



FACULDADE DE DEREITO

Las cláusulas sociales en la contratación pública

**TFG presentado por Manuel Ángel Urrutia
Ferrín**

Curso académico 2016/2017

Tutor/a Andrea Garrido Juncal

RESUMEN

En este trabajo abordaremos el análisis jurídico de las cláusulas sociales en la contratación pública, como medio para dar cumplimiento a los objetivos de política social de las Administraciones públicas, haciendo un uso eficiente de los recursos públicos a través de una inversión socialmente eficaz. Para ello, se estudiará el marco normativo, la doctrina y los informes y guías de los órganos consultivos administrativos, además de la jurisprudencia,

PALABRAS CLAVE:

Contratación pública, Derecho administrativo, cláusulas sociales, discriminación, licitación pública, directiva, responsabilidad social, oferta.

ABSTRACT

In this work will be adressed the legal analysis of social clauses in public procurement as a way to achieve the objectives of social policies of the public administrations, making efficient use of public resources through a social effective investment. Thus, the legal framework, doctrine, and the reports and guides of the advisory administrative bodies, in addition to case law.

KEY WORDS:

Public procurement, administrative law, social clauses, discrimination, public tendering, directive, social responsibility, offer.

Lista de abreviaturas.

ALCSP: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

CES: Consejo Económico y Social.

LCAP: Ley de Contratos de la Administración Pública

LCSP: Ley de Contratos del Sector Público.

LRJPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de
Procedimiento Administrativo Común.

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PIB: Producto Interior Bruto

RSC: Responsabilidad Social Corporativa

RGLCAP: Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones
Públicas

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

UE: Unión Europea

ÍNDICE

1. Introducción	5
2. Las Cláusulas sociales	6
1. Definición de cláusula social	6
2. Tipos de cláusulas sociales	10
3. El reconocimiento de las cláusulas sociales en la normativa europea	12
1. La cláusula social en las directivas de tercera generación	13
2. Las directivas de cuarta generación y la «Estrategia Europa 2020»	14
3. Los efectos de la no transposición de las directivas de contratación	15
3.a. Los efectos en concreto sobre las cláusulas sociales de la falta de transposición	17
4. La presencia de las cláusulas sociales en la normativa española	18
1. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público	19
2. Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público	21
3. Las normas autonómicas referidas a las cláusulas sociales	22
4. Las normas reglamentarias y la actuación administrativa	23
5. La aplicación de las cláusulas sociales en España	27
1. Las cláusulas sociales en el <i>iter</i> del procedimiento contractual	27
1.a. Definición del objeto del contrato	28
1.b. Fase de selección del contratista. Las cláusulas sociales de acceso	30
1.c. Fase de adjudicación del contrato. Cláusulas de valoración y desempate	37
1.d. Fase de ejecución del contrato. Condiciones de ejecución del contrato	42
6. Conclusiones	45
7. Bibliografía	47

1. Introducción

Las cláusulas sociales en la contratación pública son una materia de actualidad, a raíz de los cambios que está sufriendo el campo de la contratación pública en los últimos tiempos debido a la reforma de la legislación europea y del cambio de concepto sobre las finalidades de la contratación pública. Estos cambios se manifiestan en el sentido de darle un mayor peso al cumplimiento de las políticas públicas, y en especial, a las políticas sociales en el propio marco del proceso de contratación. Dado el deterioro que acusan muchos aspectos de la protección social de los Estados miembros de la Unión Europea, la apertura de nuevas áreas de la actividad, y sobre todo, de la inversión económica, del Estado a las políticas sociales es siempre una noticia bien recibida.

El objetivo de este trabajo radica en aportar una visión panorámica de la presencia de los criterios sociales en los contratos públicos, exponer las normas básicas de la Unión Europea y el Estado, y analizar el papel de las Comunidades Autónomas y los entes locales en las normas sobre contratación pública, así como explorar los materiales que los licitadores usan para la introducción de las cláusulas sociales en los pliegos de contratación.

Para abordar el encaje de las cláusulas sociales dentro de la contratación comenzaremos por establecer un concepto de cláusulas sociales y analizar el marco normativo en España y en la Unión Europea, un marco que resulta complejo debido a la dispersión normativa entre las directivas de la Unión Europea, la legislación básica del Estado y también la legislación autonómica. Dedicaremos un apartado especial a estudiar como deben aplicarse las directivas no transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico, para finalmente estudiar las cláusulas sociales que es posible introducir a lo largo del *iter* contractual. Como herramientas de estudio se usará la legislación, la jurisprudencia y fundamentalmente los artículos doctrinales al respecto y los informes, recomendaciones y guías elaborados por los órganos consultivos de las Administraciones.

2. Las cláusulas sociales

La contratación pública supone un porcentaje muy elevado del producto interior bruto de los

países desarrollados y compone una parte importante del gasto público, ya que roza el 20% del PIB de España¹.

Las cláusulas sociales no aparecen en España hasta el siglo XXI, cuando empiezan a utilizarse para valorar las ofertas. A juicio de BERNETE GARCÍA, la STS 3625/1997 de 23 de mayo supuso un punto de inflexión en la introducción de criterios sociales en la contratación pública. Esta sentencia establece en su FJ 3º que «la administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público». Esta interpretación del Tribunal Supremo es claramente favorable a la inclusión de criterios sociales, medioambientales y en general, a la búsqueda de cualquier fin legítimo para la Administración, pero muy en especial, los principios rectores de la política social y económica. No obstante, habrá que esperar a la transposición de las directivas de tercera generación para ver las cláusulas sociales incorporadas a la legislación.²

No resulta baladí disponer de herramientas que permitan cumplir con eficacia los objetivos del Estado social en un sector que supone casi un quinto de nuestra vida económica. La forma de dar cumplimiento en el ámbito de la contratación pública a los fines del Estado social es la introducción de cláusulas basadas en criterios sociales.

2.1. Concepto de cláusula social

Tanto LESMES ZABALEGUI³, como MEDINA JURADO⁴ definen las cláusulas sociales como “la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de la política social, como requisito previo para participar en la licitación, como criterio de valoración o como obligación a realizar en el

1 Observatorio de la Contratación Pública. [En línea]. Consultado el 4 de febrero de 2017. Disponible en <<http://www.obcp.es>>.

2 BERNETE GARCÍA, Juan. «Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local». *Cuadernos de Trabajo Social*, 2013, vol. 26, no 1, p. 85.

3 LESMES ZABALEGUI, Santiago. «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2005, no 13, p. 53-86.

4 MEDINA JURADO, Purificación. «Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas». *Revista Cemci*, 2010, vol. 7, p. 3.

contrato”. El núcleo de esta definición consiste en la valoración de aspectos de política social en distintos momentos del procedimiento administrativo de contratación pública⁵.

RAMOS PÉREZ-OLIVARES señala una definición más restrictiva, y se refiere a:

«cualquier estipulación que obligue a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a realizar propiamente el objeto contractual -según las prescripciones técnicas definidas en el contrato- y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general»⁶.

Esta definición sólo recoge propiamente a aquellas disposiciones incluidas en el contrato como obligaciones de ejecución, ya que alude a un concepto puramente contractual de cláusula, y no a una noción más amplia que permita incluir aquellas condiciones precontractuales que establece la Administración para elegir al contratista final de entre los licitadores y excluir a aquellos que considere inapropiados o menos aptos ya *ab initio*.

MIRANDA BOTO⁷ señala que en lo que ha de entenderse por materia social, poco a poco se ha perdido la identificación que tenía anteriormente con el mundo sociolaboral y especialmente con el Derecho del trabajo. Hoy en día por «social» se entiende una gran variedad de temas que preocupan a la sociedad contemporánea. Los conceptos jurídicos indeterminados suelen acusar el paso del tiempo especialmente, al verse influido su contenido por el *Zeitgeist*⁸, siendo muy sensibles a los cambios en la concepción social de las

5 Para MARTÍNEZ FONS, esta sería la definición en un sentido propio, aunque entiende que también se usa la expresión en un sentido más general para expresar que la inversión pública que acompaña al proceso de contratación cumpla con unos objetivos de carácter social. No obstante, pone sobre aviso que el hecho de que los criterios técnicos incluyan cláusulas inspiradas en principios de responsabilidad social (que fomenten la accesibilidad o sean menos contaminantes, por ejemplo) no implica la existencia de cláusulas de responsabilidad social propiamente dichas, que implican la incorporación de objetivos sociales al contrato que no son propiamente parte del objeto contractual. MARTÍNEZ FONS, Daniel. *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. Fundación Alternativas, 2009, pp. 13 y ss.

6 RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012, pp. 251-253.

7 MIRANDA BOTO, José María. «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea». *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2016, vol. 6, no 2, pp. 69-91, *passim*.

8 No es objeto de este trabajo tratar las diferentes concepciones sobre el efecto del paso del tiempo en los conceptos jurídicos. Téngase en cuenta simplemente a estos efectos, el debate existente entre las escuelas de pensamiento originalistas y evolucionistas en relación con la interpretación de los conceptos jurídicos.

instituciones. En el ordenamiento jurídico nacional, los principios rectores de la política social y económica ilustran jurídicamente lo que podemos entender por “social”.⁹ En el ordenamiento jurídico comunitario, es el Título X del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 26 de octubre de 2012 el que recoge hoy en día la política social de la Unión Europea¹⁰. El artículo 151 del TFUE (antiguo artículo 136 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) permite arrojar luz sobre esto, al establecer una remisión a diversos textos europeos relativos a la protección social. El artículo 153 del TFUE (antiguo artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) resulta también ilustrativo al listar los conceptos y materias en los que apoyará a los Estados para avanzar en la protección social. Debe tenerse en cuenta que la defensa de las directivas europeas de las cláusulas sociales se ve contrapuesta por la quizá incluso más celosa defensa de la legislación y las instituciones comunitarias de las libertades mercantiles en el territorio de la Unión, especialmente a la hora de la libertad de prestación de servicios, circulación de mercancías y movilidad de trabajadores, como ejemplifican las sentencias de los casos *Rüffert* y *Bundesdruckerei*¹¹.

Algunos autores¹² señalan la aproximación de las cláusulas sociales al concepto de responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC). Derivando de ello lo que denominan responsabilidad social en la contratación pública. Esta aproximación ha sido descartada,

9 Los derechos sociales, como derechos de segunda generación requieren una prestación activa por parte del Estado, aunque en virtud del artículo 53.3 CE los principios rectores no resultan directamente vinculantes, sí son habilitación competencial para la Administración y constituyen el fundamento de las cláusulas sociales. El valor interpretativo de los principios rectores en materia de cláusulas sociales reside en que fundamentan la inclusión de apreciaciones ajenas al objeto directo del contrato, pero relacionadas con la persecución de esos fines constitucionalmente legitimados (de todos modos, estos fines tampoco pueden estar desvinculados del objeto del contrato, por exigencia del artículo 150.1 TRLCSP). *Vid.* RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, *La Ley*, 2012, pp. 152-153.

10 Además de la multitud de documentos que la Unión Europea publica sobre sus proyectos en todos los ámbitos, y también en material social, en ocasiones en los reglamentos, incluso en aquellos no vinculados directamente a la contratación pública, se dan definiciones relevantes, como sucede en el Reglamento (UE) n° 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014. Este reglamento por ejemplo, señala diversas definiciones, entre las cuales la del trabajador con discapacidad, que debe ser tenida en cuenta en esta sede, puesto que las directivas europeas de contratación regulan cláusulas sociales respecto de este tipo de trabajadores.

11 *Cfr.* ECLI:EU:C:2008:189 y ECLI:EU:C:2014:2235, respectivamente.

12 MARTÍNEZ FONS, Daniel. *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. Fundación Alternativas, 2009, pp. 13 y ss; MC CRUDDEN, Christopher. *Responsabilidad empresarial y contratación en el sector público*. Forética, 2007, *passim*.

aunque de forma tibia, por la Unión Europea desde el lanzamiento del Libro Verde en el año 2001¹³.

La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública responde a un fin similar al que lo hace la RSC, pero por una causa completamente distinta. Las Administraciones son un ente público vinculado positivamente al derecho, y que deviene obligado a satisfacer determinados intereses, considerados de interés público por disposición constitucional o legal. La incorporación de las cláusulas sociales a la legislación se explica mejor desde el punto de vista de una política legislativa ligada a las tradicionales labores de fomento y policía¹⁴.

Las empresas parten del principio de autonomía de la voluntad y su adecuación a los principios sociales es algo meramente voluntario y fruto de su propia conciencia, o como en ocasiones se las acusa, de la necesidad de una mejor percepción de su imagen de marca. La RSC supone la satisfacción de intereses públicos más allá de lo exigido por la ley, mientras que las cláusulas sociales, por su fuerza imperativa, tienen una naturaleza completamente contraria, y a nuestro juicio, más efectiva, puesto que la *ultima ratio* de las cláusulas sociales es la protección y el fomento de los derechos sociales¹⁵, que en cuanto derechos, deben tener una garantía legal que la RSC no constituye.

Por lo tanto, son cláusulas sociales aquellas disposiciones introducidas en los contratos públicos, bien por mandato imperativo de una norma superior o por decisión del órgano de

13 El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 18 de julio de 2001, dispone lo siguiente en su párrafo vigésimo segundo:

«No obstante, la responsabilidad social de las empresas no se debe considerar sustitutiva de la reglamentación o legislación sobre derechos sociales o normas medioambientales, ni permite tampoco soslayar la elaboración de nuevas normas apropiadas. En los países que carecen de tales reglamentaciones, los esfuerzos se deberían centrar en la instauración del marco legislativo o reglamentario adecuado a fin de definir un entorno uniforme a partir del cual desarrollar prácticas socialmente responsables».

Consideramos que esta posición es «tibia» porque otorga una posición destacada a la RSC, quedando el papel de la Administración reservado a proteger un *minimum minimorum*.

14 Esta aproximación la encontramos más coherente con nuestra tradición administrativa, y volveremos sobre ella al hilo de la clasificación de las cláusulas de la responsabilidad social.

15 Por ello se predica de las cláusulas sociales que tienen un carácter instrumental en el ámbito administrativo. Son herramientas para que la Administración realice labores de fomento y policía, poniendo límites a las conductas contrarias a derecho y promocionando aquellas cuyo cumplimiento no es imperativo, premiando a quienes las realizan con el acceso al gasto público en forma de contratos administrativos.

contratación, que persiguen satisfacer los fines que las Administraciones tienen atribuidos para el desarrollo y protección de los derechos de los ciudadanos y la seguridad social y económica de estos.

2.2. Clasificación de las cláusulas sociales

Una primera clasificación se trasluce ya de la definición que hemos dado de la cláusula social, en base al momento en que esta se aplica en el procedimiento de contratación. Con fundamento en ello, podemos distinguir las cláusulas sociales en tres momentos distintos; el momento de admisión, el de valoración de la oferta y el de la realización del contrato. Esta es especialmente relevante para nosotros porque la usaremos para ordenar nuestro estudio de las cláusulas sociales.

La cláusula social se inserta como criterio de admisión, cuando exigen requisitos previos de tipo social o la acreditación de experiencia o solvencia técnica en materia de inserción sociolaboral para que la empresa pueda ser contratada¹⁶. Son requisitos por lo tanto, relativos a las características del licitador.

En el momento de valoración de la oferta, la cláusula social actúa como criterio de puntuación de la oferta presentada, señalando características de carácter social que serán baremados a la hora de la adjudicación del contrato, como por ejemplo la exigencia de que una parte de la plantilla esté compuesta por personas con especiales dificultades de acceso al empleo. Son típicas de esta fase las llamadas cláusulas de desempate, que favorecen entre quienes presentan ofertas que por lo demás presentan la misma puntuación, a quien cumpla con determinados objetivos sociales.

Por último, a la hora de la realización del contrato la cláusula social actúa como requisito de ejecución, señalando condiciones obligatorias de carácter social para la ejecución del contrato, como por ejemplo, la obligatoriedad de contratar a un determinado número de personas en riesgo de exclusión social¹⁷, o la obligatoriedad de mantener criterios de paridad sexual en la

16 RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012, pp. 152-153.

17 RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector*

plantilla, etc. Supone la obligación de mantener en fase de ejecución determinados criterios sociales.

Otra clasificación interesante es la propuesta por ANDRÉS PÉREZ. Hemos comentado acerca de las cláusulas sociales que estas pueden suponer la realización de dos tipos distintos de actividad administrativa. Por un lado, pueden suponer el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico en materia social, lo que identificábamos como un uso instrumental de la cláusula social para la actividad administrativa de policía en el ámbito concreto de la contratación pública. Por el otro, pueden suponer la exigencia de cumplir con unos determinados objetivos de política social que la Administración licitante haya señalado, lo que constituye un uso de la cláusula social como actividad de fomento, suponiendo una dirección materialmente orientada de la financiación pública.

Pues bien, en base a esta distinción, establece la categoría de cláusulas sociales conservadoras o cláusulas sociales innovadoras¹⁸, en sus propias palabras:

«Podemos clasificar las cláusulas sociales en dos grandes grupos: cláusulas sociales que tienen como objeto garantizar el cumplimiento de la vigente normativa socio-laboral, que denominaré cláusulas sociales conservadoras, y cláusulas sociales que buscan avanzar en el desarrollo y la integración más allá del mero cumplimiento de la legalidad, a las que me refiero como cláusulas sociales innovadoras».

Respecto de las cláusulas innovadoras, dice que:

«(...) Pueden ser utilizadas tanto como condición especial de ejecución como criterio de valoración de las ofertas. En ambos casos, dada la regulación actual de la contratación pública, su contenido debe estar vinculado con el objeto del contrato¹⁹. La forma de incluir

Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011. Madrid, La Ley, 2012, p. 257.

18 ANDRÉS PÉREZ, María del Mar. «El coste económico de no incluir cláusulas sociales en la contratación» en *Observatorio de Contratación Pública*. [En línea], 2016, [consulta: 2 de mayo de 2017] disponible en <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.246/chk.ac204d3e2e27109688ad19bc7d33fed9>>.

19 Entendemos que se refiere fundamentalmente a lo dispuesto en el artículo 150.1 del TRLCSP, que a su vez se basa en lo dispuesto por la Directiva 18/2004/CE, que recoge la jurisprudencia del TJUE.

estas cláusulas es, por consiguiente, definiendo el objeto del contrato en términos sociales»²⁰.

ANDRÉS PÉREZ elude hablar de cláusulas sociales en el momento de la admisión, aunque a nuestro parecer son relevantes. No obstante, hace referencia a una fase previa implícitamente, al considerar la necesidad de definir el contrato en términos sociales, más allá del objeto directo de cada contrato individualmente considerado. A la hora de definir el contrato, siendo deber de la Administración justificar cómo el contrato responde al cumplimiento de sus fines²¹, esta puede definirlo en términos sociales para favorecer la inclusión de clausulado social.

Recapitulando, hemos dividido en tres las fases del procedimiento de contratación en las que puede ser incorporado el clausulado social, así como nos hemos referido a la importancia de la fase previa de definición del objeto del contrato. Por otro lado, distinguimos entre cláusulas sociales conservadoras cuando cumplen con una actividad de policía, e innovadoras cuando se corresponden con una actividad de fomento.

3. El reconocimiento de las cláusulas sociales en la normativa europea

Las cláusulas sociales han adquirido una relevancia creciente en el Derecho derivado de la Unión Europea, tal y como expondremos a continuación. Las directivas europeas de tercera generación²² regularon la posibilidad de incluir cláusulas sociales a título potestativo, dejando libertad a los Estados miembros para realizar, o no, una inclusión celosa de éstas en los pliegos contractuales. La nueva generación de directivas, las de cuarta generación, van más allá e incorporan la obligatoriedad de algunas cláusulas sociales.

20 ANDRÉS PÉREZ, María del Mar. «El coste económico de no incluir cláusulas sociales en la contratación» en *Observatorio de Contratación Pública*. [En línea], 2016, [consulta: 2 de mayo de 2017] disponible en <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.246/chk.ac204d3e2e27109688ad19bc7d33fed9>>.

21 *Cfr.* art. 22 del TRLCSP

22 La tercera generación la componen las siguientes directivas: Directiva 2004/17, contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales; Directiva 2004/18, contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; Directivas 89/665 y 92/13, “recursos” en contratos del sector público y sectores especiales y Directiva 2009/81, contratos en ámbitos de la defensa y seguridad.

3.1. La cláusula social en las directivas de tercera generación

Las cláusulas sociales, así como las previsiones relativas a la defensa del medio ambiente en la contratación se han ido introduciendo en la legislación europea desde las directivas de la tercera generación, entre las que destaca la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Esta es la primera directiva que hace referencia a cláusulas medioambientales y sociales, y que en su considerando primero alude al Libro Verde y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como las circunstancias que llevan a la incorporación de aquellas²³.

Se infiere que la jurisprudencia a la que alude el citado considerando consiste fundamentalmente en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Gebroeders Beentjes* de 20 de septiembre de 1988 (C-31/87) y *Nord-Pas-de-Calais* (C-225/98)²⁴. El núcleo de interés de la primera sentencia radica en que se acepta el criterio de puntuación por la contratación de personas desempleadas de larga duración, siempre que no sea discriminatorio y haya sido anunciado previamente. La segunda se pronuncia en un sentido similar, atribuyendo a los poderes adjudicadores la posibilidad de que puedan basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes. Esto viene a ser una definición de lo que conocemos como una cláusula de desempate.

23 *Vid.* Directiva 2004/18/CE, en su considerando primero «en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2».

24 *Vid.* ECLI:EU:C:1988:422 y ECLI:EU:C:2000:494, respectivamente. En realidad, el considerando también alude (implícitamente) a varias sentencias sobre cláusulas en materia medioambiental, que *mutatis mutandis*, reiteran la posición mantenida en las citadas.

Sin embargo, de la mera lectura del art. 53.1 de la Directiva 2004/18/CE, se deduce que, en realidad, la apuesta europea va mucho más en la línea de las cláusulas medioambientales que de las cláusulas sociales²⁵, pues hace una referencia expresa para las primeras que no realiza para las segundas, desplazándolas del objeto del contrato. Parece que la idea de cláusula social en la Directiva se veía limitada a los usuarios de los servicios u obras que la Administración contrata²⁶.

3.2. Las directivas de cuarta generación y la «Estrategia Europa 2020»

El Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de enero de 2011, aborda el tema de la política de contratación en la Unión Europea. En este documento se fija como parte de la «Estrategia Europa 2020» el utilizar el poder de adquisición que recae en los poderes públicos para la promoción de la innovación, el respeto por el medio ambiente, y la lucha contra el cambio climático, la mejora del empleo, la salud pública y las condiciones sociales, poniendo especial atención en la inclusión de los grupos desfavorecidos.

Así, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, abunda en la imperatividad de las cláusulas sociales, previendo su incorporación a lo largo de todo el proceso de contratación. Es destacable la redacción del artículo 18.2 de la Directiva, que dispone:

«Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho

25 A unas conclusiones similares llega GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016 [consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA..pdf?sequence=1>> pp. 137 y ss.

26 Se fundamenta en el considerando 46 de la Directiva, *in fine*, que dispone « (...) En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato».

internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X».

Esto implica que la incorporación cláusulas sociales conservadoras, tal y como las habíamos definido *supra* se ha convertido en un mandato legal imperativo, que permita supervisar el cumplimiento del grueso del Derecho social. Nótese que al no limitarse a disposiciones legales, sino que dispone la vigilancia del cumplimiento de «obligaciones aplicables», implica que no existirá ningún problema en aplicar convenios colectivos u obligaciones de rango infralegal, excepto la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya doctrina *Rüffert* es difícil de conciliar con la aplicación de los convenios colectivos²⁷. No obstante, como ya hemos comentado, la jurisprudencia de la sentencia *RegioPost* desautoriza en buena medida lo dicho en la primera sentencia, y dado que el art. 18.2 hace referencia a obligaciones aplicables, en general, no debería existir ninguna reserva a la hora de utilizar los convenios colectivos en las cláusulas sociales.

Aparte de la mención en los considerandos, por primera vez las cláusulas sociales aparecen profusamente incorporadas a lo largo del articulado de la Directiva 2014/24/UE, tanto al regular la definición del objeto de los contratos (art. 62) como los motivos de exclusión de los contratistas (art. 57) como los criterios de adjudicación (art. 69) y las condiciones de ejecución (art. 70).

También es destacable el art. 56, que permite excluir al licitador que presente la oferta más ventajosa si este no cumple con lo dispuesto en el art. 18.2. Lo mismo podemos decir del art. 71, que permite a la Administración controlar el cumplimiento de las obligaciones del art. 18.2 a las subcontratas, así como obligar al licitador a declarar, al momento de hacer la propuesta, si piensa hacer uso de ellas y quienes son los subcontratistas propuestos.

3.3. El problema de la ausencia de transposición de las directivas de cuarta generación

La falta de transposición de las nuevas directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública no es intrascendente, sino que las directivas tienen efectos sobre la

²⁷ MIRANDA BOTO, José María. «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea». *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2016, vol. 6, no 2, p. 23

interpretación de las normas nacionales e incluso efecto directo en algunos casos, vinculando ya a las Administraciones Públicas. Es evidente por lo tanto, que urge su transposición en beneficio de la claridad del ordenamiento jurídico.

Paradójicamente, muy pocos Estados miembros se han apresurado a incorporar las directivas a sus ordenamientos nacionales. Al día del cumplimiento del plazo para la transposición, tan sólo cuatro Estados habían incorporado las directivas a su ordenamiento interno, Reino Unido, Portugal, Dinamarca y Francia²⁸.

Los efectos de la no transposición de las directivas con carácter general han sido bastante estudiados y detallados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las directivas de cuarta generación²⁹ no han sido traspuestas, cuando deberían haberlo sido antes del 18 de abril de 2016. Esto determina el efecto directo contra España de la Directiva, en los términos que ahora desarrollaremos, obligando a todas las Administraciones Públicas.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es clara en cuanto a que para aplicar el efecto directo de una directiva esta debe establecer un mandato claro, preciso e incondicionado³⁰. Es posible invocarlas ante los tribunales nacionales en cuanto que jueces

28 MORENO MOLINA, José Antonio. «Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué Derecho de la Contratación Pública aplicamos?» en *Observatorio de Contratación Pública*. [en línea], 2016, disponible en <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.241/recategoria.121/remenu.3/chk.ae97eede5e6c3cb291e1dd9411dc49f4#tres>> , consultado el 2 de mayo de 2017.

29 ELEZ GÓMEZ, Ana Isabel ;MARTÍNEZ GARCÍA, Jerónimo . Comentario a la aplicación directa de las nuevas directivas europeas contratación pública. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2016, nº 5, p. 194:

«La Unión Europea aprobó tres Directivas sobre contratación pública: Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. 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. Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Todas ellas aparecen publicadas en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y deberán transponerse antes del 18 de abril de 2016, sin perjuicio del mayor plazo que conceden para la incorporación del uso obligatorio de medios electrónicos en la contratación hasta el 18 de octubre de 2018, salvo para centrales de compra, donde deberán estar operativas el 18 de abril de 2017».

30 GIMENO FELIÚ, José María. *El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública*. [En línea] IDEIR, 2016, pp. 32-33. [Consulta: 5 de mayo de 2017] Disponible en: <<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2016-10-01-Binder1.pdf>> .

«El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo

ordinarios del Derecho comunitario y además, tienen un efecto interpretativo directo sobre la legislación vigente. Este efecto interpretativo es incluso previo al vencimiento del plazo de transposición.

Por otra parte, las directivas carecen de efecto vertical descendente, esto es, no pueden ser alegados por el Estado contra terceros, con el objetivo de que no pueda beneficiarse de su propio incumplimiento³¹.

3.3.a. Los efectos en concreto sobre las cláusulas sociales de la falta de transposición

La conjugación de normas distintas, nacionales y comunitarias que están en vigor a la vez provoca problemas de aplicación y dificultan la determinación del derecho aplicable en el caso concreto, al producir un efecto de dispersión y entrelazamiento legislativo que produce confusión. Es por ello que tanto la doctrina como los órganos consultivos en materia de contratación han defendido una aplicación uniforme del Derecho de la Unión³².

Centrándonos en el efecto directo de las partes de la Directiva 2014/24/UE que se refieren expresamente a la introducción de cláusulas sociales, lo cierto es que hay importantes disposiciones que carecen de efecto directo. En primer lugar, el art. 18.2 carece de efecto directo por sí mismo, dado que de la expresión «los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes ... » no deriva una obligación precisa e incondicionada. Sin embargo, sí lo tienen otros artículos que despliegan su eficacia en relación con el art. 18.2, como el art. 69, que obliga a los licitadores rechazar una oferta anormalmente baja si se debe a la infracción del contenido del art. 18.2. Siendo esta una obligación clara e incondicionada, es directamente

genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas (...) Pero no se trata de una cuestión dispositiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, ya declaró que necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria».

31 ELEZ GÓMEZ, Ana Isabel ;MARTÍNEZ GARCÍA, Jerónimo . Comentario a la aplicación directa de las nuevas directivas europeas contratación pública. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2016, nº 5, p. 200.

32 GIMENO FELIÚ, José. María.,«El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español». *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, p. 49

aplicable³³.

También tendrán efecto directo las disposiciones en materia de subcontratación referidas a la provisión de información, según GIMENO FELIÚ³⁴:

«Las previsiones sobre subcontratación son también de directa aplicación. Las previsiones relativas a la posibilidad de que el poder adjudicador exija al licitador o al solicitante que mencione en la oferta la parte del contrato o la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos».

Sin embargo, esto no incluye la exclusión de subcontratistas que incumplan el art. 18.2, dado que el art. 71.1. de la Directiva 24/2014/UE es nuevamente insuficientemente preciso: «Las autoridades nacionales competentes se encargarán de asegurar, mediante la adopción de las medidas adecuadas dentro de su ámbito de competencia y su mandato, (...)».

En definitiva, el efecto directo permitirá ir desarrollando tímidamente algunas de las disposiciones en materia de cláusulas sociales de la directiva, pero no permitirá anticipar la obligatoriedad de las cláusulas sociales, que es el núcleo esencial de la directiva, hasta que sea transpuesta al ordenamiento nacional y se establezcan las medidas concretas que los licitadores podrán incluir para garantizar el cumplimiento de las cláusulas sociales.

4. La presencia de las cláusulas sociales en la normativa española

La legislación básica del Estado permite la inclusión de cláusulas sociales y constituye el marco esencial. A partir de ahí, existe un desarrollo basado en legislación autonómica y en reglamentos administrativos.

33 TRIBUNALES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, *Los Efectos Jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el Vencimiento del Plazo de Transposición sin Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, [En Línea] Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016. [Consulta: 4 de mayo de 2017] Disponible en <http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf> p.59.

34 GIMENO FELIÚ, José María. *El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública*. [En línea] IDEIR, 2016, p. 44. [Consulta: 5 de mayo de 2017] Disponible en: <<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2016-10-01-Binder1.pdf>> .

4.1. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

La primera mención a las cláusulas sociales en la legislación española se encontraba en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Esta ley recogía en el art. 20.d, y en la DA 8ª. El art. 20 de la LCAP establece una prohibición de contratar con empresas que hubiesen sido condenadas por sentencia firme debido a delitos contra la seguridad y la higiene en el trabajo, mientras que la Disposición adicional octava preveía una cláusula de preferencia en la adjudicación para las empresas que integrasen a minusválidos en la plantilla. Esta ley fue substituida primero por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y posteriormente por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que traspuso las directivas de tercera generación a nuestro ordenamiento jurídico. La última reforma de esta ley es la que da lugar al texto vigente, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (abreviado, TRLCSP).

El TRLCSP regula los distintos tipos de contratos administrativos que existen en el ordenamiento jurídico español. Su ámbito objetivo consiste en los contratos administrativos en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, y en cuanto a los contratos privados, en cuanto a su preparación y adjudicación. La posibilidad de añadir cláusulas sociales a los contratos administrativos típicos esta amparada por la disposición, aunque respecto de contratos administrativos especiales habrá de acudir a sus propias normas³⁵.

Sin embargo, son los contratos de obra y de servicios los que permiten incluir con mayor facilidad y profusión las cláusulas sociales, ya que es posible definir con sencillez el contrato en términos sociales y medioambientales ajustados a los deseos de la Administración, además de disponer los requisitos especiales de ejecución que se considere oportunos, y que pueden incorporar medidas sociales y medioambientales. En los contratos de suministro, esto resulta más complejo debido a que se suelen suministrar productos estandarizados, cuyas características y modo de producción no pueden ser fácilmente modulados. Tampoco obsta a

³⁵ Cfr. art. 19 TRLCSP.

la aplicación de cláusulas sociales que el contrato sea privado³⁶.

Por lo tanto, el ámbito objetivo de aplicación de las cláusulas sociales son tanto los contratos administrativos como los privados, siendo la naturaleza del contrato la que hará viable o no la incorporación de un clausulado social más o menos amplio.

Las cláusulas sociales se insertan en el ámbito del proceso de contratación. La definición tradicional del expediente de contratación es la de «el conjunto ordenado de documentos que son originados por el procedimiento administrativo de contratación y que tiende a la definición del objeto del contrato, a la selección del contratista y a la formalización del contrato para su posterior ejecución»³⁷.

Como consecuencia del efecto directo de las directivas no transpuestas, existen múltiples aspectos en los que los procedimientos regulados en el TRLCSP ya no se aplican enteramente como dispone el texto, sino que han de conjugarse con las partes directamente aplicables de la directiva de cuarta generación ya en vigor. Las Juntas Consultivas y la doctrina han elaborado diversas recomendaciones y trabajos para arrojar luz sobre ello, para guiar a los órganos de contratación en la aplicación concreta de las directivas³⁸.

En la práctica, de los dos procedimientos principales, el abierto y el restringido, el procedimiento restringido es muy poco usado, de tal modo que en el año 2013, de los

36 GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016 [consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en web <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20P%C3%93N%20P%C3%9ABLICA..pdf?sequence=1>>, p. 209

37 GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016 [consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20P%C3%93N%20P%C3%9ABLICA..pdf?sequence=1>>, p. 220.

38 Ex. Gr. ELEZ GÓMEZ Ana Isabel; MARTÍNEZ GARCÍA, Jerónimo. «Comentario a la aplicación directa de las nuevas directivas europeas contratación pública». *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2016, no 5, pp. 193-201; *Vid.* Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los Órganos de Contratación en Relación con la Aplicación de las Nuevas Directivas de Contratación Pública, de 15 de marzo de 2016 y Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado.

contratos celebrados por el ministerio, sólo 9 se realizaron por procedimiento restringido, frente a 9.833 realizados por el procedimiento abierto³⁹.

Por otro lado, en los contratos menores (definidos por su cuantía en el art. 118.3 TRLCSP), y en los negociados sin publicidad, la posibilidad de inclusión de cláusulas sociales no encuentra prácticamente ningún límite, dada la gran discrecionalidad que goza la Administración en este tipo de contratos, y que por lo tanto, le permiten introducir una gran pluralidad de criterios de selección y ejecución a la hora de contratar⁴⁰.

4.2. Las novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

La tramitación del Proyecto de Ley que sustituirá al TRLCSP ha creado más expectación y tensión de lo habitual, produciéndose debate, no solo académico sino también político, buena parte del cual viene motivado por la introducción de las cláusulas sociales, tal y como se desprende de las enmiendas presentadas en el Congreso.⁴¹

Se espera que el texto sirva de herramienta para combatir la corrupción administrativa. GIMENO FELIÚ pone el acento en aumentar la uniformidad de la normativa y evitar la diversidad de regímenes a través de Instrucciones Internas para poderes adjudicadores que no forman parte de la Administración⁴². En el Proyecto de Ley no figuran novedades relevantes en relación con las cláusulas sociales, quizá con la excepción del artículo 147, que dispone que las ofertas presentadas deberán respetar los costes laborales que dispongan los convenios

39 GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016 [consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA..pdf?sequence=1>>, p. 224

40 Por desgracia, los contratos menores y la discrecionalidad que permiten no suelen ser citados precisamente por la profusión de su uso para la utilización de cláusulas sociales, sino más bien, por la vulneración de la legislación de contratos mediante fraude de ley. *Vid.* AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. «El Fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley». *Revista de estudios locales. Cunal*, 2013, nº 161, pp. 147-181 *passim*.

41 Pueden consultarse en el BOE de 16 de marzo de 2017, [En línea], [Consulta: 1 de mayo de 2017]. Disponible en <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-2.PDF>.

42 GIMENO FELIÚ, José María. «Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público» en *Observatorio de la Contratación Pública*. [En línea], 2016, [consulta: 14 de mayo de 2017] disponible en <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.273/chk.e5ca46a2cbfff86e25645b6f154ede6e>>.

colectivos que sí incorporan algunas de las enmiendas presentadas por la oposición.

4.3. Las normas autonómicas referidas a las cláusulas sociales

Es de destacar que un número creciente de Comunidades Autónomas ha legislado⁴³ acerca de la obligatoriedad de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública⁴⁴.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ cita los siguientes ejemplos:

«Así la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Castilla y León, exige que “las Administraciones Públicas de Castilla y León, en el marco de la legislación de contratos del sector público, aplicarán un régimen de contratación pública socialmente responsable”, requiriendo expresamente actuaciones concretas en su artículo 48.2 a la Administración autonómica, a Ayuntamientos y Diputaciones. En el mismo sentido, la Ley Foral Navarra 1/2015, de 22 de enero, por la que se modifica la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas con carácter obligatorio en los contratos del sector público de esa Comunidad. El Ayuntamiento de Valladolid ha hecho también regla general la incorporación de consideraciones sociales en todos sus contratos, en una Instrucción de Contratación adaptada a las nuevas Directivas y al ALCSP, aprobada el 17 de mayo de 2015».

Esta tendencia ha continuado, y así hoy podemos citar también la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Esta ley se ha preocupado de establecer la imperatividad de incorporar cláusulas sociales concretas, en especial, en materia de protección

43 La tendencia de las Administraciones regionales a establecer este tipo de normas no se dio sólo en España. Los *Länder* alemanes aprobaron leyes similares con anterioridad, *ex. gr.* la Niedersächsische Landesvergabegesetz de 2 de septiembre de 2002, (de Baja Sajonia) muy conocida por su vinculación al asunto *Rüffert*, ya citado. Es una de las primeras leyes de contratos aprobadas por una Administración regional.

44 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. «Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación» en *Observatorio de Contratación Pública*. [en línea], 2015, [consulta: 5 de mayo de 2017], disponible en <[http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.199/reلمenu.3/chk.c5bde66cf07d647d9f2f3a90febac2d2](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.199/recategoria.208/reلمenu.3/chk.c5bde66cf07d647d9f2f3a90febac2d2)>.

laboral⁴⁵. También se sitúa a la vanguardia legislativa Navarra, que aprobó la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, por la que se modifica la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos de cláusulas administrativas, que incluye un pequeño clausulado social de carácter imperativo en materia laboral, para reforzar el cumplimiento del convenio colectivo sectorial, y además, obliga a las empresas adjudicatarias de contratos de servicios a subrogarse en la posición de la empresa anterior en cuanto al mantenimiento de los trabajadores con una antigüedad mínima de tres meses y de las obligaciones en materia laboral y seguridad social que hubiesen sido contraídas.⁴⁶

Galicia ha incorporado referencias a las cláusulas sociales en su legislación autonómica. La Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, recoge en su art. 25 la obligatoriedad de incluir cláusulas sociales relativas a la discriminación por género, y a tener en cuenta criterios sociales y medioambientales a la hora de contratar, sin embargo, la formulación es demasiado vaga para calificarla de un verdadero mandato imperativo por sí mismo, puesto que no consigna ninguna obligación concreta. Sin embargo, la Xunta de Galicia desarrolló este artículo mediante la redacción de una guía de contratación⁴⁷. Esta guía recoge alguna de las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, constituyendo una vía que suple la recepción de las normas europeas a través de la transposición⁴⁸.

El art. 26 de la Ley 14/2013 establece una reserva en materia de contratación pública,

45 *Cfr.* el art. 5 de la citada ley. Además, prevé en su art. 4 la habilitación para la incorporación de condiciones especiales de ejecución que vayan más allá del mero cumplimiento de la legalidad.

46 *Cfr.* art. 3 de la Ley Foral.

47 Lo hizo mediante Resolución de 8 de septiembre de 2014, conjunta de la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y de la Dirección General de la Función Pública, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de julio de 2014 por el que se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia, en la que se ordena su redacción. XUNTA DE GALICIA, *Guía de contratación socialmente responsable en el sector público autonómico gallego*. [En línea] [Consulta: 12 de mayo de 2017]. Disponible en: <http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?folderId=887910&name=DLFE-24022.pdf>

48 Así, por ejemplo, en la letra d), «Comercio justo y otras etiquetas de tipo social» recoge el art. 43 de la Directiva 2014/24/UE: «Cuando el órgano de contratación desee adquirir obras, suministros o servicios con características especiales de tipo social podrá exigir una etiqueta específica como medio de prueba siempre que (artículo 43 directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE y sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284)».

guardando un determinado número de contratos de los que precise la Comunidad Autónoma de Galicia y sus organismos dependientes (un mínimo del 3% y un máximo del 5%) a centros especiales de empleo y empresas de inserción sociolaboral.

Con esta exposición no se pretende plasmar exhaustivamente la legislación autonómica, sino sobre todo poner atención sobre la existencia de diferentes técnicas, mientras algunas Comunidades, como el País Vasco, imponen en la propia ley cláusulas sociales concretas, otras han optado por hacer una declaración más genérica y desarrollar las cláusulas imperativas principalmente a través de las normas administrativas de desarrollo, como Galicia. De todos modos, ambas técnicas no son incompatibles y se pueden dar situaciones mixtas. No obstante, debe realizarse a través de la previsión del art. 114 TRLCSP, mediante pliegos generales de contratación, y no mediante instrucciones o circulares internas, como veremos *infra*.

4.4 Las normas reglamentarias y la actuación administrativa.

Los órganos consultivos del Estado y las Comunidades Autónomas tienen un papel informador respecto de las normas en materia de contratación pública y cláusulas sociales. En materia de contratación administrativa existen órganos consultivos especializados. El Estado dispone de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mientras que la mayoría de las Comunidades Autónomas tienen a su disposición órganos parecidos del mismo o similar nombre (*v. gr.* la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, o la Comisión de Contratación Administrativa de Andalucía). Estos órganos emiten recomendaciones e informes que clarifican y prestan ayuda a los órganos de contratación para la elaboración de los procesos de contratación. La elaboración de las guías de contratación socialmente responsable actúan también en este sentido.

No obstante, a pesar de ello, es frecuente la emisión de instrucciones de contratación por las Administraciones, de cara a que sus órganos dependientes apliquen unas directrices a la hora de contratar. En ocasiones, estas instrucciones son auténticas guías de contratación que adquieren así pretendido carácter vinculante.

Algunas Comunidades Autónomas y municipios, independientemente de la aprobación de normas de rango legal, han dictado instrucciones acerca de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, generalizando su uso en los entes que de ellas dependen, como es el caso de Castilla-La Mancha que aprobó la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional. También es el caso del Ayuntamiento de Madrid, que aprobó la Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus Organismos Autónomos y Entidades del Sector Público Municipal. Estas instrucciones son muy detalladas y son muy similares en contenido a las guías elaboradas por las Juntas Consultivas de Contratación Pública, y de hecho, no todo su contenido es imperativo, conjugando cláusulas que deberán ser incluidas con el contrato, con otras que recomienda incluir o sobre las que realiza propuestas de redacción en caso de que el órgano de contratación desee incluirlas.

A pesar del uso común de instrucciones internas para establecer la obligatoriedad de cláusulas sociales, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en contra, declarando que el modo correcto de prever cláusulas sociales es en los pliegos generales de contratación, puesto que las normas internas no pueden imponer obligaciones ni restringir derechos de terceros. Así se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo 1154/2016 de 23 de mayo:

«1º. Los pliegos de cláusulas administrativas generales, como tales pliegos, no son normas jurídicas, sino actos administrativos, que pueden ser impugnados por los licitadores en vía administrativa ante los Tribunales de contratación mediante el recurso especial en materia de contratación (artículo 40.2.a) LCSP), mientras que la Norma Foral, como norma reglamentaria, sólo puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa (art. 107 LRPJAC). (...) Los pliegos de cláusulas generales exigen dictamen preceptivo previo del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (art. 114.3 LRJPAC), tramite que no exige la Norma Foral. (...) Los órganos de contratación pueden establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares cláusulas contrarias al pliego general, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación (art. 115.5 LCSP). Encambio, no cabe dicha posibilidad si las cláusulas vienen impuestas por una norma jurídica, como una norma Foral, con consecuencias sancionadoras en caso de

incumplimiento añadimos nosotros».

La Sentencia declara, que, como es reiterado en la jurisprudencia, no son idóneas la instrucción o las circulares internas para regular derechos de particulares, y que en todo caso, para ello es necesario el rango de reglamento. Además, afirma que el TRLCSP ya prevé un cauce específico para prever generalmente la incorporación de cláusulas en los pliegos en el art. 114 TRLCSP, que impone el dictamen vinculante del consejo consultivo. Además, de los pliegos generales de contratación es posible apartarse también con informe favorable del consejo consultivo, por lo que, esta es la forma correcta de imponer cláusulas a través de actos administrativos.

Por último, los Tribunales de Contratación Administrativa son también órganos decisivos en la contratación pública y por lo tanto, también en materia de cláusulas sociales. Estos órganos fueron creados para satisfacer las exigencias de las llamadas «directivas procesales» para proveer a los licitantes de un recurso ágil y efectivo para impugnar las decisiones de los órganos de contratación⁴⁹. Estos órganos tienen la naturaleza de órgano jurisdiccional a los efectos de poder elevar una cuestión prejudicial y controlarán la aplicación del efecto directo de las directivas⁵⁰.

49 Lo explica muy bien la exposición de motivos del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

«La Ley 34/2010, de 5 de agosto, como consecuencia de la necesidad de incorporar a nuestra legislación el contenido de las Directivas de recursos en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE del Consejo y el Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2007, introdujo modificaciones en la Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en la 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de adjudicación en los sectores del agua, la energía, los transportes, y los servicios postales. Entre ellas tiene especial relevancia la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales así como la posibilidad reconocida a las comunidades autónomas de crear órganos análogos, a todos los cuales se atribuye la competencia para conocer y resolver en su ámbito respectivo los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad que ambas leyes regulan».

50 TRIBUNALES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, *Los Efectos Jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el Vencimiento del Plazo de Transposición sin Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, [En Línea] Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016. [Consulta: 4 de mayo de 2017] Disponible en <http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf> p.12.

5. La aplicación de las cláusulas sociales en España

Los órganos administrativos que se encargan de la contratación se hayan asistidos por una variedad de órganos autonómicos y locales que realizan una labor interpretativa y sistematizadora de las disposiciones legales y clarifican su aplicación. Por ello, iremos refiriéndonos a estas interpretaciones a lo largo de la explicación acerca de la regulación de las cláusulas sociales. Debe tenerse en cuenta que además de la regulación de las cláusulas sociales *per se*, hay que tomar en consideración las normas y principios que asisten a la contratación pública con carácter general, sin que sea admisible su vulneración en aras de cumplir con objetivos de política social⁵¹.

5.1. Las cláusulas sociales en el *iter* del procedimiento contractual

Como ya hemos adelantado, para el estudio de las cláusulas sociales que encontramos en el TRLCSP vamos a recurrir a la clasificación en base al orden que reciben al momento de realizar un proceso de contratación. Es previsible que el texto que sustituya al vigente incorpore más facilidades a la incorporación de cláusulas sociales, ya por el hecho de que debe seguir el espíritu con el que fueron aprobadas las directivas europeas que deben transponerse. Aunque el TRLCSP es favorable a la inclusión de cláusulas sociales, muchas partes son manifiestamente mejorables o resultan de difícil aplicación práctica, como sucede con las prohibiciones de contratar. Las guías de contratación socialmente responsable clarifican mucho la labor de los órganos adjudicadores a la hora de redactar los pliegos, al incluir ejemplos prácticos y exponer los requisitos que cada tipo de cláusula social debe cumplir en los distintos pasos del proceso de contratación. Así lo declara la guía de

51 *Vid.* lo dicho *supra* respecto de los principios comunitarios en materia de libre competencia, no discriminación, libertad de prestación de servicios y la jurisprudencia asociada a ellos, o el necesario cumplimiento del principio de publicidad y los preceptos que desenvuelven este principio, orientados a que los contratistas conozcan con antelación los requisitos que se tendrán en cuenta para la adjudicación y ejecución de los contratos. *Cfr.* RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012., p 258. Ciertamente, dada la feroz defensa de la jurisprudencia comunitaria respecto de las libertades mercantiles de la Unión en el marco de la contratación pública, casi podríamos hacer la prevención inversa, y decir que estas no deberían ser una excusa para impedir la aplicación de cláusulas sociales y la persecución legítima de fines de interés público por la Administración.

contratación socialmente responsable en el sector público autonómico gallego⁵²:

«La presente guía tiene por objeto facilitar a los poderes adjudicadores del sector público autonómico el cumplimiento del mandato del legislador autonómico de realizar una contratación pública socialmente responsable, ilustrando acerca de las posibilidades que la contratación ofrece para el desarrollo de políticas social esa través del diseño de los contratos desde una perspectiva social y ofreciendo ejemplos, no exhaustivos, de la incorporación de aspectos sociales en la contratación pública».

5.1.a. La definición del objeto del contrato

Hemos comentado la importancia de definir el objeto del contrato de un modo social para facilitar la inclusión del clausulado social. Esto supone decidir qué se adquiere como Administración pública, esto evidentemente confluye con criterios políticos y no estrictamente administrativos, sin embargo, la existencia de directrices tendentes a tener en cuenta los aspectos sociolaborales a la hora de contratar es beneficiosa para el desarrollo del Estado social. Se cita comúnmente por la doctrina y por las guías de contratación la aseveración realizada por la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea⁵³, de 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales, que se pronuncia en los siguientes términos:

«La primera ocasión de integrar aspectos sociales en un contrato público se presenta en la fase inmediatamente anterior a la aplicación de las Directivas pertinentes, es decir, en el momento de la elección del objeto del contrato o, simplificando, cuando se plantea la pregunta “¿qué deseo construir o comprar como Administración pública?” En esta fase, los poderes adjudicadores gozan de una buena oportunidad para tener en cuenta los aspectos sociales y escoger un producto o servicio que se corresponda con sus objetivos sociales».

52 XUNTA DE GALICIA, *Guía de contratación socialmente responsable en el sector público autonómico gallego*. [En línea] [Consulta: 12 de mayo de 2017]. Disponible en: <http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?folderId=887910&name=DLFE-24022.pdf>

53 V. gr. RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012, pp. 258-259.

El texto citado no tiene en absoluto carácter vinculante, pero ilustra la importancia de la definición del contrato. Que la Administración decida adquirir «una escuela realizada con mano de obra desfavorecida» en lugar de sencillamente «una escuela» tiene aquí relevancia práctica. El objeto contractual puede ser mixto o múltiple y estar integrado por varios puntos⁵⁴, eso no constituye un problema toda vez que el TRLCSP sólo exige que el objeto del contrato sea determinado (art. 86.1) y el resto de previsiones del art. 86 se refieren precisamente a lo contrario, al fraccionamiento del contrato como medio para evitar las garantías a la hora de contratar. El objeto del contrato puede ser perfilado y definido de una forma por lo tanto, bastante libre, siempre y cuando eso no implique vaguedades.

Algunas Administraciones incluyen en sus pliegos las finalidades sociales como parte del objeto del contrato considerándola una prestación accesoria que el contratista debe proporcionar, como por ejemplo este extracto de un pliego del ayuntamiento de Las Gabias:

« (...) Complementariamente, y como objeto accesorio, la finalidad del contrato se enmarca dentro de la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 de la Constitución.

Es por tanto manifiesta la voluntad de utilizar la contratación pública con el propósito de apoyar los procesos de inserción sociolaboral de las personas con mayores dificultades de acceso al mercado laboral normalizado por encontrarse en situación o riesgo de exclusión social.»

Otras Administraciones utilizan fórmulas más resumidas, o simplemente hacen referencia a que es objeto también del contrato determinadas medidas sociales o laborales, que aparecen detalladas. En cualquier caso, estas deben aparecer bien definidas, con sus condiciones, desarrollo y si consisten en condiciones de ejecución o criterios de adjudicación⁵⁵.

54 LESMES ZABALEGUI, Santiago. *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la Contratación Pública*. Edita: Delegación de Promoción Económica y Empleo Área de Cultura, Juventud y Cooperación Local. Diputación de Granada, 2010 p. 39.

55 LESMES ZABALEGUI, Santiago. *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la Contratación Pública*. Edita: Delegación de Promoción Económica y Empleo Área de Cultura, Juventud y

Los únicos límites a la libertad de pactos son los impuestos por el art. 25 TRLCSP, que consisten en los del propio ordenamiento jurídico, los principios de buena administración y el interés público. La mención de estos principios, conceptos jurídicos indeterminados, poco más pueden implicar que el recalco del principio general de vinculación positiva a la ley, puesto que la Administración tiene un amplio margen discrecional para la definición del interés público, que en todo caso, en el ámbito de las cláusulas sociales, gozan de la cobertura constitucional de los principios rectores de la política económica y social.

5.1.b. Fase de selección del contratista. Las cláusulas sociales de acceso

El siguiente momento en el que se incluyen en base al TRLCSP medidas tuitivas de las condiciones sociales y laborales del contrato es al momento de la selección de los contratistas.

Existen dos tipos esenciales de condiciones de acceso. Las primeras, definidas de un modo negativo, son las prohibiciones de contratar. Las segundas, definidas de un modo positivo, son las acreditaciones de solvencia. Las prohibiciones de contratar se hayan reguladas en los arts. 60 a 61 bis del TRLCSP, y la acreditación de solvencia en los arts. 62 a 64 del TRLCSP, respectivamente. A continuación se regula la alternativa a la acreditación de solvencia, que se realiza a través de la llamada clasificación de empresas, con el mismo propósito que la acreditación de solvencia, previsto para contratos de mayores cuantías y por lo tanto previsiblemente más complejos⁵⁶.

Las causas de exclusión constituyen una limitación de derechos, aunque no tienen carácter sancionador, tal y como se desprende de la jurisprudencia. La sentencia de la Audiencia Nacional 217/2016 de 23 de mayo, lo expone en su FJ 4º :

«Hay que señalar que la jurisprudencia ha declarado que la prohibición de contratar no es una sanción. La Audiencia Nacional, entre otras las Sentencias de fecha 15 de diciembre de 2011 -, 14 de mayo de 2009 -recurso 504/2007 -, 11 de diciembre de 2008 -recurso

Cooperación Local. Diputación de Granada, 2010 p. 39.

⁵⁶ El art. 65 del TRLCSP desenvuelve los casos y condiciones en los que procede la clasificación de empresas.

215/2007 - y 18 de enero de 2006 -recurso575/2003-, todas ellas de la Sección Sexta ha declarado que esta prohibición de contratar no es una sanción. Así la Sala viene ajustándose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en supuestos similares al aquí examinado».

«En efecto, no nos encontramos ante el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración, como ha dicho el Tribunal Supremo en las sentencias de 31 de mayo de 2007 recurso 9762/2004), 1 de junio de 2007 (recurso 11052/2004), y en las que allí se citan, que señalan que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, si bien al ser un acto limitativo de derechos, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo , deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador».

La finalidad de las causas de exclusión es restringir el derecho a la libre concurrencia a los procedimientos de contratación pública. Como acto restrictivo de derechos, para la imposición de una prohibición debe estarse ante los principios del ordenamiento sancionador, incluyendo la reserva de ley para las acciones típicas que impliquen la limitación del derecho. Ello implica que las prohibiciones de contratar, al contrario que la acreditación de solvencia, sean un *numerus clausus*. Esto viene detallado en el art. 60.1. TRLCSP, haciendo referencia la letra b) de este artículo a la circunstancia de haber sido sancionado por la infracción de normas en materia social o laboral, entre otras. Estas cláusulas son «conservadoras» en el sentido que explicamos al momento de clasificar las cláusulas sociales. Parte de la doctrina y algún órgano consultivo se han manifestado de forma contraria a no considerar acto sancionador la imposición de una prohibición de contratar, pero a tenor de la solidez y abundancia de la jurisprudencia en contrario, que por otra parte, admite la aplicación de los principios del derecho sancionador, que es lo determinante, debe ser desechada⁵⁷.

La prohibición de contratar tiene un alcance absoluto y no restringido, aplicándose a todo tipo de contratos administrativos. Los licitadores que incurran en alguna de las prohibiciones que prevé el TRLCSP no podrán contratar con ninguna Administración pública, sin importar el tipo de contrato o su naturaleza. El licitador debe acreditar en el momento de la presentación

⁵⁷ Dictamen 4/06 del Consejo Económico y Social de 20 de febrero de 2006, p. 23.

de la proposición que no se haya incurrido en prohibición de contratar, mediante una declaración responsable, pero el momento decisivo para apreciar la prohibición es el de la adjudicación definitiva. La perfección del contrato con un licitador incurrido en prohibición da lugar a la nulidad contractual según el art. 32.b) del TRLCSP.

A partir de la entrada en vigor de los apartados uno a tres de la Disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se elimina la distinción entre las prohibiciones de contratar relativas a las Administraciones públicas y el resto del sector público, unificándose. La crítica doctrinal probablemente influyó en la decisión de unificar la regulación⁵⁸.

Las prohibiciones de contratar deberían aplicarse en todo contrato público, independientemente del procedimiento por el que se tramite e incluidos los contratos menores, a pesar de que en estos no existe un momento ni un procedimiento concreto previsto para su averiguación, habida cuenta de que su presencia implica la incapacidad del licitador, que es requisito esencial del contrato⁵⁹.

Respecto de la naturaleza de la condena firme que es preceptiva para la aplicación de la exclusión del art. 60.1.b) del TRLCSP, existen posiciones contrapuestas respecto a si esa firmeza debe ser administrativa o judicial. Nosotros nos inclinamos hacia la naturaleza jurisdiccional de la firmeza, puesto que, ante una disposición limitativa de derechos, se debe atender a la interpretación más favorable y restrictiva de la limitación (principio *favor libertatis*). Sin embargo, el Tribunal Supremo parece contrario a la posición que sostenemos.

⁵⁸ Vid. BERMEJO VERA, José. «Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, nº 10, p. 109. Ya en el propio resumen muestra su perplejidad ante la distinción realizada por la ley entre las administraciones públicas y el sector público en general: «Si la única y objetiva finalidad de las prohibiciones de contratar es evitar que quienes hayan tenido unas determinadas conductas indignas, es decir, no lícitas, formen parte del sistema de contratación pública, no se entiende la razón por la que dichas prohibiciones no operan en todo el sector público».

Vid. también BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, nº 10, p. 225. Se pronuncia en los mismos términos que BERMEJO VERA.

⁵⁹ GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016 [consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA.pdf?sequence=1>>, p.262.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2006 (FJ 4º) es contraria a lo que hemos defendido sosteniendo el carácter administrativo de la firmeza. La sentencia alude genéricamente a los artículos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establecen las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, y que por lo tanto, son firmes y ejecutivos en la vía administrativa, pero no termina de aclarar porque se decanta por un criterio «administrativo» de firmeza y no uno «jurisdiccional».

El amplio tratamiento que hemos dado a las prohibiciones de contratar se debe más a su relevancia como normas limitativas de derechos que a una extensa aplicación práctica, puesto que el supuesto es muy raro en la práctica⁶⁰.

Respecto de las condiciones de acceso positivas, los principios a aplicar son muy distintos. La acreditación de solvencia consiste en la muestra por parte del licitante de la aptitud financiera y el *savoir faire* necesario para dar cumplimiento al contrato. Por lo tanto, mientras que anteriormente nos referíamos a situaciones de inidoneidad derivadas de comportamientos ilícitos o incompatibilidades, aquí el objeto es discriminar a los posibles licitantes en base a su aparente idoneidad para llevar a cabo el contrato.

La función de los criterios para valorar la solvencia técnica tienen una función distinta de los criterios de adjudicación del contrato. Tanto las directivas como la ley distinguen ambas categorías, y también la jurisprudencia y los órganos consultivos⁶¹. Los criterios de solvencia evalúan al licitante, mientras que los criterios de adjudicación valoran las ofertas presentadas de entre aquellos que han acreditado la solvencia. Sobre esta distinción expone el Informe 53/97 de 2 de marzo de 1998 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. El informe trata la inaplicabilidad del criterio de adjudicación de calidad como requisito de

60 RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012, p. 274.

61 La sentencia *Gebroeders Beentjes* de 20 de septiembre de 1988 (C-31/87), ya citada anteriormente, los distingue claramente. El fundamento normativo eran las directivas de primera generación (Directiva 71/305/CEE), no obstante podemos observar como esta distinción se ha mantenido en el tiempo y por los órganos consultivos nacionales. Así, podemos observar los Dictámenes del Consejo de Estado DCE 342/2003, de 30 de abril y DCE 514/2006, de 25 de mayo. El primero se refiere a la legislación anterior a la LCSP, mientras que el segundo se refiere a su anteproyecto.

solvencia. Al mismo tiempo, advierte de los procedimientos sancionadores abiertos por la Comisión Europea contra Administraciones españolas con causa en esa confusión, y se remite a la distinción entre estos criterios realizada por las directivas. Para el TJUE los criterios de selección cualitativa de los licitadores fijados en las directivas pretenden establecer un marco claro, objetivo y previsible, permitiendo a las empresas justificar su solvencia mediante cualquier documento admitido por las entidades licitadoras.

Los requisitos de solvencia no son tasados y pueden estar previstos en normas de naturaleza administrativa, incluyendo los propios pliegos del contrato. No obstante, deben ser determinados, figurar tanto en el pliego como en el anuncio de licitación (art. 62.2 TRLCSP), estar relacionados con el objeto del contrato y cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada o el licitador sea una Administración pública, deben ser los establecidos en la ley (que sigue a las directivas europeas) para el contrato en que consista la licitación, y en ningún caso pueden resultar discriminatorios⁶².

Para BERNAL BLAY, el modo para incluir criterios sociales de solvencia será a través de la definición del contrato en términos sociales, de modo tal que para la ejecución de este sea exigible una cierta pericia «social», utilizando los medios previstos en los arts. 75 a 79 del TRLCSP⁶³:

«En base a las anteriores consideraciones, si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos, que se acreditará mediante una relación de las principales obras, suministros o servicios realizados en los últimos años. (...) Asimismo, en fase de valoración de la solvencia, el órgano de contratación podrá verificar la composición del personal de la empresa y los cuadros que forman parte del mismo, los equipos técnicos con los que ésta cuenta y el sistema de

62 Vid. GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016 [consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA..pdf?sequence=1>>, p. 272.

63 BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, nº 10, p. 226.

control de la calidad, a fin de asegurarse de que la empresa dispone de la capacidad necesaria, en términos de cualificación del personal y medios materiales, para ejecutar o llevar a cabo el contrato. También podrá valorarse el grado de estabilidad en el empleo, exigiéndose una declaración sobre la plantilla media anual de la empresa, pudiendo apreciarse, de este modo, no sólo el promedio anual del personal no directivo, sino también el número de empleados integrados en la empresa, el mantenimiento, incremento o descenso del número de trabajadores, la conversión de temporales en fijos, las categorías y funciones desempeñadas por cada uno de ellos, su experiencia dentro de la empresa, etc. (...) En cuanto a la posibilidad de valorar la siniestralidad laboral que han sufrido las empresas licitadoras como criterio de solvencia, el difícil engarce de dicha circunstancia con los medios de acreditación de la solvencia previstos en los arts. 64 a 68 LCSP determina su inviabilidad».

La referencia a los art. de la LCSP debe substituirse por los vigentes del TRLCSP. El inciso final que realiza previniendo del difícil encaje de un control de la siniestralidad también es aplicable al texto refundido.

También es interesante la reflexión que realiza a renglón seguido, respecto a la posibilidad de incluir *de lege ferenda* requisitos de solvencia que impliquen la exclusión de aquellas empresas que presenten unos valores sociales anormalmente bajos. Esto no sería una prohibición de contratar, sino que lo describe más bien como un modo de excluir a aquellas empresas que reducen costes por la vía de descuidar los aspectos sociales de su ámbito de negocio. De tal modo, excluiría para concretos contratos a empresas que cometiesen infracciones leves en el ámbito de la igualdad de oportunidades o la prevención de riesgos laborales, en contratos en los que tales extremos sea relevante para el objeto contractual, esto es, aquellos definidos de un modo social. Una aplicación de esta propuesta, continúa, debería respetar el principio de proporcionalidad, de tal modo que una única infracción o una poco relevante no determinen la inidoneidad. Sin duda, esto implicaría una disminución en la seguridad jurídica, dada la dificultad que plantea siempre la aplicación directa de principios jurídicos a casos concretos sin mayores instrucciones, lo que daría *a priori* un margen discrecional extenso al órgano de contratación.

A continuación el TRLCSP desenvuelve los requisitos de calidad provenientes del art. 49 de la

Directiva 2004/18/CE que están previstos para los contratos de regulación armonizada, para los cuales debe tenerse en cuenta el efecto directo de la nueva directiva.

Además, en la disposición adicional quinta el TRLCSP prevé una cláusula social en sede de selección del contratista. Esta disposición adicional permite a las Administraciones territoriales matrices designar un porcentaje de reserva de contratos para entidades previstas en la Ley 44/2007, que *grosso modo*, alude a instituciones que promuevan el empleo de personas con diversidad funcional de algún tipo, en lo que se viene a denominar empleo protegido, que permite aumentar las bajas tasas de inserción laboral entre los diversos funcionales. Este precepto tiene su base en el art. 19 de la Directiva 2004/18/CE, que permite un régimen especial a favor de determinados contratos para contribuir al aumento de la empleabilidad entre este colectivo. Las empresas que se dedican a la inserción laboral de estos colectivos susceptibles de discriminación social no suelen tener el tamaño y las características de competitividad que les permitirían imponerse en igualdad de condiciones en un proceso selectivo, de ahí la importancia de la reserva a la hora de la selección de los licitantes. No obstante, nótese que la reserva tiene carácter facultativo para los órganos a quienes se encarga especificar la reserva de contratos. En cualquier caso, la reserva de contratos requiere siempre de habilitación legal expresa⁶⁴.

Otra cláusula legalmente prevista radica en la disposición adicional decimoctava del TRLCSP, que sí tiene carácter obligatorio. Esta disposición responde a la necesidad de que los medios de acreditación de idoneidad no supongan una barrera de entrada indirecta a la contratación pública. Aquí estamos realizando un pequeño giro en la definición de cláusula social, puesto que incluimos al licitante también como un sujeto potencialmente protegido por las cláusulas sociales, cuando la concepción tradicional va más dirigida a entenderlas dirigidas hacia terceros, en cualquier caso, la doctrina las suele incluir como parte de las cláusulas sociales, y de hecho, la Administración también debe hacer valer los principios del Estado social en cuanto a su relación *per se* con los licitantes.

Esta disposición adicional debe ponerse en conexión con el art. 117.1 TRLCSP, que remite a

64 RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012, p. 289. Sirva de ejemplo la legislación de Galicia que hemos visto previamente.

la obligación, en la medida de lo posible, de tener en cuenta criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad. La redacción es criticable, puesto que los criterios de accesibilidad han de tenerse en cuenta siempre, muy otra cosa es que en concretas situaciones fácticas sea imposible dar cumplimiento a una accesibilidad plena, sin que eso implique que deje de ser obligatorio tener en cuenta los criterios de accesibilidad, circunstancia que explica porque la disposición se completa imponiendo la necesidad de razonar por qué no se da cumplimiento a la accesibilidad universal en el caso concreto. El Dictamen 4/06 aprobado en sesión ordinaria del 20 de febrero de 2006, del Consejo Económico y Social aborda este problema a la hora de criticar la expresión «en la medida de lo posible» presente en el art. 117.1 TRLCSP (evidentemente, el dictamen se refería a la LCSP, que reproducía la misma disposición en el art. 101), solicitando su eliminación, al entender que existe fundamento constitucional y legal suficiente para entender que supone un deber incondicionado de los poderes públicos:

«Las políticas de inclusión de las personas con discapacidad, de las que forman parte los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, como concretó la Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, representan un deber de los poderes públicos en el marco del cumplimiento del mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva. En atención a ello, el CES considera que debería suprimirse la expresión “en la medida de lo posible”».

5.1.c. Fase de adjudicación del contrato. Cláusulas de valoración y desempate

La fase de adjudicación del contrato se centra en la oferta. En el paso anterior ya hemos decidido qué sujetos serán idóneos como licitantes, y lo que se decide en esta fase va a ser la oferta elegida de entre las presentadas por cada uno de ellos, atendiendo a las distintas características de estas para discriminar entre ellas y seleccionar a un contratista para la ejecución del contrato. Los criterios usados para la selección pueden ser objetivos o valorativos, pero deben ser siempre mensurables y cabe siempre el control jurisdiccional, sin que este pueda circunscribirse únicamente en el reconocimiento de la discrecionalidad técnica de la Administración⁶⁵.

⁶⁵ BURZACO SAMPER, María . «La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial». *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2010, nº 23, p. 191.

Existe un criterio fundamental que es el de oferta económica más ventajosa. Esto no implica acudir siempre a la oferta más barata sino a una relación coste/calidad que tenga en cuenta todos los factores. Algunas Juntas de Contratación son muy poco susceptibles a desviarse del criterio del precio y huyen de criterios valorativos. Quizá aquí se abuse del valor objetivo del criterio del precio, puesto que al fin y al cabo, el precio de mercado refleja la general percepción subjetiva del valor particular, y no deja de ser una lógica mercantilista. Negar la capacidad de la Administración de corregir el precio en cuanto aspectos, como los que introducen las cláusulas sociales, merecen especial atención por parte de los poderes públicos, puede dificultar la introducción y aplicación de cláusulas sociales en la adjudicación. Es decir, la Administración debe tener capacidad para valorar las externalidades negativas y positivas en su sentido técnico económico presentes en una oferta para valorarla globalmente. Un ejemplo de esto es el siguiente extracto del Informe 6/2015, de 27 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña:

«En relación con la segunda de las propuestas planteadas hay que afirmar que, de acuerdo con los motivos expuestos anteriormente, la inclusión de criterios de adjudicación que en la práctica comporten una indirecta sobrevaloración de la oferta económica no es jurídicamente viable, en la medida en que no contribuyen a identificar qué oferta o proposición es la económicamente más ventajosa y, asimismo, la que mejor satisface las necesidades de la entidad adjudicadora que constituyen el objeto del contrato».

No obstante, también es verdad que las cláusulas sociales como criterio de selección no implican auténticas obligaciones a la hora de la ejecución, cosa que plantean siempre las condiciones de ejecución, al tiempo que son las cláusulas sociales más susceptibles de ser utilizadas de forma torticera para falsear una adjudicación, de modo que, es comprensible la existencia de ciertas reservas hacia estas cláusulas, tanto por la jurisprudencia como por los órganos consultivos de contratación.

En relación a la nomenclatura, tradicionalmente en España distinguíamos entre subasta, cuando se atendía únicamente al precio para determinar la adjudicación del contrato, y el concurso, cuando se valoraba una pluralidad de criterios. Cuando se valora esa pluralidad de criterios, necesariamente vinculados con el objeto del contrato o a sus condiciones de

ejecución⁶⁶, es cuando se podrán valorar aspectos sociales a la hora de la adjudicación. El concepto interno de oferta económica más ventajosa es más amplio por ello que el recogido en la Directiva 2004/18/CE, que alude a la utilización de una serie de parámetros de valoración, como contraposición al de «precio más bajo»⁶⁷.

El art. 150 TRLCSP⁶⁸ es el que permite incluir como criterio de adjudicación cláusulas sociales o medioambientales. Este artículo supone un gran avance respecto al antiguo art. 86 LCAP debido a que implica un reconocimiento expreso de la posibilidad de incorporar cláusulas sociales como criterio de adjudicación en la legislación básica.

Los requisitos que deben cumplir estos criterios de adjudicación según BERNAL BLAY son que no otorguen al poder adjudicador una discrecionalidad ilimitada (debido a la imposibilidad de excluir el control jurisdiccional⁶⁹), que estén expresamente mencionados en la documentación preparatoria del contrato, que no infrinjan las libertades mercantiles europeas y los principios que de estas se derivan, y además, que dichos criterios deben estar orientados a la obtención de una ventaja económica por parte del órgano de contratación, aún admitiendo esto en un sentido amplio de una ventaja económica general en relación con los fines a perseguir por la Administración contratante, y no sólo en el contrato particular. Los límites que imponen las libertades comerciales europeas⁷⁰ y la superación del criterio de la ventaja económica suponen un límite relevante para la utilización de cláusulas sociales como criterios de adjudicación⁷¹.

66 BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, nº 10, p. 232.

67 BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel . «La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas». *Revista de administración pública*, 2009, nº 180, pp. 23-25

68 Que responde al art. 53 de la Directiva 2004/18/CE.

69 *Cfr.* la STS de 7 de octubre de 1999, FJ 4º:

«La decisión del órgano actuante requiere un proceso intelectual en el que, atendiendo a la realidad de las circunstancias que se le muestran, y no a su libre juicio, ha de concluirse en cuál de las ofertas presentadas es subsumible en el único supuesto de solución justa, que se corresponde con la necesidad de seleccionar entre aquéllas precisamente la única que pueda merecer la calificación de "proposición más ventajosa", lo que ha de verificarse de conformidad con los criterios establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso, que sirven de base para la adjudicación (...)».

70 *Cfr.* Asunto C-234/03 Contse, S.A. de 27 de octubre de 2005, ECLI:EU:C:2005:644.

71 BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración*

Un ejemplo de criterio de adjudicación sería este, propuesto por la Guía de Contratación Responsable del Ayuntamiento de Barcelona, en relación con la estabilidad laboral en las empresas licitantes⁷². Adviértase la utilidad que este tipo de cláusulas pueden tener para fomentar el empleo de calidad, que es uno de los problemas más recurrentes de la economía española:

«Criterios de adjudicación de valoración aritmética o mediante fórmula. Ponderación máxima de... puntos. Contratación indefinida de las personas trabajadoras empleadas en la ejecución del contrato. Considerando el número mínimo de personas trabajadoras y las correspondientes categorías profesionales que se establece en la cláusula... del pliego de prescripciones técnicas, se valorará, como garantía de una más eficiente ejecución del contrato que se licita, con una ponderación máxima de... puntos, la estabilidad laboral en el seno de la empresa de las personas trabajadoras especificadas en el PPT que ejecutarán el contrato. La empresa declarará, respecto de cada persona, el número de días trabajados con la empresa con la misma modalidad de contrato de trabajo indefinido en los últimos 36 meses anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones. La empresa que, según la información que facilite, sume más días con contratación estable de las personas trabajado-ras requeridas como mínimo en el pliego de prescripciones técnicas, recibirá la máxima puntuación. El número mínimo de días a partir del que se otorgará la puntuación será de...».

Para facilitar la inclusión de la cláusula y su encaje en el art. 150 TRLCSP, la condición no sólo se fundamenta en el interés general en la estabilidad laboral, sino en los efectos positivos sobre el desarrollo del contrato que la Administración justifica en concreto. De este modo, cumple con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, el TRLCSP prevé como cierre del sistema de cláusulas sociales la preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de determinadas entidades ante la concurrencia de

Pública, 2008, nº 10, pp. p. 233-234.

72 AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. *Guía de contratación pública social*. [En línea] 2016, [Consulta: 13 de mayo de 2017] Disponible en <<http://ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/pdf/guia-contractacion-publica.pdf>>

ciertas circunstancias. Estas son las conocidas como «cláusulas de desempate». En principio, sólo operan en los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y no por el sector público en general.

La naturaleza de estas cláusulas de desempate son entendidas por algunos como cláusulas de discriminación positiva a favor de colectivos tradicionalmente desfavorecidos⁷³. La constitucionalidad de este tipo de discriminación ha sido repetidamente defendida por el Tribunal Constitucional.

Estas cláusulas de desempate, se encuentran en las Disposiciones adicionales del TRLCSP. Un ejemplo es la Disposición adicional cuarta que prevé (entre otras, como la preferencia a licitadores reconocidos como entidades sin ánimo de lucro) la preferencia en la adjudicación para las empresas que integren un número de trabajadores con diversidad funcional superior al 2%. Sin embargo, la doctrina critica las escasas posibilidades de aplicación real de estas cláusulas al requerirse que las ofertas queden empatadas en puntuación a la hora de la adjudicación, supuesto prácticamente de laboratorio:

«Ahora, bien, esa preferencia en la adjudicación a favor de este tipo de organizaciones queda sujeta a unos límites que, por estrictos, hacen prácticamente inaplicable dicha preferencia. Y es que la preferencia en la adjudicación de contratos queda limitada a los supuestos de situaciones de igualdad desde el punto de vista de los criterios de adjudicación, entre las proposiciones presentadas por las empresas que integran en sus plantillas a personas con discapacidad, empresas dedicadas a la inserción laboral de personas en situación de exclusión social, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de Comercio Justo y las proposiciones presentadas por otros empresarios. A nuestro entender, esta condición limita el alcance de la medida establecida, pues resulta muy difícil, por no decir imposible, que dos proposiciones sean iguales, y a partir de dicha igualdad puedan jugar los aspectos sociales»⁷⁴.

73 RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012, p. 337.

74 BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, nº 10, p. 240

5.1.d. Fase de ejecución del contrato. Condiciones de ejecución del contrato

La presencia de las cláusulas sociales en las fases anteriores de contratación es la menos extensa. La fase esencial para la inclusión de cláusulas sociales en la concepción de las directivas comunitarias es la de las condiciones de ejecución.⁷⁵ La LCSP trasponía en el art. 102 (art. 118 en el TRLCSP) la posibilidad de incluir cláusulas sociales en sede de condiciones de ejecución que recogía el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE.

Este art. 118.1 del TRLCSP prevé la posibilidad de incluir cualesquiera condiciones de ejecución con los requisitos de que sean compatibles con el resto del ordenamiento jurídico comunitario y se indiquen en el anuncio de la licitación y el pliego del contrato.

La garantía de su cumplimiento es mucho más fuerte que las cláusulas que hemos estudiado⁷⁶ en los apartados anteriores, toda vez que el art. 118.2 TRLCSP permite que se establezcan sanciones (penalidades dice literalmente la norma) de hasta el 10% del valor del contrato y pueden terminar por implicar la resolución del contrato si lo prevé en el pliego el órgano de contratación, de lo contrario, puede sancionarse con una prohibición de contratar, aunque sin embargo, no es posible hacerlo con ambas cosas a la vez, y en todo caso, queda en manos de la autoridad contratante determinar los efectos del incumplimiento.

⁷⁵ Vid. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 5 de abril de 2001, punto 1.6:

«Una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o “condiciones de ejecución del contrato”, siempre que ésta se ajuste al Derecho comunitario y, en particular, que no tenga un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros».

Esta estructura se mantiene a lo largo de los años con los cambios de las directivas.

⁷⁶ LESMES ZABALEGUI, Santiago. *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la Contratación Pública*. Edita: Delegación de Promoción Económica y Empleo Área de Cultura, Juventud y Cooperación Local. Diputación de Granada, 2010, p. 80, propone la inclusión en los pliegos de dos tipos de lo que denomina «cláusulas de garantía», consistiendo el primero en las penalidades previstas por la ley, y las segundas resultado de solicitar la adhesión en la oferta a la hora de explicitar las condiciones técnicas:

«Por último, es preciso que las cláusulas sociales no queden en meras declaraciones de intenciones o compromisos sin aplicación real. Para evitarlo, proponemos dos modelos de clausulados, en primer lugar una previsión de que las características sociales conforman parte esencial del contrato, con la advertencia de que su incumplimiento podría dar lugar al establecimiento de sanciones o la resolución del contrato. En segundo lugar, aportamos un modelo de adhesión, de modo que el licitador ratifique en su propuesta técnica los compromisos sociales, tanto condiciones de ejecución, como compromisos voluntarios para ser valorados en el baremo de adjudicación».

En cualquier caso, durante la fase de ejecución del contrato, la empresa queda sujeta a las potestades administrativas de dirección, inspección y control. Los art. 94 y 95 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) facultan al órgano de contratación para dictar las instrucciones necesarias para cumplir lo convenido y adoptar cuantas medidas convengan para mantener la ejecución de lo pactado.

Las condiciones de ejecución no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni en criterios de adjudicación ni son medios para acreditar la solvencia. Este requisito viene explicado en el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006 (Economía y Hacienda) de 25 de mayo de 2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y reiterado por muchas Juntas Consultivas de Contratación. Por ejemplo, la de Illes Balears, en su Informe 4/02 de 27 de junio de 2002 sobre el decreto de medidas en la contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de apoyo a la estabilidad y a la calidad del empleo. También el Informe 1/2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre buenas prácticas medioambientales en la contratación de obras públicas. Todos ellos se pronuncian en términos muy parecidos. Son cláusulas independientes de los criterios de adjudicación y de solvencia.

El art. 118 del TRLCSP establece un requisito formal, que es la presencia en el anuncio de licitación y los pliegos del contrato; un requisito subjetivo, que es la competencia del órgano de contratación, y el requisito objetivo del respeto al Derecho comunitario⁷⁷. La Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y Entidades del Sector Público Municipal dispone en el punto 5.4.4.:

«De acuerdo con lo previsto en el artículo 118 del TRLCSP, las cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución podrán referirse a medidas de fomento y calidad del empleo, de políticas de igualdad o de inserción social de personas con especiales

⁷⁷ RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012, p. 393.

dificultades o favorecer la formación en el lugar de trabajo».

En base a ello, desarrolla toda una serie de ejemplos, que muestran la variedad de medidas que se pueden aplicar, como la promoción del teletrabajo como parte de las medidas de fomento de la conciliación laboral y familiar, o la obligación de incluir cursos para la plantilla en materia de sensibilización y formación en igualdad de género.

Esta lista se entiende como ejemplificativa, y no como un *numerus clausus* de materias sobre las que es posible incluir cláusulas sociales. La mayoría de los ejemplos que prevé la ley están relacionados con las llamadas medidas de discriminación positiva, que encuentran amparo constitucional en el mandato a los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad de los ciudadanos⁷⁸. No obstante, no todos los contratos son ideales para la inclusión amplia de cláusulas sociales. Por ejemplo, no lo son los contratos de suministros.⁷⁹ No obstante, eso no quiere decir, como dice la citada Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid, que en ningún caso quepan incluir cláusulas sociales en este tipo de contratos, limitando injustificadamente (y probablemente, involuntariamente) los contratos en los que se pueden incluir cláusulas sociales:

«5.4.1.: La inclusión de cláusulas sociales a través de las condiciones de ejecución del contrato procederá únicamente en los contratos que tengan por objeto la ejecución de una obra o la prestación de un servicio».

Sin embargo, la guía de contratación de la Junta de Andalucía prevé la introducción de cláusulas medioambientales en este tipo de contratos (y por lo tanto, tampoco nada obstaría a

78 GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016 [consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA..pdf?sequence=1>>, p. 361.

79 Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 5 de abril de 2001, punto 1.6. *in fine*:

«Cabe señalar que resulta más difícil imaginar cláusulas contractuales referidas al modo de ejecución cuando se trata de contratos de suministros, dado que el imponer cláusulas que requieran una adaptación de la organización, la estructura o la política de una empresa establecida en el territorio de otro Estado miembro podría suponer una discriminación o constituir una restricción injustificada de los intercambios».

una cláusula social), como la siguiente⁸⁰:

«Contratos de suministro de mobiliario, material de oficina y en particular de papel con criterios medioambientales y de sostenibilidad. Papel:-Si el papel a suministrar contiene algún tipo de impresión, la tinta o tóner utilizados deberán ser libres de materiales pesados. -Se exigirá un mínimo del 85% de fibras recicladas en el papel suministrado. - El proceso de blanqueado será completamente libre de cloro (PCF)».

Esta condición se refiere a las características del producto contratado, pero también pueden referirse al proceso de fabricación o de obtención de materia prima.

Esta cláusula podría ser también una de respeto a las normas internacionales obligadas en todos los Estados miembro en materia de trabajo (como muchos de los convenios de la OIT) o el respeto a las normas laborales de la Unión Europea o cualquier otra normativa de rango comunitario, o de *ius cogens* internacional, ya que ninguna empresa establecida en otro Estado de la Unión podría alegar que se le discrimina por cumplir con esta clase de normas. De hecho, el art. 118 TRLCSP *in fine* hace referencia a este tipo de cláusulas, que sí son aplicables a contratos de suministro.

6. Conclusiones.

En primer lugar, resulta incontrovertida y objetivamente cuantificable la importancia creciente de la contratación pública tanto en España como en la Unión Europea. Como respaldo fáctico a dicha aseveración, hemos mencionado que la magnitud económica de los contratos públicos alcanza un quinto del total del PIB de España. Como muestran las numerosas enmiendas de los diferentes grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se encuentra todavía en tramitación parlamentaria, existe un interés creciente en orientar correctamente el destino de esta ingente cantidad de recursos. Se infiere una mayor exigencia y consciencia acerca de la importancia de la regulación de la contratación pública en la búsqueda de un mayor control en cuanto al cumplimiento de los

80 JUNTA DE ANDALUCÍA. *Guía para la introducción de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*. [En línea], 2016, [Consulta: 11 de mayo de 2017]. Disponible en: <<http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>>

mandatos constitucionales y legales respecto de la contratación pública, y de la lucha contra la corrupción y la relevancia de contenidos de carácter social como criterios a tener en cuenta en la contratación pública.

No resulta baladí un comentario somero y tangencial de otro aspecto nuclear en el entendimiento del anclaje normativo de las cláusulas sociales en la contratación pública que hemos explicado a lo largo del trabajo. El Derecho se configura como un modo de regular la realidad social y económica que nos circunda en cada momento. A tal efecto, la incorporación de las cláusulas sociales a la contratación pública muta de la mera recomendación en sus orígenes a la imperatividad que se recoge en la Directiva 2014/24/UE y cuya transposición al ordenamiento jurídico español se encuentra en trámite parlamentario. Sin ánimo de resultar pretenciosos en la previsión de supuestos, el avance e impulso de las cláusulas sociales en la contratación pública se nos antoja cada vez mayor e imparable, fruto de la imperatividad de la incorporación del clausulado social en la regulación de la contratación pública

No podemos sustraer el análisis de que algunas fases del proceso de contratación, como el momento de la selección del contratista, carece de una regulación adecuada, ya que no resulta útil a la hora de habilitar cauces para excluir a aquellos licitantes que resulten inadecuados para la Administración, ya que la actual regulación, por excesivamente rígida, resulta poco aplicada por los órganos licitadores.

Dado que la imperatividad *ex lege* sólo deviene en este momento para las cláusulas sociales definidas anteriormente como conservadoras, estimamos que sería conveniente para abundar en los criterios sociales en la contratación pública, que la política legislativa fuese previendo la imperatividad de observar en la contratación pública aquellos objetivos de carácter social con los que se ordene a la Administración, y especialmente, en su uso para incidir en la influencia macroeconómica de la contratación administrativa, ya que las cláusulas introducidas en la mayoría de las leyes, y especialmente en la legislación del Estado, están relacionadas con las políticas de no discriminación, en sus múltiples vertientes. En definitiva, creemos que una evolución aconsejable de la incorporación de las cláusulas sociales debe conducir no exclusivamente a aumentar la sensibilidad y dedicación hacia los colectivos más desprotegidos de la sociedad, sino también, servir de instrumento para atacar la desigualdad

creciente y el deterioro de las condiciones laborales, y del poder de negociación de los trabajadores que se observa en todos los países vigilantes del Estado de bienestar.

En aras a la naturaleza necesaria en las conclusiones de un trabajo de estas características, apuntaremos solo una última idea explicitada a lo largo del trabajo, que se configura como corolario del mismo, este proceso de mutabilidad de potestativo en imperativo de la incorporación de las cláusulas sociales en la contratación pública, debe articularse a nuestro modesto entender desde un cierto consenso de los poderes autonómicos, estatales y comunitarios, así como un acertado respeto al principio de lealtad institucional entre las Administraciones nacionales y supranacionales. En caso de que esto no sea cumplido, aventuramos un probable fracaso en los objetivos de las directivas de cuarta generación así como de la estrategia «Europa 2020» en cuanto a la contratación socialmente responsable.

7. Bibliografía

ANDRÉS PÉREZ, María del Mar. «El coste económico de no incluir cláusulas sociales en la contratación» en *Observatorio de Contratación Pública*. [En línea] 2016, [Consulta: 2 de mayo de 2017] disponible en <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.246/chk.ac204d3e2e27109688ad19bc7d33fed9>>.

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. «El Fraccionamiento de los Contratos: Invalidez y Fraude de Ley». *Revista de estudios locales. Cunal*, 2013, nº 161, pp. 147-181.

AYUNTAMIENTO DE BARCELONA. *Guía de contratación pública social*. [En línea] 2016, [Consulta: 13 de mayo de 2017] Disponible en <<http://ajuntament.barcelona.cat/contractaciopublica/pdf/guia-contractacion-publica.pdf>>

BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel . «La selección del contratista en el sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas». *Revista de administración pública*, 2009, nº 180, pp. 21-57.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. «Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008, nº 10, pp. 211-252.

BERNETE GARCÍA, Juan. «Cláusulas sociales en la contratación pública: nuevos

- instrumentos para el fomento del empleo a nivel local». *Cuadernos de Trabajo Social*, 2013, vol. 26, nº 1, pp. 85-94.
- BURZACO SAMPER, María . «La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial». *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2010, nº 23, pp. 169-198.
- ELEZ GÓMEZ Ana Isabel; MARTÍNEZ GARCÍA, Jerónimo. «Comentario a la aplicación directa de las nuevas directivas europeas contratación pública». *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2016, nº 5, pp. 193-201.
- GIMENO FELIÚ, José María. *El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública*. [En línea] IDEIR, 2016, [Consulta: 5 de mayo de 2017] Disponible en: <<https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2016-10-01-Binder1.pdf>> .
- GÓMEZ RUIZ, Manuel. *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. [En línea], Tesis Doctoral, Universidad de Cádiz, 2016, [Consulta: 4 de marzo de 2017] disponible en <<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/18516/ASPECTOS%20SOCIALES%20Y%20MEDIOAMBIENTALES%20EN%20LA%20CONTRATACION%20PUBLICA..pdf?sequence=1>>.
- JUNTA DE ANDALUCÍA. *Guía para la introducción de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*. [En línea], 2016, [Consulta: 11 de mayo de 2017]. Disponible en: <<http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2016/10/10/1476176823144guiaOK.pdf>>
- LESMEZ ZABALEGUI, Santiago. «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral». *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2005, no 13, pp. 53-86.
- LESMEZ ZABALEGUI, Santiago. *Guía Práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la Contratación Pública*. Edita: Delegación de Promoción Económica y Empleo Área de Cultura, Juventud y Cooperación Local. Diputación de Granada, 2010.
- TRIBUNALES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, *Los Efectos Jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el Vencimiento del Plazo de Transposición sin Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, [En Línea] Tribunales Administrativos de Contratación Pública, Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid,

- el 1 de marzo de 2016. [Consulta: 4 de mayo de 2017] Disponible en <http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/memoria_y_doctrina_oarc/es_def/adjuntos/Efectos_juridicos_de_Directivas.pdf>
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. «Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación» en *Observatorio de Contratación Pública*. [En línea], 2015, [Consulta: 5 de mayo de 2017] disponible en <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.199/relcategoria.208/relmenu.3/chk.c5bde66cf07d647d9f2f3a90febac2d2>>.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel. *Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública*. Fundación Alternativas, 2009.
- MC CRUDDEN, Christopher. *Responsabilidad empresarial y contratación en el sector público*. Forética, 2007.
- MEDINA JURADO, Purificación. «Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas». [En línea] en *Revista Cemci*, 2010, vol. 7. [Consulta: 30 de abril de 2017] disponible en <<http://revista.cemci.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>>.
- MELLADO RUIZ, Lorenzo. Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria. *Administración de Andalucía*, 2009, nº 74 pp. 101-146.
- MIRANDA BOTO, José María. «Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea». *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2016, vol. 6, no 2, pp. 69-91.
- MORENO MOLINA, José Antonio. «Llegó por fin el 18 de abril de 2016. Y ahora, ¿qué Derecho de la Contratación Pública aplicamos?» en *Observatorio de Contratación Pública*. [en línea], 2016, [Consulta: el 2 de mayo de 2017] disponible en <<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.241/relcategoria.121/relmenu.3/chk.ae97eede5e6c3cb291e1dd9411dc49f4#tres>>.
- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo. *La regulación de las cláusulas sociales en los Contratos del Sector Público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*. Madrid, La Ley, 2012.
- ROMÁN VACA, Eduardo. «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del; aberrante? Derecho comunitario: el ejemplo sevillano». *Revista de derecho social*, 2006, no 36, pp. 193-228.

XUNTA DE GALICIA, *Guía de contratación socialmente responsable en el sector público autonómico gallego*. [En línea] [Consulta: 12 de mayo de 2017]. Disponible en: <http://cpapx.xunta.gal/c/document_library/get_file?folderId=887910&name=DLFE-24022.pdf>