

Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público¹

Jon Ander Pérez-Illarbe

Departamento de Medio Ambiente,
Ordenación del Territorio y Vivienda del
Gobierno de Navarra

Se repasan en este artículo las posibilidades que los diversos textos normativos de ámbito europeo, estatal y autonómico abren para la introducción en los procesos de contratación pública de cláusulas sociales que favorezcan la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social. El autor analiza las posibilidades que las diversas normas abren en cuanto a reserva de mercados, criterios de adjudicación y exigencias de ejecución, y apunta que es en estos dos últimos aspectos donde con más claridad parece haber espacios para la política contractual social. Pese a ocasionales retrocesos, concluye el autor, las posibilidades legales de emplear cláusulas sociales en la contratación van haciéndose cada vez más amplias y sólidas.

1. Reflexión previa

Generaciones pasadas crecieron pensando que, en políticas públicas y sociales, África empezaba en los Pirineos. En ciertos aspectos, no les faltaba razón. Pero la impronta heredada de aquel pasado conduce hoy, frecuentemente, a copiar a diestro y siniestro todo lo que se ve en la Europa comunitaria, trasvándolo ciegamente a la legislación propia, sin preguntarse si los objetivos de ésta coinciden o no, en cada caso, con los de la normativa europea. Esto se hace en la práctica con una fidelidad perruna, más propia de copistas monásticos medievales que de responsables públicos conscientes. Por eso, conviene comenzar por una observación fundamental: las prioridades de la Comunidad Europea en materia de contratación pública no tienen por qué coincidir con las nuestras en política social. De hecho, la normativa europea sólo admite en su ámbito cláusulas sociales en la medida en que sean compatibles con una amplísima libertad de competencia a escala europea. Y, hay que reconocerlo, esta prioridad estrecha bastante el campo de la otra.

2. Síntesis evolutiva de la legislación sobre contratación pública

En apretada síntesis, podemos distinguir tres fases fundamentales de la contratación pública moderna:

1ª. La era del contrato público de raíz romana, que, parafraseando a la inversa a uno de sus propios panegiristas, Rousseau, podríamos denominar del “contrato antisocial”. Se trataba de una contratación basada en contraprestaciones recíprocas equivalentes.

¹ Este artículo está basado en una ponencia presentada por el autor en las jornadas sobre ‘Cláusulas sociales, contratación pública e inserción laboral de colectivos en situación desfavorecida’, organizadas por Lamegi el 8 de junio de 2006 en Donostia.

tes. La Administración carecía de sus actuales potestades exorbitantes para controlar la ejecución e introducir modificaciones por razones de interés público.

La filosofía subyacente era sencilla: los ciudadanos suscriben con el Estado una especie de contrato, mal llamado “social”, en cuya virtud aportan algo en concepto de impuestos, esperando recibir servicios, a ser posible en proporción a lo aportado. Los grupos sociales que carecen de capacidad para procurar su propio bienestar han de conformarse con una mínima asistencia social de pura supervivencia, en forma de “leyes de pobres”, hospitales y hospicios dickensianos, y poco más. En semejante marco, la subasta reina como único sistema admisible de contratación pública. Todos los servicios públicos deben costar lo mínimo, y se adjudicarán al licitador que menos pida, aunque esas bajas exigencias se traduzcan en una calidad ínfima. Esta etapa queda admirablemente reflejada en una frase de finales del siglo XIX, de un presidente de Gobierno liberal, Práxedes Mateo Sagasta: “*Ya que gobernamos mal, por lo menos gobernemos barato*”. ¡Imposible decir más con menos palabras!

2ª. La era del contratista entendido como colaborador del servicio público. En 1898, en Cuba y Filipinas, no sólo se hundió una escuadra construida y adquirida al menor coste posible (cuya tecnología básica empezaba a ser superada por algunos modelos de cafeteras de la época); con ella naufragó también la utilización sistemática de la subasta. Primero en el Ministerio de Marina. Después, en el de Fomento, y en todos los demás.

Fue un traumático descubrimiento administrativo: en la contratación pública, lo más barato no es siempre lo mejor. Ni mucho menos. Así lo expresó W. Fernández Flórez: “*Al empresario que paga mal se le sirve de mala gana, y al Estado de peor... lo malo es siempre caro en la gobernación de un país, y lo bueno barato*”. Un ministro de los años veinte del siglo pasado, justamente criticado por su negligencia y descuido al contratar servicios públicos, contestó en carta que se hizo pública: “*Para lo que me pagaba el país por gobernarle, bastante hice!*”.

De esta manera, en la contratación administrativa alboreó una nueva fórmula. Se trataba del concurso. Con diversas variantes, su esencia consiste en que se tienen en cuenta otros criterios de adjudicación, además del precio. Por otra parte, se reconocen a la Administración facultades exorbitantes para controlar e, incluso, modificar la ejecución del contrato, en aras del interés público, y manteniendo el necesario equilibrio financiero con el contratista, que pasa a ser considerado como colaborador de la Administración en el común servicio al interés público.

En el fondo, se trataba, creo, de una especie de sustitución del principio romano “*do ut des*” por el concepto, en su día atribuido a los llamados “bárbaros”, de la fidelidad a un señorío, apreciando el

valor intrínseco de servir a quien se considera de mejor condición. En la contratación pública, es el servicio público quien ejerce el señorío, y a él se subordinan Administración y contratistas.

La piedra filosofal que vino buscando la contratación pública a lo largo del siglo XX fue el intento de cuadrar el círculo: cómo compatibilizar el control adecuado de las contrataciones con la eficacia en la gestión pública (incompatible con una saturación de controles burocráticos). Los Tribunales de justicia, perseguidores contumaces de cualquier pequeño fallo procedimental susceptible de provocar la retroacción del procedimiento de contratación, mostraron mucho menos entusiasmo al tener que contrastar caso por caso si las ofertas seleccionadas eran realmente las mejores de entre las presentadas a licitación. Algunas, pocas, sentencias del Tribunal Supremo dieron ese arriesgado paso; así, en particular, las de 9 de febrero de 1985, 15 de diciembre de 1994, 25 de julio de 1996 y de 7 de octubre de 1997 (llegando esta última, por ejemplo, al curioso extremo de considerar “*evidente*” –sic– la superioridad de los “Tetrodos” sobre los viles “Klystrones”). Pero son excepciones a la línea general de evitar pronunciamientos sobre la cuestión de fondo de la adjudicación. Abordarla no era tarea fácil, ciertamente, porque las adjudicaciones públicas se revestían del ropaje protector de la presunción “*iuris tantum*” de validez de los informes administrativos, difícil de desvirtuar en la práctica. De ahí que la jurisprudencia apelara con demasiada frecuencia a medios de control un tanto etéreos, de más que dudosa eficacia práctica, como “*los principios generales del Derecho, que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran tales normas*” (Sentencia del TS de 8 de junio de 1992).

En realidad, la escasez de este “oxígeno” en muchos concursos se convertía en auténtico “mal de altura” cuando se realizaban contrataciones “directas”, método que fue siendo cada vez más aplicado en cuantías económicas relativamente reducidas, y que se basaba en una preselección discrecional –o arbitraria– de al menos tres aspirantes por parte de la Administración. Situaciones como la planteada por el “caso Urralburu”, entre otras muchas, espolearon la búsqueda de métodos de control más eficaces, e impulsaron una reforma legal (LCAP de 1995, texto refundido de 2000) que dio, al menos, carta de naturaleza a la obligación de establecer siempre baremos en los concursos. En esta línea, (aunque de modo un tanto críptico y expresado mejor en la exposición de motivos que en el texto articulado), la Ley Foral de Contratos de Navarra de 1998 dio un paso importante al establecer un nuevo sistema de control aplicable a los nuevos procedimientos negociados, previendo una última ronda de negociación en la que todos los participantes tengan el derecho a ser oídos y formular ofrecimientos sobre la base de unas mismas condiciones económicas y técnicas, evitando que el contrato pueda adjudicarse en virtud de una ventaja técnica que los demás ignoraban que fuera a ser tenida en cuenta. Este medio de control,

que, lamentablemente, está a punto de desaparecer en la nueva legislación contractual navarra, permite evitar que el licitador pueda conchabarse con el adjudicador para pactar la adjudicación aduciendo que tal o cual mejora técnica (“casualmente” ofrecida sólo por el conchabado) compensa el precio más alto que pide.

No, no es que hayamos perdido el hilo y nos entretengamos en disparar con la escopeta argumental hacia una cualquiera de las cuestiones que saltan como volátiles en esta cacería en pos de los principios de la contratación pública. Lo que ocurre es que la cuestión del control de la contratación pública viene a cuento aquí porque constituye un elemento clave para explicar las razones de la intervención de la Comunidad Europea y de los severos límites que ha impuesto en su ámbito a las cláusulas sociales. Enseguida lo veremos.

3ª. La era del contrato administrativo entendido también como instrumento de política social. Esta era, en la que estamos entrando ahora, está marcada por dos nuevos “descubrimientos” administrativos.

Uno (con efectos indirectos sobre la aplicación de criterios sociales de adjudicación, como se verá): la invención de los procedimientos negociados. La Administración no siempre lo sabe todo de antemano. La Directiva europea 2004/18, siguiendo lo marcado en el Libro Verde de la contratación en Europa, y precedida ya por algunos cambios legales recientes en las legislaciones de contratos, sienta pautas para un “diálogo competitivo” con los licitadores que conduzca a una verdadera negociación tendente a descubrir cuáles son las condiciones técnica y económicamente más idóneas para el contrato; apoyada además en los nuevos medios telemáticos e informáticos. Se trata de sustituir al semimonacal funcionario copista de pliegos paleocontractuales por un nuevo modelo de gestor más abierto a los cambios técnicos, tecnológicos y sociales². El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo la estela de la Directiva europea, refuerza enormemente el ámbito de los procedimientos negociados (diferenciando la vía que denomina del “diálogo competitivo”, que no es sino una modalidad de negociado, artículos 153, 163 y concordantes), con la ayuda de sistemas electrónicos y dinámicos de negociación previstos en los artículos 183 y concordantes.

Y dos: la contratación pública no es un Robinsón Crusoe en una especie de isla desierta de la política pública. No sólo sirve para ejecutar obras, obtener servicios o establecer suministros. Alberga también una elevada potencialidad transversal, que permite

² Tras la entrada en vigor de la Ley Foral de Contratos de 1998, en la Administración foral navarra se experimentaron, con bastante éxito, las nuevas técnicas de negociación contractual en algunos contratos de cierta complejidad, como nuevas técnicas informáticas, laboratorios de idiomas, transporte escolar especial para discapacitados... Pero en estos últimos años se ha avanzado muy poco por esta vía.

incidir en la política económica (fomentando la pequeña y mediana empresa, por ejemplo), y, muy particularmente, en la política social. Puede proporcionar trabajo y medios de subsistencia digna a personas pertenecientes a grupos con dificultades para procurar su propio bienestar.

Este “descubrimiento” ha iniciado una carrera exploratoria aún no agotada, ni mucho menos. En política social aplicada a los contratos de la Administración se han identificado tres campos principales de actuación:

- a) Posibilidad de establecer reservas o de reconocer prioridades en la contratación pública para grupos socialmente desfavorecidos.
- b) Posibilidad de admitir criterios sociales y ecológicos entre los que rigen las adjudicaciones públicas.
- c) Posibilidad de condicionar las adjudicaciones de contratos públicos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales (fase de ejecución del contrato).

Pues bien: hasta el momento, la normativa y la jurisprudencia de la Comunidad Europea han intentado, en su ámbito, restringir el primero al campo específico de la discapacidad, y casi han cerrado la puerta al segundo. Sólo abren de verdad la mano en el tercero. La ya famosa Sentencia Beentjes reconoció la vía que permite obligar a los adjudicatarios de contratos públicos a colaborar en políticas sociales, contratando, por ejemplo, a parados de larga duración; pero sólo en la fase de ejecución del contrato, como una condición para resultar adjudicatario.

La contratación pública alberga una elevada potencialidad transversal que permite incidir en la política económica y, muy particularmente, en la política social

Los criterios de adjudicación de contratos de la Administración relacionados con la ecología ofrecen un buen margen de maniobra, ya consagrado cuando conlleva ahorros de energía o de mantenimiento, u otras ventajas que redunden en beneficios de políticas ambientales de su competencia (Sentencias Wienstrom sobre uso de energías renovables como criterio de adjudicación, y Helsinki Columbia Bus sobre la valoración de la reducción de consumos y emisiones contaminantes). Pero los términos en que se expresa la Directiva 2004/18 son muy significativos, por lo tímidos y timoratos: *“Sin excluir (sic) 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 mencio-*

nados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2". Como puede también observarse en los casos que examinan Carola Reintjes y Txema Castiella de "compras públicas sostenibles", en el fondo, se trata de ventajas con un trasfondo último económico beneficioso para el poder adjudicador. Son ventajas que, en todo caso, podrían haberse tenido en cuenta para la adjudicación conforme al tenor literal de las Directivas anteriores y actuales, incluso sin el aval expreso de la jurisprudencia europea. Pero no siempre son útiles para proporcionar medios de subsistencia digna a los colectivos sociales incapaces de procurar su propio bienestar.

De hecho, aunque la Sentencia "Nord-Pas de Calais" aventó mayores esperanzas, una Comunicación interpretativa de la CE sobre legislación comunitaria de contratos aclaró que los criterios sociales sobre estabilidad en el empleo e integración social de discapacitados "no pueden servir en ningún caso para evaluar la oferta más ventajosa económicamente..." sino sólo, a lo sumo, para restringir la participación en procedimientos selectivos, y únicamente por razones que repercutan directamente en la capacidad técnica del licitador para realizar la prestación. "Serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos..., los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de la igualdad de oportunidades, esto es, dicho de otro modo, de los criterios que son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo. Estos criterios, que no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, quedan excluidos por las actuales Directivas, habida cuenta de que su finalidad debe consistir en hacer posible la evaluación de las cualidades intrínsecas de un producto o una prestación".

Y es que, al fin y al cabo, salvando las posibles reservas para talleres protegidos destinados a personas con discapacidad, la Comunidad Europea ha optado por priorizar la libre competencia a escala europea en la contratación administrativa bajo su control. No será fácil que admita de verdad a escala europea criterios de adjudicación como, por ejemplo, el del porcentaje de empleo fijo en la empresa, puesto que el coste del despido difiere en cada país. Tampoco coinciden en todos los países conceptos como el de "grupos en riesgo de exclusión social", pongamos por caso³. Pero, incluso en aquellos criterios en los que las diferencias teóricas entre países pueden reducirse a límites aceptables para toda la Comunidad Europea, como en el caso de las minusvalías, las instituciones comunitarias, por ahora, no los permiten para configurar criterios de adjudica-

ción (aunque sí, según se ha indicado, para permitir posibles reservas de contratación cuando se trate de talleres protegidos para discapacitados). La razón no es otra que la que hemos apuntado antes: las dificultades que plantea su control efectivo en relación con la libre circulación de empresas en Europa.

Efectivamente, así es. Mientras los diversos poderes públicos iban abordando, como hemos visto, los problemas de control de las adjudicaciones de contratos para atajar en lo posible el riesgo de fraude y de corrupción, las instituciones europeas tenían que afrontar sus propios problemas de control. La Comisión Europea reconoció que no contaba con medios suficientes para velar adecuadamente por la igualdad de oportunidades en la franja de contratación cuyo control se le confiaba (V. Directivas 93/36, 92/50, 89/665 y 9/113). Su Comunicación de 11 de marzo de 1998 así lo afirmó expresamente (número 2.2.4). Uno de sus apartados, significativamente denominado "control de la contratación pública" hacía especial hincapié en la carencia de información suficiente en Bruselas para lograr un control pleno y efectivo de la contratación a escala europea⁴.

Para la Comisión, esta deficiencia de información se constituye en problema central. De ahí que haya optado por la solución más sencilla desde el punto de vista del control de la contratación de elevada cuantía: controlar únicamente las exclusiones puntuales que puedan darse en procedimientos restringidos, y excluir –con matices– la aplicación de criterios sociales de adjudicación que no repercutan en ventaja directa para el poder adjudicador; todo ello para no tener que fiscalizar la forma de valorar los criterios sociales y, en general, las características de los licitadores, en un enorme número de concursos celebrados a lo largo y ancho del continente.

Ahora bien: la Comunidad Europea ha tomado esta decisión, basada en motivos prácticos de control, sólo con respecto a la "franja alta" de la contratación. Un artículo de capital importancia en la Directiva 2004/18 es el 7º, según el cual "la presente Directiva se aplicará a los contratos públicos... cuyo valor estimado, sin incluir el IVA, sea igual o superior a los umbrales siguientes:

- 1.620.000 euros, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b)...
- 2.490.000 euros respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios. (y) respecto de los contratos públicos de servicios... (y)
- 6.242.000 euros respecto de los contratos públicos de obras".

Lo que está diciéndonos la Comunidad Europea es que, por encima de estos umbrales, va a primar el

³ En este sentido, son muy interesantes los conceptos que utiliza Begoña Pérez Eransus sobre los conceptos de "difícil empleabilidad" y "no empleabilidad", o el trabajo entendido como un círculo dinámico, y no un mero "itinerario laboral".

⁴ Apartado 2.2.4 de la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998.

principio de libre competencia a escala europea. Pero también que, por debajo, pueden primar las políticas sociales que decida cada legislador. No parece en absoluto probable que los Tribunales estatales lleguen a aplicar “principios” de la contratación europea a contratos situados por debajo de los umbrales establecidos en las Directivas. En todo caso, es un hecho que hoy no los aplican, y eso deja suficiente margen de maniobra para políticas sociales.

Aplicar por debajo de los umbrales comunitarios los mismos criterios de adjudicación que se utilizan por encima de ellos es similar a, por ejemplo, aplicar en una política pública de concesión de microcréditos sociales los mismos criterios que utilizan el BBVA, el SCH o el Banesto para conceder sus préstamos..

¿Se hacen verdaderamente idea nuestros copistas habituales de normas europeas de la cantidad de contratos –¡la gran mayoría!– que quedan por debajo de esos umbrales?⁵ ¿Y de las posibilidades de ejercitar verdaderas políticas sociales que semejante arsenal ofrece?

En el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público, ¡por fin!, alguien parece haberse dado cuenta. Se recogen por primera vez las condiciones “sociales y medioambientales” como criterios de adjudicación para todas las contrataciones en su artículo 134; aunque la execrable tendencia a copiar la normativa europea enseñe los dientes en otros párrafos restrictivos que limitan el alcance de este reconocimiento. Pero, además, el anteproyecto abre de par en par las puertas para condicionar la adjudicación al cumplimiento de condiciones de tipo social en la fase de ejecución del contrato.

3. Los nuevos proyectos legislativos en materia de contratación social

Nos centraremos especialmente en las principales novedades que en esta materia contiene el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, comparándolas con la LCAP actual (texto refundido de 2000), con referencias también al proyecto de Ley Foral de Contratos de Navarra, en fase final de tramitación parlamentaria, y a la legislación catalana sobre reservas contractuales, entre otras normas que se citarán.

3.1. Reservas y prioridades de contratación social

Uno de los primeros hitos en lo relativo a reservas de contratación social lo marcó en su día la Ley de 7 de abril de 1982, que regulaba, como un auténtico derecho, los servicios sociales para discapacitados otorgando preferencia a las entidades sin ánimo de lucro para gestionarlos. La Ley Foral 14/1983, de 30

de marzo, siguió la estela de la Ley de 1982. La Ley Foral de Contratos de 1998, por su parte, estableció la exigencia de al menos un 3% de personal con determinadas minusvalías para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos a empresas de más de 25 trabajadores. La jurisprudencia del Tribunal Supremo había admitido ya la posibilidad de reservar determinados contratos a cooperativas y otras empresas de economía social (Sentencia de 3 de julio de 1991, por ejemplo).

Un lamentable reflujo fue protagonizado por la Disposición Adicional 8ª del Real Decreto Legislativo 2/2000, que redujo la prioridad reconocida a las entidades sin ánimo de lucro a un mero criterio de desempate (válido también para empresas con al menos un 2% de minusválidos, porcentaje muy criticado por las organizaciones de discapacitados). En Navarra, la retirada de esta preferencia fue anterior: vino ya de la mano de la Ley de presupuestos para 1988 (inconstitucional, por contenerse en una Ley de naturaleza temporalmente limitada, no indefinida, como es la Ley de Presupuestos), que sirvió de base a un proceso de retirada práctica de dicha preferencia en beneficio de determinadas empresas con voraz ánimo de lucro, designadas con frecuencia “a dedo”, sin ningún proceso de licitación. Finalmente, el nuevo proyecto de Ley Foral pretende hacer desaparecer incluso la reserva de contratación de servicios públicos para las empresas de más de 25 trabajadores con más de un 3% de discapacitados que contenía la Ley Foral de 1998.

Pero ciertas reservas y prioridades sociales han vuelto a aparecer finalmente en el panorama contractual, aunque de forma más limitada. En la franja de más elevada cuantía de la contratación de Europa, la propia Comunidad Europea, ratificando la posición manifestada en la Sentencia Sodemare-Lombardía de 1997, mediante la Directiva 2004/18, en su artículo 19, ha llegado a señalar que: *“Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”*.

En esta línea, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en su Disposición Adicional 7ª, acoge la posibilidad de reconocer una reserva de participación en procesos de licitación para Centros Especiales de Empleo; o bien una reserva de ejecución de contratos en programas de empleo protegido.

El proyecto de Ley Foral de Navarra plantea términos análogos a éstos, si bien añade una novedad potencialmente interesante, que debería debatirse cuando llegue el momento de tramitar la nueva legislación básica del sector público: *“Igualmente podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de*

⁵ Y se está hablando aquí de un volumen de contratación pública superior al 11% del PIB europeo.

exclusión social". Esto último, a primera vista, puede parecer un avance importante; pero, en realidad, tiene mucho de ilusión óptica. Si se dijera que podrán ser beneficiarios de la reserva "**las empresas que integran a personas con riesgo de exclusión social**", el avance habría sido digno del máximo elogio. Pero al referirse únicamente a las empresas "*que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social*" limita la reserva a las empresas cuyo objeto social sea precisamente ése, excluyendo de ella a todas aquellas cuyo objeto social sea distinto del citado (es decir, casi todas; incluso la gran mayoría de las que integran a muchas personas en riesgo de exclusión social). En realidad, el proyecto de Ley Foral se limita casi a una transposición, más bien restrictiva, de lo que la Comunicación Interpretativa de la CE de 15 de octubre de 2001 ya había reconocido: "*Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad...*".

En consecuencia, si esta posibilidad llega a plantearse como reserva social de contratación en el curso de la tramitación de la nueva Ley básica (ojalá), debería redactarse en términos análogos a los que se subrayan en negrita. De otro modo, puede resultar incluso contraproducente. Como es sabido, el objeto social de la empresa adjudicataria ha de coincidir con el del contrato. Una redacción similar a la navarra limitaría, por tanto, la reserva a muy pocas entidades, y tan sólo para los escasos contratos públicos que se relacionan de forma directa con los servicios públicos destinados específicamente a la integración de personas con riesgo de exclusión social. Sin llegar a ser la opción ideal, sería mejor imitar la reserva de mercado para empresas de inserción de la Ley catalana 7/2004, de 6 de julio, que no sólo permite, sino que obliga a configurar tales reservas, y que se refiere a empresas o entidades cuya "finalidad" –concepto mucho menos restrictivo que "objeto" social– se relacione con la integración sociolaboral.

3.2. Criterios sociales y ambientales de adjudicación

El artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/200, de 16 de junio, que aprueba el texto refundido de la LCAP, aplicable sólo a los concursos, prevé como criterios de adjudicación: "*el precio, la fórmula de revisión en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes...*".

A diferencia del texto vigente, el artículo 134 del nuevo proyecto de Ley de Contratos del Sector Público reconoce expresamente la posibilidad de utilizar criterios sociales y medioambientales en los baremos para adjudicar cualesquiera contratos públicos:

"Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ven-

tajosa deberá atenderse a criterios objetivos vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio y, en su caso, la fórmula de revisión del mismo, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, los criterios medioambientales o sociales, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes".

Esta opción era y es, sin duda, jurídicamente admisible sin problemas por debajo de los umbrales de las Directivas europeas, como se desprende, por ejemplo, de las Sentencias del TSJ del País Vasco de 5 de marzo de 1996 y del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997.

Pero este avance, con todo, no llega a alcanzar la cota más deseable. El problema reside en que el "esnobismo europeo" vuelve a dar señales de vida en determinadas expresiones limitativas copiadas, cómo no, de los criterios de la Comunidad Europea para adjudicar los contratos de la franja superior a los umbrales de la Directiva. Solo así puede entenderse que, reconociendo abiertamente la aplicabilidad de los criterios sociales, se hable al mismo tiempo de "*oferta económicamente más ventajosa*", en vez de referirse simplemente a la oferta "*más ventajosa*", sin más adjetivos ni adverbios restrictivos. Y que se insista, asimismo, en que los criterios estén "*vinculados al objeto del contrato*". (El precepto será aplicable incluso a los procedimientos negociados, a diferencia de lo dispuesto en los artículos 73.4 y 92 de la actual LCAP, que no limitan los criterios de adjudicación). Se tiende así a vincular los criterios a la calidad de la prestación como tal⁶.

Como puntualiza A. Garrido, la oferta más ventajosa no debe ser únicamente la más barata en precio. Puede serlo también la que genera mayores ventajas en creación de empleo "sano", en inserción laboral de sectores desfavorecidos, en prácticas contra la discriminación por razón de sexo, y en cualesquiera otras líneas de política social.

En suma, con la redacción prevista, podrán admitirse criterios sociales para la adjudicación de los con-

⁶ Este criterio restrictivo de centrarse en la prestación en sí misma olvida también que el concepto de calidad de la oferta sólo tiene sentido como tal en los suministros ordinarios, cuyas cualidades técnicas preexisten a la propia oferta; circunstancia que no se da en los contratos de obras o servicios, porque, en estos últimos, la mayor o menor probabilidad de una ejecución idónea sólo puede presumirse en función de la experiencia previa y la idoneidad de los medios humanos y materiales a disposición de la empresa. La posibilidad de utilizar criterios relacionados con la experiencia y características de la empresa se reduce así (y de forma bastante limitada) a los procedimientos restringidos, en los que resulta imposible rechazar ofertas de multinacionales y de grandes empresas, porque siempre pueden contrarrestar sus fallos y fraudes con la acreditación de otras prestaciones correctas y con el peso de su propia imagen. Todo ello perjudica a la pequeña empresa y a la empresa de carácter social, que son las únicas que verdaderamente van a correr el riesgo de ser expulsadas en un procedimiento restringido.

tratos, pero con la siguiente restricción: será preciso identificar en cada caso una ventaja económicamente tangible, directa o indirecta, para la Administración que adjudica.

¿Será realmente posible identificar esa ventaja económica en cada caso? Sin duda, hay modos de lograrlo. Por ejemplo, la Administración que paga una renta mínima o un ingreso mínimo de inserción puede justificar un ahorro claro y obvio derivado de la contratación de empresas que dan empleo a perceptores actuales o potenciales de dicha renta. De la misma manera, cualquier Administración que proporcione ayudas directas o indirectas a personas en situación (o en riesgo) de exclusión social podría aducir ventajas económicas, en forma de menores costes por la disminución del número de posibles perceptores, si contrata a empresas con personal de este tipo. Es más: en los términos del anteproyecto de Ley, la elaboración de cualesquiera planes o programas de ayudas a sectores socialmente necesitados, por escasos que fueran sus medios, siempre serviría, al menos, para proporcionar justificación a la introducción del correspondiente criterio de valoración en los baremos de contratación administrativa. En cuanto a la segunda condición, vinculación al objeto del contrato, podría cumplirse mencionando estos criterios sociales de contratación en el mismo plan o programa de ayuda. El “objeto del contrato” no sería ya sólo la concreta prestación contratada, sino también la colaboración con los objetivos del plan o programa.

Parece, por tanto, claro que, sin haber dado con la redacción más deseable, el artículo proyectado sí supondrá un claro avance con respecto a los criterios aplicables a los concursos según el actual artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, que aprueba el texto refundido de la LCAP. En efecto, hasta el presente, la posibilidad de aplicar estos criterios tenía que apoyarse en una consideración del listado de criterios del artículo 86 LCAP como “*numerus apertus*”, susceptible de ser ampliado con otros, tal y como sostiene Santiago Lesmes Zabalegui⁷. Ahora, por fin, se va a contar con un reconocimiento expreso en la legislación básica de los criterios sociales como aptos para ser incluidos en baremos de adjudicación.

A este respecto, el proyecto contiene otros preceptos relevantes. La Disposición Adicional 6^a reproduce el criterio de la Adicional 8^a de la actual LCAP de utilizar el porcentaje igual o superior al 2% de discapacitados (extendido a las entidades sin ánimo de lucro que opten a prestar servicios sociales o asistenciales) sólo para desempates. Pero, a renglón seguido, añade una previsión que admite ser interpretada como fundamento legal para otorgar puntuación añadida a las empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situa-

ción de exclusión en los términos de la Disposición Adicional 9^a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, que se comprometan a contratar al menos a un 30% de perceptores actuales o potenciales de renta mínima, o personas que no la perciben por no haber agotado el período mínimo de empadronamiento, personas con problemas de alcoholismo y drogadicción, discapacitados, ex internos de centros tutelares de menores (hasta los 30 años), así como internos o ex internos de centros penitenciarios. En efecto, el comienzo del párrafo se inicia con el adverbio “*igualmente*”, que parece referirse sólo a la preferencia de este tipo de empresas para desempates. Sin embargo, a continuación, el precepto dice: “*valorándose el compromiso formal del licitador de contratar...*” (a personas en las situaciones ya citadas). Puesto que el ser empresa dedicada a la promoción e inserción laboral ya otorga de por sí preferencia en caso de empate, añadir el compromiso de efectuar estas contrataciones ha de servir de base, lógicamente, a una puntuación específica añadida en el baremo de adjudicación.

El anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público permite considerar criterios sociales en la adjudicación

Asimismo, por debajo de los umbrales de la Directiva, parece que el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público podría permitir, no ya únicamente la opción de valorar en los baremos de adjudicación la contratación con carácter indefinido de la plantilla de la empresa (circunstancia que puede ofrecer mayores garantías de correcta ejecución del contrato que cuando se emplea personal en precario sin suficiente experiencia), sino, incluso, limitar la participación en procedimientos restringidos a las empresas que superen un umbral mínimo de contratación indefinida en sus plantillas (artículos 52, 63 a 68 y concordantes del proyecto).

Los criterios ecológicos y ambientales que impliquen ventajas, aunque sean indirectas, para las Administraciones públicas, como el ahorro de energía, la reducción de la contaminación o el tratamiento adecuado de los residuos, van a contar con un campo de acción muy amplio, que incluye también la posibilidad de exigir la “etiqueta ecológica” o certificaciones similares (artículos 70 y 101.6 del proyecto). En este sentido se pronunció incluso la Comunicación interpretativa de la CE de 4 de julio de 2001 (en Navarra, Disposición Adicional quinta y artículo 14 del proyecto de Ley Foral de Contratos). No habrá problema, por tanto, para aplicar criterios análogos a los contenidos en la Orden Ministerial de Medio Ambiente de 14 de octubre de 1997, o los que comienza a utilizar tímidamente el Departamento foral navarro de Medio Ambiente, por ejemplo.

⁷ Este criterio fue defendido por Santiago Lesmes Zabalegui en el “Manual de Cláusulas Sociales”, página 61, con respecto al artículo 87 de la LCAP de 1995. Pero, en adelante, no será nada fácil defenderlo en lo que respecta a la legislación foral de contratos.

En otro orden de cosas, el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público recoge también, en su artículo 49.l.a) y d), la prohibición de contratar con quienes sean sancionados por incumplir la normativa social o ambiental (Reales Decretos-Ley 5/2000, de 4 de agosto, 1302/1986, de 28 de junio, 22/1988, de 15 de julio, y normas estatales y autonómicas aplicables sobre espacios naturales protegidos, prevención de la contaminación y protección ambiental). La Disposición Adicional 5ª limita la posibilidad de contratar con ETTs a encuestas, tomas de datos y servicios análogos. Además, según el artículo 101 del proyecto, en los pliegos de obras deberán respetarse los criterios de accesibilidad e igualdad de oportunidades para personas discapacitadas (Ley 51/2003, de 2 de diciembre), y de lucha contra la contaminación (Ley 16/2002, de 21 de julio).

En cuanto al proyecto legal navarro, desgraciadamente, en estos aspectos navega con el rumbo contrario. Empieza por hacer desaparecer los criterios sociales obligatorios que la Ley Foral de 1998 introdujo, con carácter pionero, para valorar a las empresas con personal discapacitado en proporción superior al 3% o eventual en proporción inferior al 10%. (Estos criterios se valoraban con una puntuación máxima y no mínima, circunstancia que, obviamente, repercutía en una menor operatividad práctica. Pero es que en el nuevo proyecto desaparecen, o, mejor dicho, se convierten en meros criterios de desempate, junto con el de realización de buenas prácticas en materia de “género”). Y mucho peor aún es que el proyecto de Ley Foral, en su artículo 51, evite referirse a las “*características sociales y medioambientales*”: como hace el proyecto estatal, y, en cambio, sólo alude a estas últimas, prescindiendo de las sociales.

El hecho de que el resto del precepto se atenga esencialmente a criterios de adjudicación bastante parecidos a los estatales y a los de la Directiva europea resulta aún más perjudicial, porque se hará muy difícil sostener que los criterios sociales omitidos en el texto navarro puedan entenderse comprendidos en una enumeración considerada “*numerus apertus*”, desde el momento en que la omisión de la referencia a estos criterios sociales pone de manifiesto una diferencia claramente intencionada con respecto al proyecto estatal. Por si fuera poco, el nuevo artículo 51, refractario a los criterios sociales de adjudicación, se extiende también a los procedimientos restringidos y –lo que es infinitamente peor– a los negociados, que van a constituir, con diferencia, el grueso de la nueva contratación administrativa⁸. El artículo al que sustituye empeorándolo (el 89 de la Ley Foral de 1998) sólo se aplicaba a los concursos, El nuevo artículo 51, en cambio, afectará –muy negativamente en lo social– a todas las contrataciones. No conforme con

⁸ Las cuantías propuestas para los nuevos negociados son nada menos que las siguientes: 100.000 euros (90.000 en Navarra) para servicios y suministros y 1.000.000 de euros (750.000 en Navarra) para obras. En Navarra, las cuantías que pueden contratarse contra factura (que tampoco están formalmente exentas de los criterios del artículo 51) se quedan en 3.000 euros.

estos aspectos socialmente regresivos, el proyecto navarro llega al extremo de dificultar y encarecer gravemente las ventas de terrenos para edificar viviendas protegidas, sustrayéndolas del ámbito de la contratación administrativa y remitiéndolas a la normativa patrimonial (que opera, como regla, por subasta, y sin el amparo de las potestades administrativas).

3.3. Condiciones de colaboración de los adjudicatarios de contratos en determinadas políticas sociales (fase de ejecución del contrato)

El nuevo texto legal básico, en su artículo 102, va a permitir que se condicione la adjudicación de contratos al cumplimiento, por parte de quien resulte adjudicatario, de cláusulas sociales, o “*consideraciones de tipo medioambiental o consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo definida en el artículo 125 del Tratado constitutivo de la Unión Europea*”⁹. Como se ha avanzado ya, el proyecto posibilita también las exigencias de tipo ecológico para los adjudicatarios.

En este punto, el generalmente restrictivo proyecto legal navarro –por una vez y sin que sirva de precedente– se “estira” y viene a resultar incluso más preciso y exigente que el estatal. Según su artículo 49, en efecto, “*los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir requerimientos pormenorizados de carácter social o medioambiental sobre el modo de ejecutar el contrato, tales como la recuperación o reutilización de los envases y embalajes o productos usados; la eficiencia energética de los productos o servicios; el suministro de productos en recipientes reutilizables; la recogida y reciclado de los desechos o de los productos usados a cargo del contratista; la obligación de dar trabajo a desempleados de larga duración; la organización a cargo del contratista de actividades de formación para jóvenes y desempleados; la adopción de medidas de promoción de la igualdad de sexos, o de medidas de integración de los inmigrantes; la obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas discapacitadas superior al legalmente establecido y otros análogos*”.

Tanto en el anteproyecto de legislación básica como en el proyecto navarro, este tipo de requerimientos no podrán constituir criterios de selección o adjudicación encubiertos, ni tener carácter discriminatorio.

En caso de incumplimiento de estos requerimientos el órgano de contratación puede optar por resolver la

⁹ Las obligaciones informativas se definen en el artículo 103.

contratación o por imponer penalidades, según disponga el Pliego. El artículo 102, en relación con el 49.2.e), permite considerar su falta de cumplimiento como vulneración de obligaciones contractuales esenciales, que da derecho a la resolución del contrato. El proyecto navarro precisa que la sanción equivaldrá al 20% del precio del contrato, y que la resolución conllevará inhabilitación para licitar en Navarra durante el plazo de dos años. Ni uno ni otro texto garantizan, sin embargo, que lo así recaudado se destine a compensar a las empresas perjudicadas por el incumplimiento de las cláusulas sociales. Cada Administración deberá preocuparse de que así sea.

Este reconocimiento expreso de la posibilidad de aplicar criterios sociales en la fase de ejecución del contrato proporcionará un plus importante de seguridad jurídica. Hasta el presente, venía siendo necesario ampararse en el conocido precepto general de la legislación de contratos según el cual *“la Administración podrá concertar los pactos... que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”* (artículo 4 de la actual LCAP, 25 en el nuevo anteproyecto). Ciertamente, era una vía ya probada. Se venía utilizando con éxito en casos como el programa catalán “Posat’a punt”, y algunos servicios de Irun, Getxo, Iruña/Pamplona y otros Ayuntamientos. Cabía incluso obligar al licitador que resultara adjudicatario a formar una Unión Temporal de Empresas, conforme a una participación preestablecida, con alguna empresa vinculada a actividades de tipo social. A este respecto, el artículo 250 y concordantes del proyecto de Ley básica¹⁰, para casos de concesión de obra pública (por ejemplo, un tramo de autopista para construirla y después explotarla), permiten –como el actual artículo 253 LCAP introducido por Ley 13/2003– a la Administración obligar al concesionario a ceder al menos un 30% del valor de la obra a otras empresas que reúnan los requisitos sociales que se determinen. Ahora, la seguridad jurídica va a ser mucho más completa.

Así, con la nueva legislación son más válidas que nunca las propuestas planteadas en su día sobre cláusulas sociales que cabe imponer a los licitadores como condición para resultar adjudicatarios. Entre otras, caben las siguientes:

1. Establecer criterios objetivos como, por ejemplo, disponer la contratación de parados de más de 45 años o con más de uno o dos años de paro, jóvenes sin empleo hasta determinada edad, personas con minusvalías, excarcelados, ex internos de centros tutelares de menores, personas en rehabilitación por toxicomanías o alcoholismo, perceptores de rentas mínimas o de inmigrantes que aún no han cumplido el período previo de empadronamiento exigido para ello, discapacitados o personas incluidas en programas para eliminar las desigualdades

¹⁰ En la Ley de Navarra de 1998, el artículo 159.

entre el hombre y la mujer en el mercado laboral. o bien de empresas que cuenten con un determinado porcentaje de trabajadores en esta situación. o de empresas con una configuración jurídica “social” o sin ánimo de lucro (Cooperativas, S.A.L, Fundaciones y Asociaciones...).

Cuando se utilice la vía de la subcontratación de empresas sociales, debe tenerse en cuenta que el nuevo anteproyecto de Ley básica, en sus artículos 210 y 211, la permitirá con gran amplitud, y va a reconocer expresamente al subcontratista el derecho a percibir intereses legales de demora en caso de incumplimiento del contratista principal.

2. En su caso, exigir además una actitud activa de búsqueda de la inserción laboral. Por ejemplo, manifestación expresa de voluntad de participar en determinados programas de inserción.

Si se impone también este segundo requisito para poder beneficiarse de cláusulas sociales, se debe actuar con cuidado, por las siguientes razones: ni suelen crearse plazas suficientes en estos programas de inserción laboral para todos los posibles solicitantes, ni se da suficiente publicidad al programa, ni, con frecuencia, la selección de personas para estos programas es todo lo transparente y objetiva que sería deseable; en absoluto. Tampoco el funcionamiento interno de tales programas es siempre idóneo, en particular cuando se trata de minusválidos. Por esta razón, deberla considerarse suficiente un compromiso escrito de tomar parte en tales programas si hay plazas disponibles; sin exigir como requisito inexcusable la participación efectiva cuando esta no es posible para determinados aspirantes.

3. En cuanto a la articulación práctica de las cláusulas, para obligar directamente al adjudicatario a contratar a trabajadores o empresas en virtud de cláusulas sociales, se debe especificar con total precisión de qué puestos se trata, su ubicación, contenido y funciones. Asimismo, los Pliegos o condicionados deben prever específicamente las partidas del presupuesto a ejecutar por subcontratación:
 - Se puede prever un precio fijo para las mismas. Supuestos hasta cierto punto análogos se han dado, por ejemplo, en las licitaciones de comedores escolares, en las que se exigía pactar la subrogación en los derechos y deberes relativos al comedor y a su personal anterior¹¹.
 - Es legalmente viable establecer un porcentaje fijo de participación de la empresa social en la ejecución de la prestación a cambio de la realización de unas tareas determinadas, pero, en tal caso, las ofertas más económicas repercutirán en una menor retribución a la empresa social. Un modo de paliar este efecto puede ser introducir un meca-

¹¹ Decreto Foral 246/1991, de 24 de julio (Boletín Oficial de Navarra de 21 de agosto).

nismo corrector por vía de subvención para la empresa “social” en caso de que su retribución descienda por debajo de un umbral mínimo prefijado (la “subvención - contrato” es admitida por la jurisprudencia y reconocida en el artículo 17 del anteproyecto).

- Las condiciones técnicas han de ser las especificadas en el Pliego. Cabe puntualizar que las demoras de plazo ocasionadas por retrasos de la empresa social superiores a los límites establecidos en los condicionados técnicos han de repercutir automáticamente en un incremento del plazo para el contratista principal.

Como colofón de este apartado, una última matización: está muy bien reconocer en lo que vale la importancia del reconocimiento expreso de la aplicabilidad de las cláusulas sociales en la fase de ejecución del contrato. Pero no hay que minusvalorar la conveniencia de utilizar también criterios sociales en los baremos de adjudicación. Esta última opción fomenta la autoorganización de las personas y grupos desfavorecidos. Previene, además, posibles abusos y arbitrariedades en la selección de beneficiarios y en sus condiciones de trabajo. Como señala Anabel Suso, se trata aquí de diferenciar actitudes pasivas de activas; subsidiariedad de corresponsabilidad.

4. Conclusiones

Como siempre, la propuesta de nueva legislación básica tiene una extensión avasalladora para las competencias autonómicas. Ahora bien: esta vez, al menos, el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público deja un sabor agridulce, pero más dulce que agrio, en materia de cláusulas sociales. Con el proyecto navarro ocurre lo contrario: deja un sabor mucho más agrio que dulce.

Ambos textos refuerzan la seguridad jurídica de las cláusulas sociales que se pueden imponer como condición para resultar adjudicatario, y mantienen la posibilidad de utilizar criterios ambientales. El anteproyecto de Ley básica de contratos del sector público, además, entrea la puerta, aunque sea con limitaciones, para utilizar criterios sociales de adjudicación en los baremos de adjudicación de contratos administrativos. Si no la abre del todo, parece deberse, en buena medida, a la lamentable tendencia a copiar a toda costa lo “europeo”, aunque los objetivos que legítimamente persigamos en nuestras propias políticas sociales y económicas sean distintos de los que pretende en su propio ámbito esa normativa europea mal copiada. Aún así, el nuevo texto básico podría franquear una entrada medianamente digna hacia la nueva etapa de la contratación pública, que pone el acento en políticas económicas y sociales “transversales”, superando paulatinamente las concepciones “clásicas” del contrato administrativo. No ocurre lo mismo con el proyecto navarro, muy refractario a la admisión de criterios sociales de adjudicación.

En cuanto a las reservas de contratación para grupos socialmente desfavorecidos, ambos textos son restrictivos; tal vez más aún el navarro. Parece claro que habrá que centrar la política contractual social:

- en los criterios de adjudicación,
- y en las cláusulas sociales de la fase de ejecución de los contratos públicos.

La seguridad jurídica es más sólida en lo que respecta a estas últimas. Pero las posibilidades que la futura legislación básica (no así la navarra) abrirá para utilizar también criterios sociales de adjudicación no deben caer en saco roto. Esta opción fomenta la autoorganización de las personas y grupos desfavorecidos. Previene, además, posibles abusos y arbitrariedades en la selección de beneficiarios y en sus condiciones de trabajo.

En conjunto, (y a pesar de ocasionales retrocesos como el actual proyecto legal navarro), las posibilidades legales de emplear cláusulas sociales en la contratación van haciéndose cada vez más amplias y sólidas. Hay que confiar en la paulatina toma de conciencia que pueda derivar del creciente reconocimiento expreso de las cláusulas sociales como criterios válidos y como condiciones legítimas para adjudicar contratos administrativos.