. 10](#) y [14 CE](#)). Así pues, sólo de constatarse una plena identidad entre los ilícitos sancionados se considerará vulnerado del *principio non bis in idem*, siendo, por lo demás, compatible la responsabilidad administrativa de la empresa contratista con la derivada del incumplimiento del contrato.

3. En función de su contenido

3.1. Cláusulas por las que se impone la sumisión a instrumentos jurídicos determinados

El sometimiento del personal perteneciente a la adjudicataria a un instrumento jurídico ajeno a aquélla puede darse en tres escenarios. En el primero, se ubican los contratos cuyo objeto pertenezca a la propia actividad de la Administración Pública y cuya ejecución se lleve a cabo en uno de sus centros de trabajo. En el segundo, se hallan a aquéllos cuyo objeto difiera del mencionado, pero también se ejecuten en un centro de trabajo de la Administración. Y, en el tercero, se encuentran los contratos cuya ejecución se lleve a cabo en otro entorno.

En el primer escenario, el contenido de la cláusula social, a incorporar como condición reguladora de la ejecución, pretende desplegar una estrategia preventiva diseñada en función de los riesgos psicosociales presentes en dicho centro de trabajo sobre todo aquel empleado que preste servicios en él, pertenezca a la Administración Pública o a la empresa contratista. Puesto que las Administraciones Públicas se han dotado, por imperativo legal, de protocolos destinados a prevenir y encauzar los supuestos de acoso, se antoja razonable incluir a los trabajadores de la empresa contratista dentro de su ámbito de aplicación.

Así pues, el contenido de la condición de ejecución consiste en la sumisión a una norma jurídica, de índole reglamentaria o convencional, cuyo ámbito de aplicación subjetivo comprendía a todos o parte de los empleados de la Administración Pública. Su extensión, en virtud de una cláusula incorporada al contrato público, siembra alguna duda acerca de la naturaleza jurídica de la obligación entablada por la contratista. Dado que el vínculo que media entre la Administración y la empresa no es otro que el contrato público, parece razonable considerar que esta condición de ejecución compartirá la naturaleza del instrumento jurídico donde se contiene. Y ésta se ha considerado contractual (88) , aun a despecho del protagonismo de la Administración, patente en la fase de adjudicación y persistente en la de ejecución, gracias a unas prerrogativas que las cláusulas sociales no hacen sino reforzar.

Es posible que la cláusula aceptada por la contratista no contenga un mandato directo, sino una remisión a otro instrumento, cuya eficacia normativa queda fuera de toda duda

Sin embargo, es posible que la cláusula aceptada por la contratista no contenga un mandato directo, sino una remisión a otro instrumento, cuya eficacia normativa queda fuera de toda duda. Lo que consiente, a la sazón, la contratista, es someterse a la potestad normativa de la Administración Pública en cuanto concierne a una materia digna de ser regulada por aquélla, desde el momento en el que afronta la responsabilidad derivada de la omisión de medidas preventivas [art.42 LISOS](#). Ciertamente, esta solución es la única que permite, de un lado, proporcionar un nivel de protección idéntico a un conjunto

de trabajadores expuestos a un mismo riesgo, con independencia de su adscripción. Y, del otro, actualizarla frente a la modificación o sustitución del protocolo que lo combate.

Una concepción opuesta, que sostuviera la contractualización del protocolo a través de la cláusula social aceptada por la contratista, obraría una extensión del ámbito de aplicación temporal de la norma más allá de su vigencia. De entrar en vigor una nueva regulación, ésta sólo afectaría a los empleados de la Administración Pública, mientras que los pertenecientes a la contratista continuarían

sometidos al protocolo anterior. Bien es cierto que a la Administración podría evitar la aplicación extemporánea de una norma derogada haciendo uso de la prerrogativa que le permite modificar el contenido del contrato. No obstante, su alteración sustancial está vedada cuando «introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación» [[art. 205.2.c](#)] 1º LCSP] (89) .

Existe, todavía, otra alternativa para la Administración Pública, consistente en introducir en el contrato una cláusula por la cual se reservare la posibilidad de modificar el contenido de la condición de ejecución concerniente a la prevención y protección frente al acoso de los trabajadores de la empresa contratista. Se trata de una facultad novatoria emanada del propio contrato, cuya validez se condiciona a su publicidad en el anuncio de licitación y subsiguiente consignación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares ([art. 204 LCSP](#)). Esta sería la opción más adecuada para los defensores de la naturaleza contractual de la condición de ejecución.

Idénticas consideraciones cabría aducir cuando la condición de ejecución contenga una remisión a un convenio colectivo. Esta solución parece la más adecuada en el segundo y, sobre todo, en el tercer escenario. La prestación de servicios fuera del entorno geográfico controlado por la Administración Pública desaconseja la extensión de un protocolo destinado a erradicar un riesgo que aflora en su seno. Con menor convicción, cabría sostener lo anterior cuando la prestación de servicios en un centro de trabajo de titularidad administrativa dejara de pertenecer a su propia actividad. A favor de su extensión cabe alegar la convivencia que media entre los trabajadores de la contratista y los empleados de la Administración, de la que afloran unos riesgos psicosociales cuya índole no difiere sensiblemente en función de la actividad desarrollada por la empresa. Sin embargo, la diversa actividad empresarial obliga a considerar la aplicación de un instrumento jurídico concebido en atención a sus particularidades.

Entonces sería posible imponer la sumisión a un eventual protocolo de prevención contra el acoso contenido en el convenio colectivo sectorial como condición de ejecución. La [LCSP](#) alude expresamente a esta posibilidad en aquellos contratos públicos con condiciones particulares sociales, donde se puede exigir la aplicación del convenio colectivo sectorial ([art. 202 LCSP](#)) con un carácter más amplio que el meramente referido a los costes salariales ([arts. 122.2](#), [101.2](#) y [102.3 LCSP](#)). Puesto que no obliga a aplicar íntegramente el convenio sectorial, sino las condiciones a las que aluda el contrato (90) , esta opción resulta conveniente cuando se pretende asegurar la vigencia de un protocolo adaptado a la actividad de la empresa contratista.

De nuevo, su consignación en los pliegos contractuales plantea el debate acerca de la naturaleza jurídica de la obligación. Partiendo del carácter contractual de la cláusula, cabría sostener la naturaleza normativa de su contenido cuando aquélla se remita a un protocolo inserto en una norma convencional. Procede, por las mismas razones, entender que la llegada del término de un convenio denunciado, salvo que se hubiere pactado su ultraactividad, determinará la pérdida de vigencia del protocolo, también para la empresa contratista, y la negociación de uno posterior, su aplicación a los trabajadores vinculados a la ejecución del contrato, si esto está previsto en el pliego de condiciones. Una interpretación contraria petrificaría la normativa, inmunizando a los empleados de la contratista contra toda reforma aplicable a los demás trabajadores del sector, incluso a los pertenecientes a su misma empresa (91) , si el convenio les fuera de aplicación.

Incluso sosteniendo la eficacia normativa del contenido aplicable –es decir, del protocolo cuya aplicación se extendería– sería posible discutir la conformidad a derecho de una cláusula social por la cual se alterase la regla que impide la afectación de un convenio por otro de ámbito distinto durante su vigencia ([art. 84.1 ET](#)) (92) . Frente a quienes denuncian la incongruencia que conlleva la introducción en el contrato público de medidas susceptibles de contrarrestar los objetivos

perseguidos por la normativa laboral (93) , se prefiere la de aquéllos que, atendiendo a la finalidad reguladora de estas cláusulas, descartan que la [LCSP](#) franquee la entrada a una «contrarreforma» de la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Simplemente se contempla la potestad administrativa de introducir condiciones específicas en los pliegos (94) cuyo propósito no puede ser otro que el de garantizar el correcto cumplimiento del objeto del contrato. En consecuencia, la [LCSP](#) no deroga el [art. 84 ET](#), ni regula la concurrencia de convenios, sino que, en tanto «ley administrativa especial», desplaza a la normativa laboral cuando lo exige a la consecución de los fines propios de la contratación pública.

Mención aparte merecen aquellos supuestos donde la contractualización del protocolo fuera llevada a cabo de manera expresa por parte del contrato. Ésta persigue conservar su aplicación cuando el convenio donde se hallare inserto perdiera su ultraactividad. Pero, si mediante la pérdida de la ultraactividad se pretendía estimular la negociación de un nuevo convenio, procedería cuestionar la licitud de una cláusula social por la que se consiguiera contrarrestar el objetivo perseguido por la reforma laboral, pudiendo incluso vulnerar el derecho a la negociación colectiva como manifestación de la libertad sindical (95) . La regulación directa de esta materia por parte del contrato público, que hace suyo el contenido del protocolo al contractualizar su naturaleza, sí podría conculcar el principio de jerarquía normativa. En este caso, ya no hay una ley administrativa especial que brinde cobertura a la aplicación del convenio sectorial, sino una apropiación del contenido del convenio que «congela» un protocolo derogado como condición de ejecución mediante los pliegos contractuales. Salvaría su licitud la inclusión de una cláusula de reserva de modificación en el contrato público, con arreglo a los términos descritos ([art. 204 LCSP](#)).

Procede, no obstante, traer a colación un inconveniente añadido que concierne a ambas modalidades. Consiste éste en la eventual injerencia dentro del ámbito organizativo de la empresa contratista, que pudiera derivar de la inclusión de los trabajadores afectos a la ejecución del contrato dentro del ámbito subjetivo del protocolo de la Administración. Se alude a los poderes de supervisión que pudiera desplegar ésta sobre los trabajadores de la contratista sospechosos de haber cometido alguna conducta prohibida. A fin de librarse de toda sospecha de cesión ilegal, la instrucción derivada de la activación del protocolo defensivo deberá contar con la colaboración de la empresa contratista, que será quien deba dictar las órdenes pertinentes a los trabajadores sometidos a su poder de dirección, aportando los datos que obren en su poder y aplicando las sanciones disciplinarias que procedan.

De lo anterior cabe colegir la idoneidad de las cláusulas que incorporen una remisión al instrumento jurídico al cual el protocolo haya sido incorporado, en cuyo caso se extenderá la aplicación de un contenido de naturaleza normativa; y, en menor medida, la de aquéllas por las cuales se contractualice un protocolo, cuyo régimen jurídico dependerá de la configuración que el propio contrato les depara.

3.2. Cláusulas que disponen criterios de adjudicación o condiciones de ejecución propias

Comoquiera que la aplicación del protocolo de la Administración Pública al personal destinado a la ejecución del contrato no resultare pertinente, procederá explorar otros cauces aptos para depararle una adecuada protección frente al acoso. Todos ellos conducen a un mismo resultado: la instauración de un nuevo estándar de protección, que puede derivar de una condición de adjudicación o de ejecución.

La primera opción podría articularse valorando las medidas adoptadas en la empresa contratista. Ya se ha hecho mención a la pertinencia de las cláusulas que decidan incluir, como criterios de valoración, la existencia de personal cualificado, la impartición de cursos formativos, o la articulación de procedimientos de denuncia. Entre estos últimos, se hizo hincapié en aquéllas que tomaran en consideración la existencia de un protocolo, fuera éste autónomo, se hallare incorporado a un plan de

igualdad o a un convenio colectivo, opción por la cual se aboga.

La tentación de facilitar la labor valorativa del órgano de contratación sugiere acudir a una técnica que permita la acreditación de un compendio de circunstancias, entre las cuales se encuentren algunas de las mencionadas. Consiste en la obtención de una etiqueta por parte de las empresas licitadoras. La adopción del estándar fijado por la normativa reguladora de un distintivo exige una vinculación entre los requisitos valorados para su concesión y el objeto del contrato. En otras palabras, no procede servirse de esta técnica para imponer una determinada cultura empresarial o para promocionar una política de empresa socialmente responsable (96) , ni para evaluar la actividad o las características propias de la empresa licitadora, sino en la medida en que con ello se pretenda asegurar el correcto cumplimiento del contrato público.

Adicionalmente, el debido respeto del Derecho de la Unión Europea excluye cualesquiera criterios que determinen la exclusión de licitadores procedentes de otros Estados miembros. A fin de salvar este obstáculo se ha admitido la valoración directa por el poder adjudicador de los criterios sociales determinantes de la concesión de un distintivo o etiqueta, siempre y cuando su concurrencia fuese acreditable por medios que no exigieran su solicitud formal. Huelga añadir que los requisitos materiales a ponderar deben ser asequibles para cualquier licitador nacional de otro Estado miembro pues, de lo contrario, persistiría el riesgo de discriminación por razón de nacionalidad.

La segunda opción consistiría en concebir *ex novo* un estándar de protección como condición de ejecución. Además de la consabida vinculación con el objeto del contrato, esta opción planteó una eventual transgresión del sistema de fuentes del Derecho del Trabajo y, en concreto, una vulneración del derecho a la negociación colectiva (97) . A tal efecto, conviene traer a colación cierta doctrina jurisprudencial relativa a la previsión de mejoras retributivas sobre las reguladas en el convenio colectivo aplicable en el sector durante la fase de adjudicación. En ella se recuerda que la regulación de las condiciones de trabajo no corresponde al poder adjudicador, sino al legislador social y a los interlocutores sociales (98) .

El contrato nunca ha de servir como pretexto para condicionar la evolución del Derecho del Trabajo, pues ese cometido incumbe al legislador social y a la negociación colectiva

En suma, el contrato nunca ha de servir como pretexto para condicionar la evolución del Derecho del Trabajo, pues ese cometido incumbe al legislador social y a la negociación colectiva. Es, por el contrario, un instrumento destinado a la satisfacción del interés general mediante la selección y ejecución de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ello dé rienda suelta a una contratación pública predatoria. Impedirlo, exige integrar los criterios sociales en el objeto del contrato, de suerte que el bienestar de los trabajadores contribuya a su cumplimiento. Dado que la salud del

prestador irroga un indudable efecto positivo en el servicio prestado, y la ausencia de conflictos facilita sobremanera la organización del trabajo, parece razonable admitir la adecuación de cualesquiera medidas destinadas a la prevención y a la lucha frente al acoso, siempre que sea posible valorarlas de manera objetiva, y sean susceptibles de ser conocidas y reunidas por licitadores procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea.

V. Conclusión

Sin apartarse de la senda trazada por el legislador europeo, la [LCSP](#) auspició la adopción de criterios sociales a lo largo de las distintas etapas del procedimiento de contratación pública. Su impulso redundaría en una mayor calidad de las obras o servicios demandados por las Administraciones Públicas a resultas de una contratación respetuosa con los fines propios de otras ramas del Derecho, como el del Trabajo. Sin embargo, esta concepción armónica del ordenamiento jurídico no ha tardado en quebrarse. Ante la desregulación de las condiciones de trabajo fruto de las reformas emprendidas durante la última depresión económica, las cláusulas sociales adquirieron un inusitado protagonismo

como contrapeso de una norma laboral en franco declive. Aunque digno de elogio, este propósito no resulta acorde con el Derecho de la Unión Europea, a tenor del cual la consignación de cláusulas sociales procederá en la medida en que aquéllas presenten alguna vinculación con el objeto del contrato.

Esta vinculación es apreciable en las cláusulas que se ocupan de la salud de los trabajadores encargados de la ejecución del contrato, puesto que, además de propiciar su correcto cumplimiento, contribuyen a evitar la responsabilidad en que pudiera incurrir la Administración Pública cuando su personal y el de la empresa contratista comparten un mismo entorno. La protección debida por la Administración Pública a sus propios empleados justifica por sí sola la introducción en el contrato de medidas de tutela frente al acoso a través de condiciones de ejecución. Por añadidura, la responsabilidad solidaria que la [LPRL](#) imputa a la Administración Pública en los contratos pertenecientes a su propia actividad recomienda la consignación de condiciones de ejecución aptas para canalizar su deber de vigilancia, incluyendo a los trabajadores de la contratista dentro del ámbito subjetivo de los protocolos de los que aquélla ha debido dotarse por imperativo legal. Así, se aboga por regular mediante el contrato público una convivencia que a menudo delata la falacia legal sobre la que se sostiene la externalización de obras y servicios, donde trabajadores de diversa procedencia se hallan expuestos a idénticos riesgos, por más que su deudor de protección sea distinto.

- (1) Este trabajo es fruto del Proyecto de investigación del MINECO, titulado «Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado de trabajo: Aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional» (DER2016-75376-R).
- (2) MEILÁN GIL, J. L., «Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 66, 2011, p. 224.
- (3) MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 229.
- (4) Trae a colación MEILÁN GIL la reticencia de la doctrina alemana a la hora de admitir la existencia de un verdadero contrato entre unas partes aquejadas de una notable desigualdad («Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 227 y «La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica», *Revista de Administración Pública*, n.º 99, 1982, p. 8).
- (5) MEILÁN GIL, «La actuación contractual...», ob. cit., n.º 99, p. 10.
- (6) MONEDERO GIL, J. I., *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales (Madrid, 1977), p. 255 y ss. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias», en CASSAGNE, J. C. (coord.), *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo-Perrot* (Buenos Aires, 1998), p. 953.
- (7) MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 236.
- (8) MONEDERO GIL, *Doctrina del contrato del Estado*, ob. cit., p. 255.
- (9) MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Iustel (Madrid, 2008), p. 149.
- (10) MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit. p. 239.

- (11) MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., p. 149.
- (12) DÍEZ SASTRE, S., «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 21, 2017, p. 197.
- (13) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Cláusulas sociales y contratación pública», *Diario La Ley*, n.º 8766, 2016, consultado en la base de datos de La Ley (documento 2955/20 16), p. 1.
- (14) Sobre este apunte histórico, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Cláusulas sociales y contratación pública», ob. cit., p. 2.
- (15) Enfatizando el error de todo enfoque que aborde las instituciones del Derecho como compartimientos estancos: MOLINA NAVARRETE, C. «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de la "legitimidad" al de sus "límites", *Temas laborales*», n.º 135, 2016, p. 82.
- (16) Objeto de ratificación por el Reino de España el día 5 de mayo de 1971 (BOE n.º 125, de 25 mayo 1972).
- (17) FERREIRO REGUEIRO, C., «Le harcèlement sexuel. Droit italien, droit anglais, droit espagnol», *Revue de droit du travail*, n.º 5, 2013, p. 363.
- (18) Por el detalle en la definición, procede mencionar la [STSJ Galicia de 12 septiembre 2002 \(rec. n.º 3806/2002\)](#).
- (19) La doctrina recuerda que el acoso sexual era ya conocido por el legislador español que, antes de preverlo en la LOI, lo había tipificado como infracción muy grave en el [art. 8.13](#) de la entonces vigente Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso en la Ley de Igualdad de mujeres y hombres», *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 4, 2008, p. 256 y ss.).
- (20) Véase Disp. Trans. 12ª del [RD 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 dicha obligación de forma progresiva hasta abarcar a las empresas de cincuenta personas trabajadoras.
- (21) MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 228.
- (22) MOLINA NAVARRETE, ob. cit., p. 92.
- (23) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La prevención de riesgos laborales en las obras públicas logros y fracasos», *Revista jurídica de Castilla y León*, n.º 20, 2010, pp. 157.
- (24) GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A., «Derechos y obligaciones del empresario (III)», en GARCÍA NINET, J. I. (dir.) *Manual de prevención de riesgos laborales*, Atelier (Barcelona, 2017), p. 173.
- (25) [STS de 14 noviembre 2017 \(rec. 2954/2015\)](#).
- (26) [SSTS de 27 abril 2018 \(rec. n.º 3926/2015\)](#) y de [9 enero 2019 \(rec. 108/2018\)](#). No se admite cuando la contrata, por su excesiva duración, evidencia que se refiere a la actividad normal de la empresa. Véase, a tal efecto: [STS de 19 julio 2018 \(rec. 972/2017\)](#).

- (27) MARTÍN TOVAL, E., «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *Temas Laborales*, n.º 71, 2003, p. 101.
- (28) Así lo avanza su Exposición de Motivos y lo confirman sus arts. 3 y 14.1.3 [STSJ Madrid de 27 octubre 2004 (rec. 4546/2003)].
- (29) [SSTS de 18 enero 1995 \(n.º 150/1994\)](#) y de [24 de noviembre de 1998](#) y [de 5 mayo 1999 \(rec. 3656/1997\)](#).
- (30) MARTÍN TOVAL, «La coordinación de actividades...», ob. cit., p. 96.
- (31) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública (Sevilla, 2009), p. 269.
- (32) GARCÍA NINET y VICENTE PALACIO, «Derechos y obligaciones del empresario (III)», ob. cit., p. 172.
- (33) CABALLERO REAL, J. M., «Responsabilidades laborales en materia de prevención de riesgos laborales de la Administración contratante en obras públicas. Singular mención al recargo de prestaciones de la Seguridad Social», *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, n.º 2, vol. 2, 2007, p. 17.
- (34) GARCÍA PIQUERAS, M. *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1998), p. 66.
- (35) SAGARDOY BENGOCHEA, I., «Comentario al [artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales](#). Coordinación de actividades empresariales», *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi (Cizur Menor, 2008), consultado en la base de datos de Westlaw, p. 7.
- (36) GONZÁLEZ, DÍAZ, F. A., «Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contrata y subcontratas», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. II, 1999, consultado en la base de datos de Westlaw (documento BIB\1999\1355), p. 2.
- (37) GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 152, 2017, consultado en la base de datos de La Ley (documento 14739/2017), p. 1.
- (38) [STS de 18 abril 1992 \(rec. n.º 1178/1991\)](#).
- (39) GARCÍA PIQUERAS, *Régimen jurídico...*, ob. cit., p. 68 y 69.
- (40) [STS de 18 abril 1992 \(rec. n.º 1178/1991\)](#). Cfr. GONZÁLEZ, DÍAZ, «Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contrata y subcontratas», ob. cit., p. 5.
- (41) [STC 81/1995 de 5 junio \(rec. 2751/1992\)](#).
- (42) LÓPEZ GANDÍA, J., «Extensión de las obligaciones. Acción preventiva y coordinación de actividades empresariales. Obligaciones de terceros: fabricantes, suministradoras, importadores», en LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F., *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2015), p. 186.
- (43) MIÑARRO YANINI, M., «La prevención de riesgos laborales en las contrata y subcontratas», *Documentación Laboral*, n 68, 2003, p. 107 y COS EGEEA, M. C., «El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional en supuestos

de descentralización productiva: concepto de 'empresario infractor', validez de los pactos elusivos de responsabilidad y criterios determinantes de la cuantía porcentual», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 80, 2008, consultado en la base de datos de Westlaw, p. 4.

- (44) LÓPEZ GANDÍA, «Extensión de las obligaciones...», ob. cit., p. 185.
- (45) [STSJ Cantabria de 11 julio 2001 \(rec. 116/2000\)](#).
- (46) GARCÍA NINET y VICENTE PALACIO, «Derechos y obligaciones del empresario (III)», ob. cit., p. 173.
- (47) GARCÍA NINET y VICENTE PALACIO, ob. cit., p. 178.
- (48) BLASCO LAHOZ, J. F., *La prevención de riesgos laborales en los centros de trabajo de las Administraciones Públicas*, Bomarzo (Albacete, 2007), p. 26.
- (49) [STS de 18 abril 1992 \(rec. n.º 1178/1991\)](#). En el mismo sentido, véase SAMPEDRO GUILLAMÓN, V., «El recargo de prestaciones. Responsabilidades en los supuestos de contratas», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 3510, 2003, consultado en la base de datos de Westlaw, p. 4.
- (50) COS EGEA, «El recargo de prestaciones...», ob. cit., p. 4.
- (51) DÍEZ SASTRE, «Las cláusulas sociales en la contratación pública», ob. cit., p. 211.
- (52) DÍEZ SASTRE, «Las cláusulas sociales...», ob. cit., p. 197.
- (53) [STJUE de 17 septiembre 2002, asunto Concordia Bus Finland \(C-513/99\)](#).
- (54) DÍEZ SASTRE, «Las cláusulas sociales...», ob. cit., p. 200.
- (55) MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., pp. 84 y 90.
- (56) DÍEZ SASTRE, «Las cláusulas sociales...», ob. cit., p. 206.
- (57) Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid [de 10 mayo 2017 \(rec. 137/2017\)](#), citada por GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 152, 2017, consultado en la base de datos de La Ley (documento 14739/2017), p. 1.
- (58) MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 107.
- (59) MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 105.
- (60) MEILÁN GIL, J. L., «Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, p. 517.
- (61) MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 234. Sobre la «permeabilidad social de toda institución jurídica,

incluidas aquéllas en las que el eje fundamental de su ordenación es la libertad de contratación», véase MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 81.

- (62) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 1.
- (63) [STC 141/1993, de 22 de abril](#) (conf. comp. n.º 513/87), f. j. 5º.
- (64) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 1.
- (65) Véase, a tal efecto, la Resolución TACP Madrid [16/2016, de 3 febrero 2016 \(rec. 6/2016\)](#).
- (66) Destacando el inmenso terreno a cultivar por la contratación pública en el ámbito formativo, véase GALLEGO CÓRCOLES, I., «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 113, 2011, consultado en la base de datos de La Ley (documento 17357/2011), p. 7.
- (67) Resolución del TACP de Galicia 20 septiembre 2019 (rec. 87/2018).
- (68) GALLEGO CÓRCOLES, «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación», ob. cit., p. 7.
- (69) [STSJ Madrid de 14 marzo 2019 \(rec. 1/2018\)](#).
- (70) Siempre y cuando irroque alguna repercusión en el cumplimiento del contrato, no siendo suficiente la inclusión de un protocolo de dudosa efectividad. A modo de ejemplo, véase la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (res. 660/2018), de 6 de julio de 2018, que no apreció vinculación en el criterio que valoraba la mera existencia de un plan de igualdad en la empresa [GALLEGO CÓRCOLES, I., «Las cláusulas sociales en la [Ley 9/2017 de contratos del sector público: primeras experiencias aplicativas](#)», *base de datos de La Ley* (documento 15665/2018), p. 5].
- (71) Véase MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 82.
- (72) No en vano se ha reputado discriminatorio un criterio susceptible de ser cumplido sólo por licitadores nacionales, o que les ubicara en una posición ventajosa (DÍEZ SASTRE, «Las cláusulas sociales...», ob. cit., p. 205), con cita de las SSTJUE de 20 septiembre 1988, asunto *Beentjes* (C-31Ç/87), de [17 septiembre 2002, asunto *Concordia Bus Finland* \(C-513/99\)](#) y de [26 septiembre 2000, asunto *Comisión/Francia* \(C-225/98\)](#).
- (73) DÍEZ SASTRE, «Las cláusulas sociales...», ob. cit., p. 205.
- (74) DÍEZ SASTRE, «Las cláusulas sociales en la contratación pública», ob. cit., 201.
- (75) MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 228.
- (76) Es de advertir que el derecho estadounidense o el británico descartan otorgar un tratamiento jurídico diferenciado a este contrato, cuya sumisión al Derecho privado no se discute (MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 225 y 226).
- (77) LÓPEZ ANIORTE, M.ª. C., 'Límites a la vulneración de los derechos sociales en la contratación administrativa: especial referencia a la cesión ilegal de personas trabajadoras', en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.ª. M., *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor, 2017), p. 386.

- (78) GADEA BADAL ORTIZ, G., «El responsable del contrato», *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, n.º 72, 201., p. 102.
- (79) Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia de 8 febrero 2011.
- (80) Véase ap. 3.2 de la Recomendación 1/2013, de 5 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre instrucciones a dictar para la correcta ejecución de los servicios externos que se contraten en el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias, evitando actos que pudieran determinar el reconocimiento de una relación laboral del personal de la empresa contratista respecto del ente u organismo contratante.
- (81) Véase ap. 3.2 de la Recomendación 1/2013 (cit.).
- (82) Ap. 3.10.1º de la recién citada Recomendación 1/2013.
- (83) Ap. 3.3 de la citada Recomendación 1/2013. En el mismo sentido, véanse las cláusulas modelo cuya inclusión sugiere la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia de 8 de febrero de 2011, a tenor de la cual el empresario se compromete a aportar la dirección de la actividad, impartiendo las órdenes, criterios de realización del trabajo y directrices a sus trabajadores «siendo la Administración pública del todo ajena a estas relaciones laborales».
- (84) Así lo sugiere el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública.
- (85) Propias del Derecho Administrativo (LAHERA FORTALEZA, J. «Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la [Ley 9/2017](#)», *Temas laborales*, n.º 144, 2018, p. 50).
- (86) CARBONERO GALLARDO, J. M., «Figuras afines a la sanción administrativa», *Base de datos de La Ley*, documento 3686/2003, p. 4. El autor trae a colación la STS de 21 noviembre 1988. En el mismo sentido: SSTS de 10 febrero 1990 y [de 18 mayo 2005 \(rec. 2404/2003\)](#)].
- (87) Sobre la identidad de circunstancias que permitieran deducir la conculcación del principio *non bis in idem*, véase la STS de 6 octubre 1990 (rec. 4584/2019).
- (88) MEILÁN GIL, «Una concepción iusadministrativista...», ob. cit., p. 229, posición adoptada por la doctrina administrativa, como recoge la [Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 21 abril 2017 \(rec. 218/2017\)](#).
- (89) MEILÁN GIL, J. L., «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», *Revista de Administración Pública*, n.º 191, 2013, p. 33.
- (90) LAHERA FORTALEZA, «Convenio colectivo sectorial...», ob. cit., p. 48.
- (91) Aunque no falte quien alegue un trato discriminatorio deparado a trabajadores de una misma empresa a los cuales no se aplique la normativa impuesta por el contrato público [cfr. DORADO SÁNCHEZ, A. «El respeto al derecho a la negociación colectiva como límite a la introducción de cláusulas sociales en pliegos de contratos públicos a la luz de la reciente jurisprudencia del TSJ de Madrid», *Actualidad administrativa*, n.º 6, 2019, consultado en la base de datos de La Ley (documento 7178/2019), p. 5], procede rechazar esta posibilidad, dado que existe una justificación razonable en el interés que la Administración tiene en garantizar el correcto cumplimiento del contrato, evitando la irrogación de posibles responsabilidades.

- (92) MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 94.
- (93) Sobre la eventual disponibilidad de las facultades de inaplicación de las condiciones de trabajo mediante la introducción de cláusulas sociales, véase MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., p. 103.
- (94) LAHERA FORTALEZA, «Convenio colectivo...», ob. cit., p. 49.
- (95) MOLINA NAVARRETE, «Cláusulas sociales...», ob. cit., pp. 86 y 93.
- (96) GALLEGO CÓRCOLES, «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación», ob. cit., p. 1 y «Las cláusulas sociales en la [Ley 9/2017 de contratos del sector público](#): primeras experiencias aplicativas», *base de datos de La Ley* (documento 15665/2018), p. 5. Véase, al respecto, el Informe n.º 11/1999 de 30 junio de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, por la cual se rechazaba la toma en consideración, como criterio de adjudicación del contrato, de los índices de siniestralidad de los licitadores.
- (97) DORADO SÁNCHEZ, A. «El respeto al derecho a la negociación colectiva como límite a la introducción de cláusulas sociales en pliegos de contratos públicos a la luz de la reciente jurisprudencia del TSJ de Madrid» ob. cit., p. 5.
- (98) [SSTSJ Madrid de 7 junio 2017 \(rec. 318/2016\)](#) y de [23 febrero 2018 \(rec. 337/2017\)](#). Analizando su contenido: DORADO SÁNCHEZ, «El respeto al derecho...», ob. cit., p. 3.