

El régimen jurídico de las cláusulas sociales en la contratación pública.

Las cláusulas sociales. Definición.

Ajenas, total o parcialmente, al objeto del contrato. Gracias a ellas, la Administración utiliza el contrato para una finalidad “social” y no sólo para adquirir un bien o servicio.

Son relevantes jurídicamente para la adjudicación y/o ejecución del contrato.

Deben distinguirse de los contratos con finalidades sociales (contrato de obra para un hospital) o de la utilización de criterios sociales en la definición del objeto del contrato (por ejemplo: eliminación de barreras arquitectónicas en los nuevos edificios públicos).

Clasificación de las cláusulas sociales.

Por su fuente jurídica: pueden venir establecidas en una norma (Ley, reglamento) o en los pliegos de condiciones (generales o particulares).

Por su relevancia para el contrato:

Cláusulas que establecen nuevos requisitos “sociales” para poder participar en la licitación.

Cláusulas que otorgan a determinados aspectos sociales una puntuación concreta en el baremo de adjudicación del contrato.

Cláusulas “de desempate”: en igualdad de condiciones, el contrato se adjudica a quien cumple los criterios sociales.

Cláusulas que establecen condiciones sociales en la ejecución del contrato. El contratista, sean quien sea, tendrá que cumplirlas. Son irrelevantes para la adjudicación del contrato.

Contenido de las cláusulas sociales. Es muy variado. Su único límite es que se refiera a alguna de las tareas que se asignan a los poderes públicos en el Título I de la Constitución. Ejemplos:

Exigencias relativas al tipo de trabajadores contratados (minusválidos, personas con especiales dificultades para acceder al empleo) o al tipo de contrato.

Forma jurídica de la empresa.

Empleo de técnicas más respetuosas con el medio ambiente en la ejecución del contrato.

La admisibilidad jurídica de las cláusulas sociales. Aspectos generales.

La utilización del enorme caudal económico que los poderes públicos dedican a la contratación pública (aproximadamente el 11% del PIB) para conseguir fines extraeconómicos que resultan difíciles de conseguir por otras vías es muy antigua. Por ejemplo, se ha utilizado en el pasado para crear o sostener empresas o sectores económicos españoles.

En la actualidad estas técnicas se enfrentan a múltiples dificultades. El modelo económico vigente cuestiona su utilidad (pueden ser más caras que la ayuda directa), su falta de transparencia (es imposible calcular su coste, al contrario que el de las ayudas) e incluso su equidad (el favorecimiento de ciertos sectores o empresas puede perjudicar a otros sujetos lejanos aún más necesitados).

En términos generales, el art. 9.2 CE ordena al Estado que realice una acción positiva dirigida a promover la efectividad, para todos los ciudadanos, de los derechos que reconoce la Constitución. Esto da cobertura a acciones estatales dirigidas específicamente a ayudar a los individuos que tienen mayores dificultades en el disfrute de los derechos y valores recogidos en el Título I.

En muchos casos, la aprobación de normas imperativas ofrece más ventajas que el empleo de fórmulas de menor capacidad vinculante, como las cláusulas.

Si las cláusulas afectan a la libertad de los particulares, obligándoles, directa o indirectamente, a hacer cosas que la Ley no prohíbe, puede ser necesaria una norma habilitante. Los problemas del *spending power* como título de intervención.

Las cláusulas sociales y el Derecho comunitario de la contratación pública.

El marco de referencia es la Directiva 18/2004 (entrada en vigor: 31 de enero de 2006). Sus destinatarios son los Estados miembros. La eficacia para los ciudadanos y Administraciones es indirecta y limitada. Importancia de la jurisprudencia comunitaria, que sólo tiene en cuenta la eficacia del Derecho comunitario y ha hecho estragos en numerosos sectores. El Tribunal ha dicho que una de las finalidades de la normativa europea es evitar "la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u

otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico".

La Directiva recoge el resultado de la discusión anterior y de la jurisprudencia del TJCE.

Las cláusulas sociales en los contratos que superan el umbral comunitario (art. 7) y que no se adjudican por el procedimiento negociado.

Posibilidad de reservar el contrato a "talleres protegidos" (empresas en las que la mayoría de los trabajadores sean discapacitados): art. 19.

Los Estados pueden utilizar las prohibiciones para contratar (autorizadas por el art. 45) para reforzar el cumplimiento de normas "sociales", como las relativas al empleo, la prevención de riesgos laborales, la protección de los minusválidos o la conciliación de la vida personal y laboral.

No se hace referencia a consideraciones sociales respecto a la capacidad técnica y profesional. Su inclusión debe estar relacionada con el objeto del contrato.

Fase de admisión al procedimiento restringido. Debe tratarse de criterios objetivos (art. 44.3). Remisión a los criterios generales de adjudicación.

Criterios de adjudicación: el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa (art. 53).

¿Tienen cabida en este precepto las cláusulas sociales (por ejemplo: contratación de parados de larga duración)? Jurisprudencia del TJCE.

Sentencia *Beentjes* de 20 de septiembre de 1988 (asunto 31/87). Acepta ese requisito siempre que no sea discriminatorio y haya sido anunciado previamente, pese a que reconoce que no está relacionado con los requisitos de capacidad ni con los criterios de adjudicación.

Sentencia Comisión c. Francia, *Nord-Pas-de-Calais* (asunto C-225/98). En la línea de *Beentjes*: la disposición de la Directiva que obliga a adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa no impide utilizar como criterios de adjudicación aspectos no directamente

económicos (cláusulas sociales), siempre que se hayan anunciado previamente y no resulten discriminatorios.

Sentencia *Concordia Bus* de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99). Requisitos ambientales de los autobuses. Junto a los requisitos de *Beentjes*, añade que los criterios sociales “deben estar también relacionados con el objeto del contrato”. Este requisito, que es clave, había sido adelantado en la Comunicación interpretativa de la Comisión.

De acuerdo con la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2001, los criterios relativos al empleo de determinadas categorías de personas no tendrían aquí, sino en las reservas para “talleres protegidos” y en las condiciones de ejecución.

Sentencia *EVN Wienstrom* de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01). Las normas comunitarias no se oponen a que una entidad adjudicadora establezca, en la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables (45% del baremo), siempre que este criterio esté relacionado con el objeto del contrato, no confiere a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego y respete todos los principios fundamentales de Derecho comunitario, en particular el de no discriminación.

Sentencia *Contse* contra INSALUD de 27 de octubre de 2005 (asunto C-234/03). Se considera contraria a la libre prestación de servicios una cláusula que exigía al empresario disponer de una sucursal en las cercanías del lugar de prestación del servicio.

Requisitos de las cláusulas sociales de acuerdo con la jurisprudencia. Curiosamente, la nueva Directiva no menciona estos requisitos en su texto articulado, aunque sí en el considerando 1 de su preámbulo.

Estar relacionadas con el objeto del contrato.

Estar anunciadas previamente.

Ser compatibles con el Derecho comunitario, es decir, no introduzcan discriminaciones por razón de la nacionalidad

y no impongan dificultades desproporcionadas a la libertad de prestación de servicios.

A la hora de valorar el carácter temerario de una baja, pueden tenerse en cuenta criterios relacionados con el llamado *dumping* social, como la presumible imposibilidad de cumplir esa oferta si se cumple la normativa laboral o medioambiental del lugar en el que se van a prestar los servicios [art. 55.1.d)].

Condiciones de ejecución del contrato (art. 26). Pueden ser sociales o medioambientales. Deben anunciarse previamente y ser compatibles con el Derecho comunitario.

La posibilidad de utilizar este mecanismo para someter a proveedores de otros Estados miembros a normas estatales que, en otro caso, no se les aplicarían.

Contratos que superan el umbral comunitario y que se adjudican por el procedimiento negociado. La Directiva no admite la aplicación de reglas diferentes de las anteriores respecto a los factores que pueden tenerse en cuenta para la admisión de los empresarios y la adjudicación y ejecución del contrato. Sin embargo, las características del procedimiento otorgan a la Administración, de hecho, un margen de actuación más amplio, en el respeto de los principios del Derecho comunitario (igualdad, libre prestación de servicios, etc.).

Contratos que no alcanzan el umbral comunitario o que están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (como las concesiones de servicio público). Sólo están sometidos a las reglas generales del Derecho comunitario.

Convenios de colaboración, encomiendas de gestión, etc. No están excluidos *per se* de la Directiva.

Las cláusulas sociales en el Derecho español.

Debido al principio de primacía, el Derecho español no puede otorgar a las cláusulas un valor que sea incompatible con lo que dispone el comunitario.

El Derecho español puede imponer límites y restricciones adicionales en función de criterios que el comunitario no tiene en cuenta, como el principio de legalidad, la distribución de competencias entre Administraciones o la libertad de empresa.

La DA 8ª LCAP tiene carácter básico. El criterio que utiliza (el desempate) es muy poco útil, salvo que se entienda como un (inadmisible) derecho de tanteo.

No es el modelo a seguir por la legislación autonómica (aunque es la vía más seguida hasta ahora).

Los criterios de adjudicación del concurso han de ser criterios objetivos (art. 85), es decir, relacionados con el objeto del contrato y no con la persona del contratista.

La jurisprudencia (sentencia de 30 de mayo de 2003 del TSJ de Madrid) considera que criterios como la estabilidad en el empleo tienen que ver con la calidad de la ejecución y, por lo tanto, no suponen un incumplimiento del art. 85.

La Ley no regula todavía expresamente la inclusión de “condiciones de ejecución”, que son una novedad de la Directiva de 2004.

Es muy recomendable que se dé respaldo legal a estas cláusulas en la medida en que otorguen al contrato una finalidad distinta de la mera adquisición de un bien o servicio, establezcan directa o indirectamente una preferencia subjetiva y alteren la igualdad de los empresarios o la libertad de empresa.

La jurisprudencia (sentencia de 30 de mayo de 2003 del TSJ de Madrid) no considera que las cláusulas limiten la competencia ni que supongan una obligación para los empresarios, puesto que su cumplimiento es voluntario y su relevancia en el baremo limitada (en aquel caso, 20%).

Algunas referencias:

Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (2001/C 333/08). DOCE C333, de 28 de noviembre de 2001, págs. 27-41.

Sentencia de 30 de mayo de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, núm. 606/2003 (referencia Aranzadi: JUR 2004/156948).