



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

**UN INSTRUMENTO EFICAZ DE POLÍTICA
ACTIVA DE EMPLEO: LA INCORPORACIÓN DE
CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL DE
PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE
EXCLUSIÓN SOCIAL EN LA CONTRATACIÓN
DEL SECTOR PÚBLICO**

EIDER LARRAZABAL ASTIGARRAGA

Directores: Aitor Bengoetxea Alkorta

Mikel de la Fuente Lavín

Marzo de 2012

© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
- Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua (UPV/EHU)
- EHU Press (UPV/EHU)
ISBN: 978-84-9860-921-9

UN INSTRUMENTO EFICAZ DE POLÍTICA ACTIVA DE EMPLEO: LA
INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL DE
PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL EN LA
CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

ÍNDICE

ABREVIATURAS	21
---------------------------	----

INTRODUCCIÓN	25
---------------------------	----

PARTE PRIMERA

LA INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL.....	33
---	----

CAPÍTULO I:

El Estado Social, el Estado de Bienestar y derechos sociales.....	33
---	----

I.1. El Estado Social.....	34
----------------------------	----

I.2. El Estado de Bienestar.....	36
----------------------------------	----

I.3. Los derechos sociales.....	39
---------------------------------	----

CAPÍTULO II:

Derecho al trabajo y política de pleno empleo.....	41
--	----

CAPÍTULO III:

La exclusión laboral y la inserción laboral	45
---	----

III.1. La exclusión social y la exclusión laboral.....	45
--	----

III.1.1. La exclusión social.....	45
III.1.2. La exclusión laboral.....	49
III.2. La inserción social y la inserción laboral.....	49
III.2.1. La inserción social.....	50
III.2.2. La inserción laboral.....	51

CAPÍTULO IV:

Situación de la exclusión social y laboral en los ámbitos internacional, comunitario y estatal.....	53
IV.1. Situación de la exclusión social y laboral en el ámbito internacional.....	54
IV.2. Situación de la exclusión social y laboral en el ámbito comunitario.....	56
IV.3. Situación de la exclusión social y laboral en el ámbito estatal.....	57

CAPÍTULO V:

La inclusión laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social en los ámbitos comunitario y estatal.....	60
V.1. La inclusión laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión laboral en el ámbito de la Unión Europea.....	60
V.2. La inclusión laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión laboral en el Estado español.....	65
V.2.1. Delimitación de la política sociolaboral a favor de las personas en situación o riesgo de exclusión social.....	69

a) La inserción sociolaboral a través de las políticas de empleo	69
b) Las políticas de empleo más utilizadas para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.....	76
i) Renta Activa de Inserción.....	77
ii) Bonificaciones a la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social.....	83
iii) Las empresas de inserción	85
V.2.2. Otras políticas para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social: cláusulas sociales y mercados tutelados.....	89

CAPÍTULO VI:

A modo de reflexión: la importancia del Derecho del Trabajo en la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social y la necesidad de contribuir a tal fin también desde las demás ramas del Derecho, entre ellas, el Derecho Administrativo	93
--	----

PARTE SEGUNDA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA: ANÁLISIS GENERAL SOBRE LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO	99
--	----

CAPÍTULO I:

¿Qué son las cláusulas sociales?	100
--	-----

CAPÍTULO II:

Fundamentos de las cláusulas sociales en la contratación pública.....	103
---	-----

CAPÍTULO III:

Normativa reguladora en materia de cláusulas sociales en la contratación pública.....	107
---	-----

III.1. Normativa internacional	109
--------------------------------------	-----

III.1.1. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.....	109
---	-----

III.1.2. El Convenio núm. 94 y la Recomendación núm. 84 de la OIT	112
---	-----

III.1.3. Iniciativas de “contratación sostenible”: documentos y guías para su desarrollo	114
--	-----

III.2. Normativa comunitaria	116
------------------------------------	-----

III.2.1. Instrumentos jurídicos vinculantes: La Directiva 2004/18/CE.....	116
---	-----

III.2.2. Instrumentos jurídicos no vinculantes: La Comunicación interpretativa de la Comisión y la “Guía para que las autoridades	
---	--

públicas tomen en cuenta las consideraciones sociales en la contratación pública”	121
III.2.3. Normas y guías para la contratación pública social en algunos países de la Unión Europea	122
III.3. Normativa estatal.....	124
III.3.1. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.....	124
III.3.2. Actos administrativos, actuaciones administrativas e instrumentos de desarrollo.....	127
III.4. Normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco.....	128
III.4.1. Actos administrativos, actuaciones administrativas e instrumentos de desarrollo.....	129
a) La Instrucción del Gobierno Vasco.....	129
b) Algunos pliegos, acuerdos municipales y textos aprobados en los Territorios Históricos.	133

CAPÍTULO IV:

Fases para la consideración de criterios sociales en el procedimiento de contratación del sector público.....	134
IV.1. Definición del objeto del contrato.....	135
IV.2. Especificaciones técnicas	139
IV.3. Selección de los candidatos o licitadores.....	144
IV.3.1. Prohibición de contratar	144
IV.3.2. Acreditación de la solvencia técnica	148

IV.4. Adjudicación del contrato	164
IV.4.1. Criterio de la oferta económicamente más ventajosa.....	165
IV.4.2. Preferencia para la adjudicación de contratación de contratos y reserva de contratos	193
IV.5. Ofertas anormalmente bajas	197
IV.6. Ejecución del contrato.....	199

CAPÍTULO V:

Contenido de las cláusulas sociales	207
V.1. La perspectiva de género.....	208
V.2. La seguridad y salud laboral.....	211
V.3. Estándares internacionales: respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción.....	214
V.4. Comercio justo	217
V.5. La inserción laboral de personas que se encuentren en riesgo o situación de exclusión social.	220

CAPÍTULO VI:

Verificación y seguimiento de las cláusulas sociales.....	220
VI.1. Verificación y seguimiento a través de las prerrogativas de las Administraciones	221
VI.2. Verificación y seguimiento a través de la auditoría sociolaboral.....	224

VI.3. La información social y el compromiso ético de las empresas.....	226
--	-----

CAPÍTULO VII:

La incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública y el respeto a la libre competencia.....	228
--	-----

CAPÍTULO VIII:

La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública y su compatibilidad con el derecho Comunitario	233
--	-----

VIII.1. Los objetivos de las normas comunitarias sobre contratación pública: la apertura de los contratos públicos en el Mercado Único europeo.	234
--	-----

VIII.2. Breve consideración sobre las libertades fundamentales básicas del Mercado Único europeo que inciden sobre la apertura de la contratación pública	236
---	-----

VIII.2.1. Libre circulación de servicios.....	236
---	-----

a) Libre prestación de servicios.....	237
---------------------------------------	-----

b) Libertad de establecimiento.....	244
-------------------------------------	-----

VIII.2.2. Libre circulación de mercancías.....	246
--	-----

VIII.3. La resolución de conflictos entre las libertades comunitarias y las cláusulas sociales: la interpretación del Tribunal de la Unión Europea.	247
--	-----

VIII.4. Conflictos entre libertades económicas y cláusulas sociales, ¿cómo afrontarlos?	258
---	-----

PARTE TERCERA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLITICA ACTIVA PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL.....	263
---	-----

CAPÍTULO I:

Breve consideración sobre las principales razones presentadas como impedimentos para su implantación y desarrollo: razones de carácter jurídico y de otra índole.....	264
---	-----

I.1. Razones de carácter jurídico.....	264
--	-----

I.2. Razones de otra índole.....	270
----------------------------------	-----

CAPÍTULO II:

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral a través de diversos instrumentos jurídicos.....	272
--	-----

II.1. La incorporación de cláusulas sociales sobre inserción laboral mediante la Ley.....	272
---	-----

II.2. La incorporación de cláusulas sociales sobre inserción laboral mediante el Reglamento.....	274
--	-----

II.3. La incorporación de cláusulas sociales sobre inserción laboral mediante otros instrumentos jurídicos y no jurídicos.....	276
--	-----

II.3.1. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral mediante la Instrucción.....	276
--	-----

II.3.2. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en los pliegos de cláusulas administrativas.	277
a) Pliegos de Cláusulas administrativas generales.....	277
b) Pliegos de cláusulas administrativas particulares	279
c) Modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares.....	283

CAPÍTULO III:

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral a través de los diferentes tipos de contratos.....	286
--	-----

III.1. Contratos de obras.....	287
III.2. Contrato de concesión de obras públicas.....	288
III.3. Contrato de gestión de servicios públicos.....	289
III.4. Contrato de suministro	290
III.5. Contrato de servicios.....	291
III.6. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.....	292
III.7. Contrato mixto	294
III.8. Conclusión general sobre la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en todos los diferentes tipos de contratos.	295

CAPÍTULO IV:

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en los diferentes procedimientos de contratación.....	296
---	-----

IV.1. Procedimiento abierto.....	297
IV.2. Procedimiento restringido.....	298
IV.3. Procedimiento negociado.....	300
IV.4. Contratos menores.....	303
IV.5. Diálogo competitivo.....	303
IV.6. Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos.....	305
IV.7. Adjudicación de otros contratos del sector público.....	306
IV.8. Racionalización técnica de la contratación.....	307
IV.9. Conclusión general sobre la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en los diferentes procedimientos de contratación.....	311

CAPÍTULO V:

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en las diferentes fases del procedimiento de contratación.....	313
--	-----

V.1. Cláusulas sobre inserción laboral en la definición del objeto del contrato.....	314
V.2. Cláusulas sobre inserción laboral en las especificaciones técnicas.....	317
V.2.1. Diseño de las especificaciones técnicas.....	318
V.2.2. Uso de variantes.....	319
V.3. Cláusulas sobre inserción laboral en la selección de licitadores.....	320

V.3.1. Prohibiciones para contratar.....	321
V.3.2. Solvencia técnica.....	323
V.4. Cláusulas sobre inserción laboral en la adjudicación del contrato	328
V.4.1. Criterio de la oferta económicamente más ventajosa.....	329
V.4.2. Preferencia para la adjudicación de contratos y reserva de contratos.....	332
a) Preferencia para la adjudicación de contratos	332
b) Reserva de contratos	334
V.5. Cláusulas sobre inserción laboral a la hora de valorar la ofertas anormalmente bajas.....	339
V.6. Cláusulas sobre inserción laboral en la ejecución del contrato.	341
V.7. Breve conclusión sobre la inclusión de cláusulas sobre inserción laboral en las fases del procedimiento de contratación pública.....	345

PARTE CUARTA

ESTUDIO DE CASOS. LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LOS AYUNTAMIENTOS: 1) AYUNTAMIENTO DE DIMENSIÓN GRANDE (BARCELONA); 2) AYUNTAMIENTO DE DIMENSIÓN MEDIANA (AVILÉS) Y 3) AYUNTAMIENTO DE DIMENSIÓN PEQUEÑA (VARIOS)	349
---	-----

CAPÍTULO I:

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE AYUNTAMIENTOS DE GRANDES DIMENSIONES: EL CASO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA.....	351
I.1. Datos del sector de las Empresas de Inserción en Cataluña.....	352
I.2. Antecedentes en el ayuntamiento de Barcelona.....	353
I.3. Marco jurídico de referencia.....	354
I.4. Punto de partida: Medida de Gobierno del Pleno de diciembre de 2008	355
I.4.1. Establecimiento de los contratos y la cuantía vinculada a reserva social.....	356
I.4.2. Distribución de la reserva social.....	356
I.4.3. Incorporación de cláusulas sociales al resto de pliegos administrativos particulares y técnicos.....	358
I.4.4. Información, formación y asesoramiento específico.....	358
I.4.5. La contratación pública como política de empleo.....	360

I.4.6. La Comisión de la Contratación Responsable	363
I.5. Aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del Ayuntamiento de Barcelona.....	364
I.6. Situación actual del Ayuntamiento de Barcelona en materia de cláusulas sobre inserción laboral y objetivos a corto y medio plazo	369

CAPÍTULO II:

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE AYUNTAMIENTOS DE DIMENSIÓN MEDIANA: EL CASO DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS	370
--	-----

II.1. Políticas de formación y empleo del Ayuntamiento de Avilés	372
II.2. Antecedentes en el Ayuntamiento de Avilés.....	375
II.3. Punto de referencia: La Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés.....	376
II.3.1. Contratos reservados.....	379
II.3.2. Cláusulas sobre inserción laboral en los criterios de valoración.....	381
II.3.3. Criterios sobre inserción laboral como variantes o mejoras	384
II.3.4. Cláusulas sobre inserción laboral como condiciones especiales de ejecución.....	385
II.3.5. Condiciones sobre inserción laboral en la solvencia técnica y profesional	388

II.4. Aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Avilés.....	391
II.5. Situación actual y objetivos a corto y medio plazo del Ayuntamiento de Avilés.....	394

CAPÍTULO III:

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE AYUNTAMIENTOS DE PEQUEÑA DIMENSIÓN: VARIOS CASOS.....	394
---	-----

III.1. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Aretxabaleta: su introducción en la definición del objeto del contrato.....	397
---	-----

III.2. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Burlada: la reserva de mercado.....	398
---	-----

III.3. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Hondarribia: su introducción en la solvencia técnica.....	399
---	-----

III.4. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Las Gabias: su introducción entre los criterios de valoración de la oferta.....	401
---	-----

III.5. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Ondarroa: su introducción entre las condiciones especiales de ejecución.....	402
--	-----

III.6. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública de otros ayuntamientos: varios casos.....	403
---	-----

CONCLUSIONES	405
BIBLIOGRAFÍA	421
ANEXO I	439
ANEXO II	449

ABREVIATURAS

ACP.....	Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública
Ar.....	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
Art.....	Artículo
Apt.....	Apartado
BOCG.....	Boletín Oficial del as Cortes Generales
BOPA.....	Boletín Oficial del Principado de Asturias
BOPV.....	Boletín Oficial del País Vasco
CAPV.....	Comunidad Autónoma del País Vasco
CCAA.....	Comunidades Autónomas
CE.....	Constitución Española
CES.....	Consejo Económico y Social
CJ.....	Consideración Jurídica
CNC.....	Comisión Nacional de la Competencia
DCE.....	Dictamen del Consejo de Estado
DA.....	Disposición Adicional
DF.....	Disposición Final
Dirs.....	Directores
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea

EAPV.....	Estatuto de Autonomía del País Vasco
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
FOESSA	Fomento de Estudios Sociales y Sociología Aplicada
FJ.....	Fundamento Jurídico
GV	Gobierno Vasco
INE	Instituto Nacional de Empleo
JCCA.....	Junta Consultiva de Contratación Administrativa
JCCAE.....	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
LCSP de 2007.....	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LEI.....	Ley 44/2007, de 13 de diciembre, de Empresas de Inserción
LPRL.....	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC.....	Organización Mundial del Comercio
OSE.....	Observatorio de la Sostenibilidad en España
RGLCAP	Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre

STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ.....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLCAP.....	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio
TRLCSP 2011.....	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
TRLGSS.....	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio
PIB.....	Producto Interior Bruto
TUE.....	Tratado de la Unión Europea
UE.....	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Entre los principales objetivos correspondientes a lucha contra la exclusión social y a la inserción laboral se encuentra el de potenciar la integración al mundo laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Las acciones destinadas a este fin, llevadas a cabo en el marco del proceso de inclusión social, necesitan la máxima participación de todos los actores implicados, donde especial relevancia adquiere el comportamiento y compromiso del sector público.

En dicha labor, la contratación del sector público puede constituir una eficaz y adecuada herramienta como política activa para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Las compras públicas en la Unión Europea representaron de media en 2008 el 17,2 % del Producto Interior Bruto (PIB) y en España el 14,9%¹. Por tanto, cualquier cambio relacionado con los criterios y aspectos a la hora de adjudicar los contratos públicos puede originar un fuerte impacto sobre los comportamientos de contratación de personal. El sector público, a la hora de adjudicar sus contratos, no tiene por qué ceñirse a criterios exclusivamente económicos. Es decir, además del precio, aspecto considerado como "central" clásicamente, es conveniente valorar si las ofertas presentadas aportan algún beneficio o interés social. Entre tales beneficios sociales y de interés general se encuentra la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. El sector público ha de valorar, junto a los aspectos de carácter económico, otro tipo de consideraciones, como son las de índole social. De la misma forma en que

¹ "Public procurements indicators", European Commission, Brussels, 27 april 2010.

se entra a valorar si la oferta presentada constituye o no la más barata, se puede proceder a evaluar su "aporte social".

En lo que respecta a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, es posible exigir y valorar en los diferentes tipos de contratos así como en las fases del procedimiento de contratación requisitos que contribuyan a dicho fin. Piénsese, por ejemplo, en una oferta que, además de elementos económicos ventajosos, añade la contratación de un número concreto de personas desempleadas y en situación de exclusión social para la ejecución del contrato en cuestión. ¿No resulta de tal forma una oferta todavía más meritoria y merecedora de la adjudicación?

La contratación pública puede introducir de forma imperativa aspectos sobre inserción laboral en sus diferentes fases del procedimiento de contratación. Demandará así unas exigencias mínimas sobre inserción laboral a las que otorgará su correspondiente puntuación y valor proporcional. La exigencia de tales aspectos no obstaculiza ni impide la participación en el procedimiento de adjudicación de todos aquellos licitadores que estén interesados en el contrato. Eso sí, al igual que sucede con todos los elementos objeto de ponderación, obtendrá una mejor puntuación aquél que cumpla también los referidos a la inserción laboral. Si se puede fomentar la batalla de la competencia en aras a lograr la oferta con el precio más barato, ¿por qué no inducirla también para obtener aquella que más contribuya a un fin social como el de la inserción laboral?

Es así como la contratación del sector público puede convertirse en una herramienta eficaz para lograr la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

No se olvide que el sector público ha de ser un modelo de referencia para el sector empresarial y la sociedad en general. Su manera de actuar, como órgano público así como agente del mercado, influye de forma decisiva en la de los demás actores. Por otra parte, el Estado de Bienestar al que representa el sector público le exige intervenir e implicarse en el logro de los fines sociales, entre ellos, la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

La tesis que aquí se presenta pretende mostrar y verificar la idoneidad de la contratación pública como instrumento de política activa para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

La hipótesis del trabajo es que la contratación pública puede constituirse como una eficaz política activa de empleo para la inserción laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social mediante la inclusión de cláusulas en los contratos públicos dirigidas a ese fin. Expresado de otra manera: si efectivamente puede ser la contratación pública un instrumento o política activa de empleo para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social y hasta donde pueden llegar las cláusulas a incorporar en la contratación pública dirigidas a este fin.

Para afirmar y delimitar tal planteamiento, así como las demás conclusiones que se expresan al finalizar este trabajo, resulta necesario plantear dos cuestiones de suma trascendencia. En primer lugar, ¿la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública atenta contra el principio de libre competencia? En segundo lugar, ¿cómo pueden resolverse los conflictos entre este tipo de cláusulas y las libertades económicas comunitarias?

Como podrá comprobarse a lo largo de la investigación que se expone en las siguientes páginas y en las conclusiones que se extraen de la misma, ambos interrogantes pueden ser respondidos afirmativamente. Por tanto, en la medida en que se afirme que la inclusión de este tipo de cláusulas no infringe el principio de libre competencia y que los fines sociales no tienen porqué subordinarse a las libertades económicas comunitarias, se confirmaría finalmente la idoneidad y efectividad de la contratación pública como una política activa para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Igualmente, la investigación aquí presentada pretende contribuir en determinados aspectos que ayuden a avanzar más en el proceso de estructuración y aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público. En primer lugar, se quiere aportar mayor peso a aquella postura doctrinal que aboga por la incorporación de las cláusulas aludidas en los procedimientos de contratación pública frente a aquella que la rechaza argumentando el respeto a la libre competencia y a las libertades económicas comunitarias. En segundo lugar, se pretende ofrecer el marco jurídico y de otra índole para el establecimiento y aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público. En tercer lugar, se pretende proporcionar propuestas de redacción de cláusulas sobre inserción laboral para ser introducidas en las diferentes fases del procedimiento de contratación. En último lugar, se desea recoger experiencias exitosas y ejemplares de ayuntamientos que hayan introducido cláusulas sobre inserción laboral en sus contratos públicos a fin de ofrecer modelos a seguir a aquellos ayuntamientos que quieran actuar en la misma línea.

La metodología aplicada en este trabajo ha sido doble. Por una parte, la propia del trabajo más estrictamente jurídico y, por otra parte, la correspondiente al trabajo de campo.

En la primera de ellas se ha acudido a recoger las normas jurídicas reguladoras de la inserción laboral y la contratación pública, la jurisprudencia que resuelve sobre las mismas y las elaboraciones doctrinales que las acompañan. En esta fase puramente jurídica se ha empezado, por tanto, por recoger la normativa reguladora de la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, de la contratación del sector público y, finalmente, la normativa específica reguladora de la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, en especial de las cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Una vez recogida esa información normativa, de puro Derecho positivo, se ha procedido a estudiar la jurisprudencia existente sobre esta materia. La jurisprudencia ciertamente no ha sido muy abundante en algunos aspectos, pero ha sido necesaria la búsqueda de aquellos casos en los que los tribunales se han pronunciado sobre cuestiones vinculadas a este tema.

La recogida de material bibliográfico y el estudio de la doctrina dedicada a estas cuestiones ha sido el siguiente paso necesario en el desarrollo de esta tesis.

Como complemento de la información estrictamente teórica obtenida a través de la metodología anteriormente aludida ha resultado necesario realizar el correspondiente trabajo de campo. Primero, se ha desarrollado una recogida de datos de la importancia y realidad de la exclusión laboral así como de los resultados que se derivan de las actuales

políticas activas sobre inserción laboral. Para ello ha sido preciso acudir a estudios estadísticos y de empleo, que sirvieran para identificar cuantitativamente el problema que se está tratando. En segundo lugar, se ha ejecutado una recopilación y posterior análisis de las cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social ya incorporadas y aplicadas a través de diferentes normas, actos y actuaciones administrativas referidas a la contratación pública. En tercer lugar, se han realizado varias entrevistas personales así como investigaciones empíricas en aras a obtener la información necesaria para recoger las experiencias de los ayuntamientos presentadas en la Parte Cuarta del trabajo.

Ambas actividades, la estrictamente jurídica y la relativa al trabajo de campo, se han enmarcado dentro de la situación actual de la contratación pública y de las relaciones laborales, cuyo análisis no se puede limitar a lo que sucede en los ámbitos internos clásicos de los Estados sino que requiere contemplar este fenómeno desde la perspectiva internacional. La globalización tiene consecuencias evidentes en el mundo de las relaciones laborales y un análisis de este tipo no puede hacer caso omiso precisamente a esa realidad.

De forma paralela, la perspectiva metodológica se erige sobre el convencimiento de la estrecha relación –y, dependencia- entre el sistema jurídico y el sistema económico². Es más, como se deduce también de la investigación de este trabajo, es habitual la dificultad de diferenciar lo económico de lo jurídico, y viceversa³. La oportunidad de convertir la

² En este sentido obsérvense MONEREO PÉREZ, 2000, p. XIX y DE LA FUENTE LAVÍN, 2006, pp. 7 a 11.

³ Idea defendida en la metodología del Nuevo Análisis Económico del Derecho. Sobre la metodología en cuestión, véase TORRES LÓPEZ, 1987.

contratación pública en una política activa contra la exclusión social se ve obstaculizada por la primacía de los intereses y beneficios exclusivamente económicos, es decir, por aquellos de índole numérica estrechamente ligados al precio de la oferta así como por aquellos vinculados al sostén del mercado económico neoclásico. Ante ello, la tesis aquí expuesta pretende “reubicar” los intereses aludidos ya que la contratación pública no tiene por qué instituirse sobre aspectos exclusivamente económicos y debe consagrar aquellos que de forma directa y positiva afectan a problemáticas de la sociedad. Tal reasentamiento de los intereses sociales vendrá, en este caso, de la previa aceptación y posterior aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en la contratación del sector público.

El trabajo se divide en cuatro partes principales.

En la Primera Parte se observa, sobre todo, la realidad de la exclusión social y laboral, así como las medidas y políticas que se aplican para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Especialmente, son objeto de análisis las políticas activas de empleo para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social de ámbito estatal.

La Parte Segunda expone la manera en la que la contratación pública puede convertirse en una política pública dirigida a la consecución de fines sociales mediante la incorporación de cláusulas sociales en la contratación del sector público. A tal fin, se estudia el marco normativo internacional, comunitario, estatal y autonómico, en su caso, sobre contratación pública y las posibilidades (e impedimentos) que ésta ofrece para la incorporación de cláusulas sociales (en general, no sólo las referidas a la materia de inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social) en cada una de las fases del procedimiento de

contratación pública. En este punto, resultan de obligado examen el principio de la libre competencia así como las libertades económicas comunitarias (libertad de prestación de servicios, libertad de establecimiento y libertad de circulación de mercancías), ya que de éstas pueden derivar los mayores límites para la inclusión y aplicación de las cláusulas sociales en la contratación del sector público.

En la Parte Tercera se atiende la utilización de la contratación pública orientada a la consecución de un objetivo social concreto, a saber, la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Para ello se observa la contratación del sector público como una política activa a través de la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en los diferentes contratos y fases del procedimiento de contratación. Se recogen propuestas de redacción de cláusulas sobre inserción laboral concretas en dicho sentido.

En la Parte Cuarta se estudian las experiencias de algunos de los ayuntamientos que han integrado y aplicado cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en su contratación pública. Entre tales prácticas se exponen con detenimiento, por su gran interés, las desarrolladas en los ayuntamientos de Barcelona y de Avilés.

PARTE PRIMERA

LA INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

La contratación pública puede constituir una política activa de empleo dirigida a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Antes de analizar dicha posibilidad, es conveniente realizar una consideración sobre la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. A ello se dedica esta Parte Primera. Por un lado, tanto la evolución histórica como la realidad actual en cuanto al número de personas desempleadas evidencian la magnitud del problema a tratar. Por otro lado, está la insuficiencia e ineficacia de las medidas y políticas para la inserción laboral desarrolladas hasta el momento. Por ello, el interés de encontrar nuevas vías que aumenten el número de personas integradas en el mundo laboral. Entre esos nuevos mecanismos se encuentra la contratación pública que, como se verá, puede constituir un medio eficaz y rentable en el logro del fin en cuestión.

CAPÍTULO I:

El Estado Social, el Estado de Bienestar y derechos sociales

La inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social ha de entenderse en los contextos del Estado Social y del Estado de Bienestar. El Estado Social supone el reconocimiento de una serie de

derechos conocidos como "derechos sociales". Entre estos derechos sociales se encuentra precisamente el derecho al trabajo, derecho que engloba la cuestión de la inserción laboral y que será objeto de estudio en el siguiente capítulo de este trabajo. El Estado de Bienestar confiere al Estado, entre otras, la responsabilidad de crear las condiciones para el crecimiento y el empleo así como una política de solidaridad en aras a garantizar un reparto justo de los esfuerzos y de los resultados del crecimiento. Entre los rasgos característicos de esta forma de estado se encuentra el deber de desempeñar una intervención estatal encaminada a la consecución del pleno empleo con el fin último de garantizar el derecho al trabajo de todas las personas. Se estudian a continuación los tres conceptos aludidos (Estado Social, Estado de Bienestar y derechos sociales) con mayor detenimiento.

1.1. El Estado Social

A juicio de una parte de la doctrina⁴ "los países europeos han sabido construir un modelo social original que combina rendimiento económico, justicia social y solidaridad, y en el que existen derechos sociales, una regulación laboral avanzada, sistemas eficientes de protección social y (...)". En este contexto, a pesar de las diferencias existentes entre los sistemas sociales de cada país, se habla de un modelo social europeo. Este modelo social europeo busca reconocer a nivel de la Unión Europea una serie de derechos fundamentales "como garantía y medio de protección de los derechos sociales a nivel nacional, no sustituyendo a estos sino salvaguardándolos"⁵. El modelo social europeo,

⁴ NAVARRO NIETO, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y GÓMEZ MUÑOZ (Dir.), 2010, p. 23.

⁵ NAVARRO NIETO, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y GÓMEZ MUÑOZ (Dir.), 2010, p. 27.

así como el propósito general de querer presentar a la Unión Europea como una Europa más social, ha sido objeto de infinidad de críticas. No es objeto de este trabajo analizar las diversas posturas y contradicciones existentes en torno al modelo social europeo pero sí conviene extraer de todas ellas una conclusión general: prevalece y se agudiza la apreciación de que la Unión Europea no es todavía tan "social" como las constituciones sociales de los Estados miembros le solicitan ser. Podría exponerse la evolución que ha padecido la Unión Europea en materia social, la cual evidencia la degradación de derechos sociales acaecida. No obstante, a mi parecer, basta con observar la situación actual. El contexto de crisis económica extendida de forma global ha agravado la confrontación entre lo económico y lo social, y la Unión Europea no ha hecho más que inclinarse hacia los intereses de una minoría en perjuicio de los derechos sociales de una mayoría.

El Estado español se proclama como un Estado social que ampara como valores superiores de su ordenamiento jurídico, entre otros, la justicia y la igualdad⁶. Resulta difícil encontrar una definición clara de lo que es el Estado social. No sería suficiente con afirmar que se trata del Estado que interviene en las relaciones sociales y que realiza la "procura asistencial"⁷. Es más, no ha de definirse como forma de Estado, sino más bien como una modalidad de la forma Estado democrático de Derecho. Por ello, el Estado social "no significa un modo específico de «ser» del Estado, sino una manera de «actuar» por parte del poder público"⁸. Según

⁶ Art. 1.1 de la CE.

⁷ Realiza una especial referencia a la "procura existencial" RODRÍGUEZ COARASA, 2003, pp. 1282 a 1284.

⁸ ARAGON REYES, 1995, pp. 121 a 125. Asimismo, sobre el significado jurídico de la cláusula "Estado social" véanse pp. 125 a 129 de la obra aludida.

algunos autores el Estado social nunca será “ni ilimitado ni indiferente a las evoluciones del ciclo económico” pero debe garantizar el bienestar de las personas “articulando sus funciones como Estado distribuidor y como Estado organizador”⁹.

En el siglo XX, el Estado Social pretendía, sobre todo, la redistribución de la riqueza. Así, en caso de necesidad, todas las personas, incluso las más pobres, debían poder contar con una ayuda o prestación pública. El Estado debía promover “las condiciones esenciales para lograr un nivel de igualdad aceptable entre los ciudadanos frente a las adversidades de la vida”¹⁰. El Estado Social, para hacerse cargo de la “cuestión social”, regula las relaciones económicas y establece los derechos sociales¹¹. Entre tales derechos se encuentra, entre otros, el derecho al trabajo. El derecho al trabajo engloba la temática de la inserción laboral y por ello, como ya se adelantaba, es objeto de estudio en el siguiente capítulo.

1.2. El Estado de Bienestar

Como se exponía en líneas previas, el Estado de Bienestar exige que el Estado cree las condiciones para el crecimiento y el empleo. El estado ha de intervenir en aras a conseguir el pleno empleo y garantizar el derecho al trabajo de todas las personas.

⁹ MONEREO PÉREZ, 1999, p. 211.

¹⁰ MARSÍ, L., 2010, p. 140.

¹¹ Sobre el Estado Social de Derecho en la Constitución Española véase, entre otros, CARMONA CUENCA, 2000, pp. 119 a 189.

El Estado de Bienestar va más allá del Estado Social. El Estado de Bienestar derivaría, según Keynes, de un acuerdo de paz social entre capital y trabajo. Mediante ese acuerdo se aboga por una economía inclusiva y garantista para la clase trabajadora. El Estado de Bienestar se traduce en una intervención redistributiva del estado en aras a atenuar las desigualdades sociales¹². La intervención del sector público en la actividad económica se justifica, en materia laboral, en la insuficiencia del mercado a la hora de garantizar un adecuado nivel de empleo¹³.

En la medida en que las personas en situación o riesgo de exclusión social se encuentran en una situación de desigualdad social y que el mercado es incapaz de garantizarles por sí sólo el acceso al mundo laboral es fundamental la participación del Estado en tal sentido. El sector público ha de desplegar toda la intervención posible con el fin de asegurar un verdadero "bienestar" de las personas en situación o riesgo de exclusión social a través de su incorporación al empleo y el ejercicio de su derecho al trabajo.

A mediados de los noventa ya se venía augurando la inviabilidad del mantenimiento de Estado de Bienestar en la Unión Europea¹⁴.

¹² Sobre el concepto y teorías explicativas de la aparición y evolución del Estado de Bienestar véase GONZÁLEZ VAZQUEZ, 2011, pp. 43 a 56.

¹³ GONZÁLEZ RABANAL, 2001, pp. 15 y 16.

¹⁴ Existía a su vez una opinión contraria a la aludida. Así, entre otros autores, MORENO y PÉREZ YRUELA, 1992, p. 26, opinaban a principios de los noventa que el Estado de Bienestar había permanecido sustancialmente porque había contado con apoyo popular, había seguido siendo un ámbito apropiado para la socialización de costes sociales y resolución de conflictos, había resultado relativamente eficaz en reducir el impacto social y económico del cambio tecnoeconómico (el paro) y demográfico (envejecimiento de las poblaciones) y, por último, su papel en la materialización de la demanda efectiva y en la redistribución de recursos había sido

Así, se constataba que la actuación del sector público dirigida a suplir y cubrir las deficiencias del mercado se encontraba supeditada a la "ortodoxia monetarista" y se subrayaba la falta de rigor a la hora de exigir a los países miembros la convergencia en políticas de empleo frente a la firmeza manifestada con respecto a variables de índole económica¹⁵. A mi juicio, las observaciones realizadas en los noventa se repiten en la actualidad: por un lado, el Estado de Bienestar, se encuentra en una crisis profunda y, por otro lado, sigue sin exigirse en el ámbito de la Unión Europea la convergencia, adecuación y desarrollo de políticas de empleo que tengan por objetivo un pleno empleo de calidad. Ante la crisis del Estado de Bienestar, compartiendo la opinión de otros autores¹⁶, considero necesaria la realización de una reforma profunda de las instituciones que configuran el mercado de trabajo. Ésta debe ejecutarse con el mayor consenso posible y mediante una potenciación de las políticas sociales y de cohesión. Como subrayan dichos autores, en referencia a la transformación de las instituciones laborales en el contexto de la flexibilidad impulsada en la Unión Europea, "flexibilizar el mercado de trabajo no debería ser sinónimo de desmantelamiento del Estado de Bienestar". En este sentido, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) subraya que llevar a cabo la flexiseguridad sin invertir y reforzar las políticas activas del mercado laboral no ayuda a crear un mercado de trabajo de elevada calidad. A su parecer, estas políticas deben centrarse en integrar en el mercado laboral a las mujeres, los jóvenes y las personas

crucial a pesar del cambio de énfasis de los gobiernos en favor de un gasto público más favorable a la socialización de costes económicos.

¹⁵ GARCÍA TRUJILLO, 1994, pp. 296 y 308.

¹⁶ FERNÁNDEZ CORNEJO y ALGARRA PAREDES, 2000, p. 266.

mayores, es decir, a aquellas con mayores dificultades de inserción laboral¹⁷.

En definitiva, el Estado de Bienestar se encuentra ante un gran desafío a la hora de hacer frente a la realidad de la exclusión social. Así, "del mismo modo que un tornillo no puede ser apretado a martillazos, el Estado de Bienestar tiene que buscar nuevos instrumentos para poder hacer frente a la exclusión"¹⁸. Para luchar contra la exclusión social y fomentar la inserción laboral de personas que se encuentran en tal situación, una situación definida como multicausal y multidimensional, es necesaria la aplicación de medidas combinadas y complementarias.

1.3. Los derechos sociales

Los derechos sociales constituyen condiciones básicas para el ser humano. Entre tales derechos se encuentran el derecho a la educación, el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo. Los derechos sociales se sitúan, tras una larga evolución, en una posición relevante y junto a los tradicionalmente reconocidos de carácter civil y político.

Son varias las definiciones existentes sobre el concepto de "derechos sociales". Una de esas definiciones entiende estos derechos

¹⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: Más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*, de 22-23 de abril de 2008. Véase MONEREO PÉREZ, 2009, p. 124. Sobre esta cuestión de la flexiseguridad, además de la obra citada, véase asimismo DE LA CAL BARREDO y BENGOETXEA ALKORTA, 2011, pp. 13 a 66 y VALDÉS DAL-RÉ y LAHERA FORTEZA, 2010.

¹⁸ MORENO MÁRQUEZ, 2003, p. 185.

“como los derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva por parte de los poderes públicos, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”¹⁹.

Algunos autores, al situar los derechos sociales en el ámbito de la teoría jurídica, hacen referencia “al carácter prestacional de estos derechos, su dificultad para considerarlos auténticos derechos subjetivos, su carácter costoso, la especificidad de sus mecanismos de garantía y la cuestión sobre la idoneidad de la intervención judicial en la estrategia de defensa”²⁰. Así, entre los principales problemas ante los que se hallan estos derechos está el relativo a su eficacia jurídica²¹. Clara muestra de esta problemática puede constatarse a la hora de estudiar el derecho al trabajo. Como se aludirá en el capítulo siguiente de este trabajo, el derecho al trabajo goza de un reconocimiento en el texto constitucional pero, si se atiende a la realidad social, este derecho carece de una verdadera eficacia. Esto es precisamente lo que sucede en el caso de las personas en situación

¹⁹ CARMONA CUENCA, 2000, p. 150. La autora se basa en las definiciones mantenidas por MAZZIOTTI, M., “Diritti Sociali”, voz de la *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Giuffré, Milán, 1958-1997, p. 804 y CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 48. Sobre los derechos sociales en el origen y naturaleza de la Unión Europea véase APARICIO TOVAR, 2005, pp. 7 a 54.

²⁰ ANSUÁTEGUI ROIG, 2010, p. 48.

²¹ En este sentido véase CARMONA CUENCA, 2006, p. 177. La autora señala que “la crítica tradicional que se ha hecho a los derechos sociales de prestación se basa en las dificultades que presenta su eficacia jurídica”. A su parecer, “a pesar de su reconocimiento constitucional en diversas Constituciones y Tratados internacionales, se constatan las dificultades que plantea garantizar el disfrute efectivo de estos derechos del mismo modo que pueden garantizarse los derechos de defensa”. A juicio de MONEREO PÉREZ, 1996, p. 181, más grave resulta, junto a tal falta de eficacia jurídica, la inexistencia de “verdaderas garantías políticas y jurídicas que cristalicen en la legislación ordinaria” de la Unión Europea.

o riesgo de exclusión social, es decir, aunque por el hecho de ser “españolas”²² tengan reconocido el derecho al trabajo, en la mayoría de los casos, y por diferentes motivos, les es imposible ejercitarlo y materializarlo.

Por tanto, mientras estos derechos sociales –entre ellos el derecho al trabajo- carezcan de la eficacia jurídica que la realidad social les exige, parece inevitable e inexcusable seguir avanzando en su verdadera realización. De ahí la necesidad de seguir adoptando nuevos mecanismos que posibiliten la eficacia del derecho al trabajo, y más concretamente, la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

CAPÍTULO II:

Derecho al trabajo y política de pleno empleo

La inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social se materializa mediante la garantía y el ejercicio del derecho al trabajo. Ha de señalarse que “el trabajo –como elemento de ciudadanía- es en sí mismo un factor de integración social, pero puede ser también, por ello mismo, un factor de exclusión social”²³.

Por un lado, el artículo 35.1 de la Constitución Española establece que *todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*. Por otro lado, según el artículo 40.1 de la misma norma, los poderes

²² El art. 35 de la CE, al regular el derecho al trabajo, sólo hace alusión expresa a “los españoles”.

²³ MONEREO PÉREZ, 2003, p. 9.

públicos han de realizar *una política orientada al pleno empleo*. El pleno empleo –o el empleo generalizado– “se convierte en el sostén de todo el mecanismo de relojería del Estado de Bienestar”²⁴.

Se está ante un derecho reconocido formalmente por la Constitución Española y que, además, requiere su realización efectiva por parte de los poderes públicos. Eso sí, la política de pleno empleo, atendiendo a su ubicación en la Constitución Española, se consolida como un principio rector que posee únicamente carácter programático (como sucede con la constitucionalización de la mayoría de los derechos sociales) y, por ende, carece de carácter preceptivo. Por tanto, son dos los aspectos a subrayar. En primer lugar, no otorgar a un derecho social de tal calibre – como lo es el derecho al trabajo– un carácter fundamental conlleva el vaciamiento de su contenido. En segundo lugar, el pleno empleo, al constituir simplemente un reenvío programático e incondicionado, puede verse ante el peligro de carecer de toda eficacia²⁵.

A juicio del Tribunal Constitucional²⁶, “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente”. En lo que respecta al aspecto individual el Tribunal

²⁴ MORENO MÁRQUEZ, 2003, p. 124.

²⁵ Sobre el vaciamiento de contenido de los derechos sociales mediante su constitucionalización como normas o principios programáticos, así como sobre su falta de eficacia, véase MAESTRO BUELGA, 2002, pp. 70 y 71.

²⁶ STC 22/1981, de 2 de junio. Según LANDA ZAPIRAIN, 2000, pp. 163 y 164, “el TC, además de reafirmar el carácter protector o tuitivo, así como compensador de la desigualdad, ubica en el art. 35 un contenido de derechos básicos (...) además, coloca su importancia a la par de los derechos fundamentales asimismo básicos, como son el de sindicación o el de tutela efectiva”.

expresa que éste “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa”. Por tanto, el derecho al trabajo presenta dos dimensiones, la individual, reconocida en el artículo 35.1 de la Constitución Española y la colectiva, contenida en el artículo 40.1 y conocida como “política de pleno empleo”.

En definitiva, el derecho al trabajo es un derecho subjetivo²⁷ de toda la ciudadanía (ubicado en el apartado de derechos de los ciudadanos), mientras que la política de pleno empleo es el mandato que la Constitución impone a los poderes públicos, como política socioeconómica (situado entre principios rectores de la política socioeconómica).

Como se ha podido observar, la Constitución Española emplea dos términos, a saber, “trabajo” y “empleo”²⁸ para hacer alusión a un mismo

²⁷ Sobre el derecho al trabajo como derecho subjetivo, derecho constitucional y derecho prestacional véase MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, pp. 1303 a 1307.

²⁸ El trabajo en sentido antropológico consiste en la “producción de valores de uso o intercambio de energía entre hombre y naturaleza” (ZUBERO BEASKOETXEA, 1998, p. 4). Asimismo, “el trabajo constituye en todas las sociedades la aportación específicamente humana que conjuntamente con los recursos naturales, permite obtener los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas” (RECIO ANDREU, 1995, p. 136). Como indica el mismo autor “En las actuales sociedades capitalistas la actividad laboral se divide en una parte de trabajo asalariado, una parte de trabajo mercantil autónomo y una parte de trabajo no mercantil (trabajo doméstico y trabajo comunitario)”. En el capitalismo el principio ordenador es “una forma muy especial de trabajo humano: el consumo abstracto de fuerza laboral (de capacidad humana para trabajar) en la producción social, es decir, el trabajo asalariado (*wage-labour*)” (ZUBERO, 1998, p. 5). Por otra parte esa hegemonía del trabajo asalariado ha ido acompañado con la desvalorización de las actividades del trabajo no mercantil, fundamentalmente del trabajo doméstico, realizado mayoritariamente por las mujeres. En lo que respecta a este trabajo, interesa subrayar este otro significado del concepto en cuestión (LANDA ZAPIRAIN, 2000, p. 160):

derecho: el derecho al trabajo. Según ciertos autores, “el derecho al trabajo muta en un derecho al empleo y éste, a su vez, se concreta cada vez más en un «derecho a la inserción» como instrumento de lucha contra la exclusión social, asumiendo una dimensión asistencial (...)”²⁹. A pesar de la especial atención que en la actualidad recibe la cuestión del empleo, los autores aludidos destacan que “la consideración del «*derecho al empleo*» como auténtico derecho social fundamental del ciudadano, incluso de la persona, está presente, sin embargo, desde los mismos orígenes del Derecho del Trabajo”³⁰. Según otra parte de la doctrina, no se trata de que el Derecho del Trabajo se haya sustituido por un Derecho del Empleo, “sino que ante la existencia de una realidad socioeconómica bien definida, el empleo, entendido como intercambio de oferta y demanda de trabajo, y unos sujetos determinados (...), el Derecho del Trabajo amplía sus ámbitos objetivo y subjetivo y pone sus instituciones jurídicas al servicio de una política sociolaboral, la del empleo, con el objetivo de proteger a los más débiles en el mercado de trabajo y actuar, así, como factor de integración social”³¹.

Como se decía, el derecho al empleo se ha convertido, en gran parte, en un mecanismo de lucha contra la exclusión social. En este sentido, las medidas dirigidas a favorecer la inserción laboral de personas

“el trabajo no se considera una mercancía, sino que es expresión de la subjetividad de la persona, la actividad laboral de rostro humano, más allá de su relevancia económica, es un factor de dignificación social para el individuo, y (...) no es sólo porque sea una fuente de remuneración para el trabajador, sino porque actúa como ese vínculo con la sociedad que se consagra jurídicamente bajo el manto de su consideración como derecho de ciudadanía plena”.

²⁹ MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE (a), 2002, p. 327.

³⁰ MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRTE (b), 2002, p. 1323.

³¹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, 2005, p. 179.

que se encuentran en situaciones especiales se sitúan entre las principales prioridades de las políticas de empleo. Como subrayan los autores mencionados anteriormente “los objetivos de empleo se pueden perseguir a través de medidas, contractuales, institucionales o monetarias, que no cabe encuadrarlas ni conceptual, ni normativa ni competencialmente en el ámbito de la política laboral”³².

Por tanto, a mi parecer, la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público puede entenderse como una política de empleo que ayuda a luchar contra uno de los mayores problemas ante el que nos encontramos, a saber, la exclusión social, y, en concreto, la exclusión laboral.

CAPÍTULO III:

La exclusión laboral y la inserción laboral

Para comprender los significados de la “exclusión laboral” y la “inserción laboral” es necesario situar los mismos en el ámbito de la “exclusión social” y la “inserción social”.

III.1. La exclusión social y la exclusión laboral

III.1.1. La exclusión social

La Comisión Europea empezó a sustituir el término de pobreza por el de exclusión social a partir de los años 80. El término de pobreza se vinculaba estrechamente con parámetros económicos por lo que el uso

³² MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE (b), 2002, p. 1333.

del término exclusión social venía a abarcar otros elementos aparte de los económicos³³. Ninguno de los dos términos excluye al otro, por lo que han de atenderse conjuntamente y de forma complementaria. No obstante, "se puede ser pobre y no ser excluido o, también, plantearse a la inversa"³⁴.

El fenómeno denominado *exclusión social* no es nuevo pero sí el interés que suscita sobre los responsables políticos, lo que hace que los colectivos pertenecientes al mismo sean destinatarios prioritarios de las actuales políticas de empleo³⁵. El interés en cuestión no es casual ya que el mismo es debido a que este fenómeno afecta a una gran parte de la sociedad. De hecho, los diversos procesos de exclusión social inciden ampliamente en la sociedad española: "sólo la mitad de la población se encuentra al margen de los mismos, en una situación que podríamos identificar como de integración plena" y "el 17,2% de los hogares presenta un índice de exclusión por encima del doble de la media"³⁶. En el 2011 la proporción de hogares por debajo del umbral de pobreza fue cercana al 22% y constituyó una de las más elevadas de la Unión Europea. Así, frente al promedio del 16,4%, la tasa española alcanzó un valor cinco puntos más alto en 2010, solo superada por Rumanía y Letonia, duplicando los valores de países como Holanda (10,3%) y muy superior a Francia o los países nórdicos, con valores similares (13%)³⁷.

³³ Para observar las diferencias que suelen establecerse entre el concepto de pobreza y exclusión social véase TEZANOS TORTAJADA, 2004, p. 31.

³⁴ CARDONA RUBERT y Otros, 2008, p. 13.

³⁵ MORGADO PANADERO, 2007, p. 3 y 13.

³⁶ Datos obtenidos del *VI Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008*, Fundación FOESSA, p. 290.

³⁷ *Exclusión y Desarrollo Social, Análisis y perspectivas 2012*, Fundación FOESSA, pp. 11 y 13.

Por exclusión social puede entenderse “la situación carencial generalizada y de aislamiento social, que sufren los individuos o grupos sociales, resultantes de procesos en los que actúan factores de carácter económico, social, político y cultural que, a su vez, interactúan entre sí reforzándose mutuamente. Factores como desestructuración familiar, aislamiento social, bajo nivel cultural-escolar, y todos aquellos aspectos que generen la imposibilidad de participar plenamente como ciudadano”³⁸. De forma más concisa puede decirse que la exclusión social se refiere “a la imposibilidad o gran dificultad de acceder a los mecanismos de desarrollo personal y a la plena inserción socio-comunitaria y sistemas de protección social”³⁹.

Existen varias definiciones sobre la expresión de exclusión social⁴⁰. Procede subrayar los elementos comunes que comparten la mayoría de ellas. Comparto así la postura de algunos autores que consideran que tales aspectos comunes al concepto de exclusión social son: su carácter estructural (y no causal o singular), su aumento, su cariz multidimensional (presenta una acumulación de circunstancias o factores desfavorables), su carácter dinámico (cada vez afecta a más personas de diferente tipo) y su consideración como un “problema social”⁴¹.

Según la misma postura doctrinal, la exclusión social puede clasificarse en los siguientes ámbitos: laboral; económico; financiero;

³⁸ CARMONA ORANTES, 2005, p. Otra definición de la exclusión social en SEMPERE NAVARRO, 2005, pp. 178 y 179.

³⁹ MONEREO PÉREZ y Otros, 2011, p. 401.

⁴⁰ Entre ellas, por ejemplo, la expuesta por ZUBERO BEASKOETXEA, 2006, p. 1.

⁴¹ TEZANOS TORTAJADA, 2004, pp. 30 y 31. Las mismas y otras notas comunes al concepto de exclusión social en SEMPERE NAVARRO y Otros, 2005, p. 179.

formativo; socio-sanitario; residencial; personal; social y relacional y ciudadanía y participación. Como destacan algunos autores, de entre todos ellos gozan de especial relevancia los vinculados a la educación, sanidad y vivienda “pero, a día de hoy, en este estado de refeudalizada ciudadanía neocapitalista, el empleo sigue siendo con diferencia el factor nuclear y más determinante”⁴². En la misma línea, según otros autores, “sin duda, el principal factor de riesgo de situación de marginación y exclusión social gira en torno al empleo”⁴³.

Finalmente, cabe destacar el claro nexo de unión entre el actual concepto de exclusión social y el planteamiento de William Beveridge, hace varias décadas cuando en su Informe sobre Seguridad Social y servicios conexos (1942)⁴⁴, se refería a los cinco gigantes que asolan a los seres humanos, y a las políticas sociales que había que implementar para combatirlos: enfermedad/sanidad, ignorancia/educación, miseria/vivienda, ociosidad/empleo y necesidad económica/prestaciones económicas de seguridad social.

⁴² CARDONA RUBERT y Otros, 2008, p. 14. Como argumentan los autores el acceso al empleo “genera vinculaciones y derechos sociales a la vez que un mínimo de renta disponible para intentar sortear la exclusión y sus secuelas”. De esta manera, a su juicio, se vuelve “al punto de partida, al trabajo como núcleo de la estructuración social, al empleo decente como garantía en la hora de trazar e iniciar un proyecto de vida”. En este sentido, resaltan “la centralidad del trabajo en la historia social y su valor como llave de acceso a un verdadero estado de ciudadanía”.

⁴³ SEMPERE NAVARRO, 2005, p. 180.

⁴⁴ Informe Beveridge (o *Beveridge Report*, cuyo nombre completo era *Report on Social Insurance and Allied Services*). Este Informe formó las bases del futuro “Estado de Bienestar” (*welfare state*) en el Reino Unido.

III.1.2. La exclusión laboral

La exclusión laboral supone no sólo estar sin empleo sino también estar con empleo en determinadas circunstancias. Así, los principales factores de la exclusión laboral son el desempleo y la carencia de experiencia laboral y cualificación laboral. Entre dichos factores también se encuentran la temporalidad y la precariedad laboral⁴⁵ que, a pesar de referirse a personas que trabajan, constituyen elementos de exclusión laboral y social. En conclusión, trabajar no significa siempre que la persona en cuestión esté integrada laboralmente y, mucho menos, socialmente. Las personas que desempeñan trabajos en situaciones de precariedad y temporalidad extremas pueden estar tan excluidas socialmente como aquellas que carecen de trabajo alguno. Por ello, como subrayan algunos autores, las políticas de empleo que se atenderán posteriormente han de “enfrentarse de manera efectiva a los dos generadores fundamentales de la exclusión del empleo: la falta de acceso al mismo y su falta de calidad”⁴⁶

III.2. La inserción social y la inserción laboral

Ser parte de la sociedad supone, por un lado, tener capacidad para influir y, por otro lado, disposición para participar en el entorno social. Constituye el disfrute de los derechos sociales y medios vitales

⁴⁵ En opinión de DE LA FUENTE LAVÍN, 2007, p. 138, “el incremento de la temporalidad” junto a otros factores, “supone una muestra del retroceso del empleo estándar en beneficio de los trabajos atípicos y del deterioro de la calidad del empleo en Europa”. El autor señala que “además, se ha asistido a la introducción de reformas en las políticas de empleo, que con el pretexto de su «activación», han conducido a definiciones a la baja del concepto de «empleo adecuado»”.

⁴⁶ JARAÍZ ARROYO y Otros, 2009, p. 130.

fundamentales. Éstos equivalen, en gran medida, al ejercicio del derecho de ciudadanía.

III.2.1. La inserción social

La inserción social hace referencia a la situación contraria a la exclusión social. Es decir, la inserción social significa gozar de todo aquello que convierte a la persona parte y miembro de la sociedad y que permite participar plenamente como ciudadano/a. Así, como expresan algunos autores⁴⁷, existe un “nuevo derecho de ciudadanía, incluso de la persona: el derecho a la inserción por lo económico”. A juicio de estos autores este derecho engloba instituciones jurídico-laborales pero debido a su carácter transversal ha de perseguirse en todas las políticas públicas (comercio, industria, servicios, etc.).

La plena inserción social requiere la participación de las personas en tres áreas básicas⁴⁸: 1) el mercado y la utilidad social aportada por cada persona como mecanismo de intercambio y de vinculación colectiva a la creación de valor, 2) la redistribución que llevan a cabo los poderes públicos mediante la imposición, la concesión de transferencias y la provisión de servicios públicos y 3) las relaciones de reciprocidad enmarcadas en los ámbitos de la familia y de redes sociales.

Considero de interés realizar un par de observaciones al concepto de inserción social. En primer lugar, como subrayan algunos autores⁴⁹, la inserción social se identifica de forma errónea con la inclusión laboral lo que da a entender “que el trabajo o los trabajos están disponibles y que el

⁴⁷ MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARTE (b), 2002, p. 1336.

⁴⁸ SUBIRATS HUMET, 2004, pp. 15 y 16.

⁴⁹ DE LA CAL BARREDO y DE LA FUENTE LAVÍN, 2010, p. 62.

problema está en los beneficiarios de las prestaciones, en su falta de formación o en su falta de disponibilidad para trabajar (...)"'. En segundo lugar, el concepto de inserción social se utiliza en muchos casos como sinónimo del de integración social. No obstante, a juicio de los autores aludidos, el concepto de inclusión se usa de una manera más restringida para hacer referencia a grupos de personas o individuos mientras que la integración se refiere "a contextos y niveles macro". Dicho de otra manera, las políticas de integración buscan la igualdad social a través de políticas, entre otras, redistributivas o de garantía de ingresos mientras que las de inclusión se orientan a incluir tanto en el mercado laboral como en los sistemas de protección a aquellas personas en situación o riesgo de exclusión social⁵⁰. En definitiva, el concepto que rige en la elaboración de las políticas sociales sería el de inclusión lo que deriva en políticas de alcance limitado y reducidas al ámbito laboral.

Como sucedía con la exclusión social, también el concepto de inserción social se divide en varios ámbitos, entre ellos, el laboral. Además, como manifiestan varios autores, "la empleabilidad y el acceso a un trabajo digno para las personas y grupos en riesgo o en situación de exclusión social conforman dos vectores primordiales para hacer frente a su vulnerabilidad"⁵¹.

III.2.2. La inserción laboral

En líneas anteriores se han expuesto los factores de exclusión laboral. En consonancia con los mismos pueden mencionarse entre los

⁵⁰ RODRÍGUEZ CABRERO, 2011, pp. 255 y 256.

⁵¹ CARDONA RUBERT y Otros, 2008. p. 15.

factores de inserción laboral los siguientes: el empleo fijo o estable, la empleabilidad razonable, la experiencia laboral, la cualificación laboral y la formación continua.

Se entiende que las personas están laboralmente activas cuando gozan de empleo regular remunerado o cuando están en programas de participación en el mercado laboral. Por ende, se consideran inactivas aquellas personas que se sitúan fuera del empleo regular y de la "búsqueda activa de empleo"⁵². Como subrayan varios autores, estas personas pueden conseguir incorporarse al empleo "gracias al sostén que proporcionan los poderes públicos mediante diferentes técnicas, obligados a ello como lo están en España por el expreso reconocimiento a quienes disponen de esa nacionalidad de un derecho al trabajo (artículo 35.1 de la Constitución Española), y que tiene mayor intensidad si cabe para dichos colectivos debido a la consagración de nuestro modelo de convivencia como un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 de nuestra Carta Magna) y a la fuerza que despliega la cláusula obligatoria prevista en su propio artículo 9.2"⁵³.

La inserción laboral abarca el conjunto de acciones dirigidas al acceso de un puesto de trabajo así como a su mantenimiento. Coincido con aquellos que opinan que el empleo es "la mejor protección contra la exclusión social"⁵⁴, siempre que sea de un mínimo de calidad, en particular mediante la estabilidad y un salario adecuado. Eso sí, ha de tenerse en cuenta que el empleo no garantiza del todo la inclusión ya que "no se

⁵² Es de destacar el reforzamiento que hoy día se viene operando de la exigencia de la "búsqueda activa de empleo", tanto para las prestaciones de desempleo como para las Rentas Mínimas de Ingresos (RMI) –Renta de Garantía de Ingresos (RGI) en la CAPV-.

⁵³ CARDONA RUBERT y Otros, 2008, pp. 12 y 13.

⁵⁴ SEMPERE NAVARRO, 2005, p. 185.

puede obviar la importancia de las políticas de protección social y servicios sociales en el ámbito de la lucha contra la exclusión social, en la línea marcada por las políticas sociales comunitarias, donde la lucha contra la exclusión se ha desgajado de las políticas de empleo para incluirse en las de protección social”⁵⁵.

CAPÍTULO IV:

Situación de la exclusión social y laboral en los ámbitos internacional, comunitario y estatal: algunos datos significativos

Como se viene manifestando⁵⁶ “el actual escenario de crisis ha aumentado la preocupación sobre la pobreza y exclusión social ante la posibilidad de que el elevado porcentaje de población que vive en esta situación pueda aumentar como consecuencia del incremento del desempleo, especialmente fuerte en algunos países”. Es más, “todo ello, además, en un momento de austeridad del gasto público y de las políticas sociales”.

La necesidad de nuevos mecanismos que ayuden a la inserción laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social se encuentra, entre otros motivos, en el gran número de personas que padecen dicha realidad. En la medida en que en este trabajo se ofrecen las posibilidades que a tal fin puede proporcionar la contratación del sector

⁵⁵ MONEREO PÉREZ y Otros, 2011, p. 404.

⁵⁶ CAUCES 17, Cuadernos del CES, Verano 2011, “Pobreza, desigualdad social y crisis económica”, p. 36.

público se atienden algunos de los datos más reveladores de los ámbitos internacional, comunitario y estatal.

IV.1. Situación de la exclusión social y laboral en el ámbito internacional

El *Informe sobre el trabajo en el mundo 2010: ¿De una crisis a la siguiente?*⁵⁷, de la Organización Internacional de Trabajo, subraya que la prolongada “recesión del mercado laboral” empeora la perspectiva social en varios países. A pesar de que en Asia y en América Latina se apreciaban indicios de una recuperación del empleo, el informe señala que “han aparecido nuevos nubarrones en el horizonte del empleo, y las previsiones han empeorado de manera sustancial”. En las economías desarrolladas, se esperaba que el empleo recuperase los niveles anteriores a la crisis en 2015 y no en 2013 como se preveía en el *Informe sobre el trabajo en el mundo* del año 2009. En los países emergentes y en desarrollo se pronosticaba que se rescatarían esos niveles en el 2010. No obstante, según la Organización Internacional de Trabajo era necesario crear en el 2010 más de 8 millones de puestos de trabajo para que la población activa de estos países estuviera plenamente ocupada. En los 35 países estudiados, casi el 40 % de los que buscaban trabajo llevaban desempleados más de un año. El informe destaca que “como el mercado de trabajo lleva tanto tiempo en recesión, muchos desempleados se desaniman y se excluyen de él por completo”. Frente a tal situación en el informe se considera necesario hacer más hincapié en las políticas dirigidas la creación de puestos de trabajo con el objetivo de reducir el

⁵⁷ El informe puede consultarse en:

http://www.ilo.org/public/english/bureau/inst/research/summary_s.pdf

riesgo de que el desempleo de larga duración y el trabajo informal sigan aumentando. Entre otras, se estiman especialmente apropiadas las medidas específicamente dirigidas a los grupos más vulnerables. Las políticas aludidas tendrían a largo plazo un efecto positivo sobre la participación en el mercado laboral y la calidad del empleo.

Según los datos expuestos en el informe, la pérdida de puestos de trabajo desde el comienzo de la crisis en los 68 países estudiados ha aumentado de forma considerable. Así, en los países desarrollados se perdieron el 61,4% de los puestos de trabajo (18 millones de puestos de trabajo); en África el 5,3% (1,6 millones de puestos de trabajo); en Asia y el Pacífico el 6,7% (2 millones de puestos de trabajo), en Europa central y oriental y antiguas repúblicas soviéticas el 16% (4,7 millones de puestos de trabajo) y en América Latina y el Caribe el 10,6% (3,1 millones de puestos de trabajo). En definitiva, en los 68 países se han perdido un total de 29,4 millones de puestos de trabajo. Aunque los datos enunciados hagan referencia al año 2010 no parece que los relativos al 2011 vayan a ser mejores. Es más, todo indica, sobre todo por la magnitud que en el 2011 ha adquirido la crisis económica a nivel mundial, que los datos sean todavía más negativos.

Por ello, resulta aún más urgente implementar las recomendaciones realizadas en la Conferencia conjunta de la Organización Internacional del Trabajo y el Fondo Monetario Internacional (FMI)⁵⁸ sobre los desafíos del crecimiento, el empleo y la cohesión social. En dicha Conferencia se situó la creación de empleo en el centro de la recuperación económica y se

⁵⁸ Celebrada el 13 de septiembre de 2010 en Oslo. A pesar de ser una Conferencia conjunta, ha de subrayarse que el FMI se caracteriza habitualmente por sus exigencias de políticas de ajuste que van en contra de lo que se propone en esa conferencia.

formuló el empleo pleno como un objetivo macroeconómico clave al igual que lo son la baja inflación y las políticas fiscales sostenibles.

IV.2. Situación de la exclusión social y laboral en el ámbito comunitario

En 2008, más de 80 millones de personas vivieron en la Unión Europea por debajo del umbral de la pobreza. Más de la mitad de esas personas eran mujeres y 20 millones niños. Además, la crisis ha afectado en mayor medida a aquellas personas más vulnerables. Es de destacar que el desempleo ha aumentado sobre todo entre las personas jóvenes, inmigrantes o poco cualificadas. Estas personas dependen normalmente de trabajos temporales y con salarios bajos. En el año aludido, uno de cada cinco jóvenes activos estaba en paro y las personas poco cualificadas sufrieron un aumento del desempleo que duplicaba el de las personas altamente cualificadas. En lo que respecta a los conocidos como "trabajadores pobres" representaban el 8 % de la población trabajadora. El riesgo de pobreza aumentó considerablemente para las personas en paro, pasando del 39 % en 2005 al 44 % en 2008. Por otro lado, más del 9 % de la población europea en edad de trabajar vivía en hogares en los que no trabajaba ningún miembro. Se constata que el desempleo es la principal causa de pobreza en la población en edad de trabajar: el riesgo de pobreza para las personas en paro es más de cinco veces superior que para las que tienen trabajo (el 44 % frente al 8 %). Así, puede decirse que la pobreza y el desempleo están estrechamente vinculados. A pesar de ello, los salarios bajos, la escasa capacitación y el empleo precario pueden llevar de manera similar a una situación de pobreza. En este sentido, desde el año 2000 ha aumentado el número de personas que padecen esta

“pobreza con empleo”. Ello se ha debido, sobre todo, al incremento del trabajo temporal y a tiempo parcial⁵⁹. En 2009, las personas en riesgo de pobreza y exclusión social pasaron a ser 115 millones (de los 80 millones de 2008), es decir, el 23,1% de la población de los Veintisiete.

A todo ello se le suma hoy día una nueva cuestión: sectores de la sociedad que anteriormente figuraban entre la clase media, o media-baja, son hoy *nuevos pobres*⁶⁰.

IV.3. Situación de la exclusión social y laboral en el ámbito estatal

En el 2011, el 21,8% de la población residente en el Estado español estaba por debajo del umbral de riesgo de pobreza. En 2010 este porcentaje se situó en el 20,7%⁶¹. Las cifras de 2009 y 2010 muestran un

⁵⁹ Todos los datos sobre la UE se han obtenido de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social. Un marco europeo para la cohesión social y territorial*, Luxemburgo, 2011, accesible en:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=961&langId=es&pubId=6028&type=2&furtherPubs=yes>

⁶⁰ Expresión recogida en la noticia “La pobreza atrapa a la clase media europea”, publicada en el periódico *El País* el 30 de enero de 2012 y accesible en:

http://internacional.elpais.com/internacional/2012/01/29/actualidad/1327865151_521750.html

Según la noticia en cuestión resulta innegable que “tras casi tres lustros de vacas gordas y *nuevos ricos*, la crisis ha laminado un segmento de la población que, hasta 2007, tenía sus necesidades básicas cubiertas”.

⁶¹ Encuesta de Condiciones de Vida, Año 2001, *Datos provisionales*, INE, 20 de octubre de 2011. Ha de subrayarse que hoy por hoy se carece de datos exclusivamente referidos a la exclusión social.

preocupante aumento de más de un millón de personas en riesgo de pobreza y exclusión (10.665.615 para el 2009, 11.666.827 para el 2010)⁶². En lo que respecta a la ocupación pueden subrayarse como datos más significativos los siguientes⁶³: a) en el 2011 la ocupación registró un descenso de 348.700 personas, hasta un total de 17.807.500: la tasa interanual de variación del empleo fue del -3,26%; b) la población activa bajó en 53.400 personas, el número de parados aumentó en 295.300 personas y alcanzó la cifra de 5.273.600; c) la tasa de paro se incrementó en 1,33 puntos, alcanzando el 22,85%, mientras que la tasa de actividad permaneció por encima del 59,94%; d) por sexo, tanto la bajada de la ocupación como el aumento del paro fue más acusado en los varones que en las mujeres; e) el total de personas asalariadas con contrato indefinido bajó en 104.200, mientras que el de asalariadas con contrato temporal lo hace en 246.000; f) el número de hogares con todos sus miembros activos en paro aumentó en 149.800 en el cuarto trimestre de 2011 y se situó en 1.575.000; g) por comunidades autónomas, la tasa de paro osciló entre el 12,65% del País Vasco y el 31,23% de Andalucía y registró los mayores aumentos en Islas Baleares, Cataluña y Comunidad de Madrid.

De todos los datos, a mi parecer, destacan dos. En primer lugar, que el 21,8% de las personas residentes en el Estado español se encuentran por debajo del umbral de riesgo de pobreza y, en segundo lugar, que el paro aumentó a finales del 2011 en 295.300 personas y se situó en 5.273.600.

⁶² Datos obtenidos del documento *Impactos de la crisis, Seguimiento del indicador de riesgo de pobreza y exclusión social en España 2009-2010*, EAPN (Red de lucha contra la pobreza y la exclusión social) Madrid, p. 2.

⁶³ Encuesta de Población Activa (EPA), Cuarto Trimestre de 2011, INE, 27 de enero de 2012.

Si los datos expuestos son ya signo de alarma y preocupación, la situación social todavía puede agravarse más según las previsiones de la Comisión Europea respecto a España. Las expectativas vaticinan que en el 2012 el paro crecerá significativamente con respecto al año 2010. Prueba de ello ha sido el año 2011 que cerró con una destrucción de empleos mayor que en 2010. En definitiva, Bruselas prevé para el año 2012 otro crecimiento del desempleo⁶⁴. Según un reciente informe de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)⁶⁵ es previsible que el desempleo aumente hasta un porcentaje de casi el 23% en media anual en el año 2012 y que se mantengan tasas superiores al 20% hasta el 2015. Además, ese elevadísimo porcentaje de desempleo va a venir acompañado de una reducción de la cobertura de las prestaciones debido al agotamiento del cobro temporal de las prestaciones contributivas y asistenciales de desempleo, siendo previsible que la presión hacia el recorte del déficit público conduzca a que no se mantengan las prestaciones coyunturales de los años 2009, 2010 y 2011⁶⁶.

⁶⁴ Datos obtenidos del último Informe de perspectivas económicas de la Comisión Europea.

⁶⁵ Informe semestral Perspectivas Económicas de la OCDE, de 28 de noviembre de 2011. Un resumen en:

http://www.elpais.com/articulo/economia/paro/volvera/subir/fuerza/Espana/2012/OCDE/elpepueco/20111128elpepueco_5/Tes

⁶⁶ Tal como reconoció el nuevo Presidente del Gobierno Español en entrevista en el periódico *El País* el 16 de Noviembre de 2011. La entrevista puede consultarse en:

http://politica.elpais.com/politica/2011/11/16/actualidad/1321476670_720434.html.

Las prestaciones coyunturales aludidas se reconocieron el 12 de noviembre de 2009 mediante la convalidación definitiva en el BOE del Real Decreto Ley por el que se establecía el Programa Temporal de Protección por Desempleo e Inserción (PRODI).

CAPÍTULO V:

La inclusión laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social en los ámbitos comunitario y estatal

V.1. La inclusión laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión laboral en el ámbito de la Unión Europea

En las próximas líneas se exponen las políticas y actividades más significativas en la actualidad⁶⁷ de la Unión Europea en materia de inclusión laboral⁶⁸.

La Unión Europea y los países miembros comparten competencias y responsabilidades en materia de empleo, asuntos sociales e inclusión. En este sentido, la Unión Europea coordina y supervisa la política de cada país e impulsa el intercambio de buenas prácticas en materia de empleo, pobreza y exclusión social.

El Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Solidaridad Social, PROGRES (2007-2013) busca apoyar el desarrollo de políticas de empleo y sociales efectivas e innovadoras en toda la Unión Europea. Entre

⁶⁷ Puede consultarse información acerca de las políticas y actividades previas a las mencionadas en este trabajo en Estivill, Jordi; *Panorama de la lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias*; Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 25 a 30.

⁶⁸ La información recogida en este apartado se ha obtenido de:

http://europa.eu/pol/socio/index_es.htm

los cinco ámbitos protegidos por este Programa se encuentran el empleo y la protección e integración social. PROGRESS financia los esfuerzos de los Estados miembros dirigidos a construir una sociedad más cohesionada y fomenta la implicación de las partes interesadas en la elaboración de políticas. Mientras el Fondo Social Europeo favorece proyectos concretos a nivel local y nacional (sobre todo en las regiones económicamente menos desarrolladas), PROGRESS apoya proyectos de políticas en toda la Unión Europea. El Programa se estructura en objetivos a corto, medio y largo plazo. A largo plazo busca contribuir en la consecución de los fines establecidos en la Estrategia Europa 2020, la cual, como posteriormente se observará, marca importantes retos en materia de inserción laboral. Entre los objetivos a medio plazo alienta la aplicación efectiva de, entre otras, la legislación laboral, lo que resulta llamativo. A corto plazo pretende el intercambio de información y aprendizaje así como un debate participativo y de gran calidad en materia de integración social. Para ese debate se celebra anualmente la Mesa redonda europea sobre pobreza y exclusión social. En 2010 el tema central del debate fue la recomendación de la Comisión sobre la inclusión activa. Se augura que el Programa se extienda más allá del período inicialmente establecido para asistir los objetivos de la Estrategia Europa 2020⁶⁹.

De acuerdo con la Estrategia Europa 2020⁷⁰, la Estrategia Europea de Empleo persigue crear más y mejores empleos⁷¹ en todo el ámbito de

⁶⁹ Véase PROGRESS en acción: El Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Solidaridad Social 2007-2013, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, Manuscrito terminado en agosto de 2011.

⁷⁰ Para conocer lo que está realizando la UE en aras a conseguir los objetivos establecidos en dicha Estrategia puede consultarse la *Guía de la Europa Social*, Volumen I, *Política de Empleo*; Comisión Europea, 2011.

la Unión Europea. Interesan, sobre todo, dos de los objetivos que establece la Estrategia de Empleo: a) alcanzar el 75% de la tasa de empleo de edades comprendidas entre 20 y 64 años y b) reducir al menos en 20 millones el número de personas en situación o riesgo de pobreza y exclusión social. Entre las iniciativas encaminadas a la consecución de tales fines se encuentra la "Agenda de nuevas cualificaciones y empleos". Esta iniciativa arrancó en 2010 y contempla acciones en aras a mejorar la calidad del empleo, las condiciones laborales así como las condiciones para la creación de empleo.

La Estrategia Europea de Empleo acoge el "método abierto de coordinación". Mediante este método los países de la Unión Europea comparten información y debaten y coordinan sus políticas de empleo. Se fijan objetivos e indicadores comunes que permiten cuantificar los avances realizados⁷². Así, algunos autores⁷³ advierten que la política de la Unión Europea en materia de empleo se trata de una política de "media intensidad". Es decir, esta política se construye sobre métodos flexibles o blandos de regulación. Por tanto, carece de la obligatoriedad que caracteriza a las normas imperativas.

Se observa que a través de la Estrategia Europea de Empleo se apuesta, sobre todo, por la política activa de empleo porque se cree que da buenos resultados. No obstante, según algunos autores⁷⁴, "al mismo

⁷¹ Ha de destacarse que la Estrategia Europa 2020 ya no habla de mejores empleos, al contrario de la Estrategia de Lisboa

⁷² Puede consultarse más información sobre el "método de coordinación abierta" en: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/open_method_coordination_es.htm

⁷³ LANDA ZAPIRAIN, 1999, p. 812.

⁷⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ, 2011, p. 52.

tiempo, y paradójicamente, se reconocen los fuertes límites que ha encontrado la Estrategia Europea de Empleo para producir resultados positivos (reducción adecuada de las tasas de paro)". Además, en su opinión, que comparto, en vez "de proponer medidas alternativas, se apuesta por seguir en la misma ruta, pero aumentando la velocidad" y priorizando el mercado de trabajo sobre la función protectora del Estado de Bienestar. En esta línea, varios autores⁷⁵ subrayan que la política de empleo se configura como "una competencia más al servicio de los objetivos de la Unión Europea". A su parecer, se trata de una competencia de la Unión Europea "con enormes dosis de cautela y prudencia" y, por tanto, "con notables elementos de flexibilidad y ausencia de imposición a los Estados miembros". Todo ello, en "contraposición con lo que se vislumbra en el campo de la política económica y monetaria".

En cambio, a juicio de otra postura doctrinal, la política de empleo de la Unión Europea debe ser valorada como opción de "*public policy* que trata de evitar los caminos de la de desregulación y las inviables recetas socialdemócratas tradicionales, apostando por nuevos bienes y servicios generadores de empleo, tratando de afrontar la precariedad del empleo en Europa (...) y tratando de evitar la exclusión de determinados colectivos con dificultades de inserción o promoción laboral"⁷⁶.

La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social se constituyó en el año 2010 y forma parte de la Estrategia Europa 2020. Entre sus acciones se sitúan las siguientes⁷⁷: a) mejorar el acceso al trabajo,

⁷⁵ CRUZ VILLALÓN y PÉREZ DEL RIO, 2000, p. 27.

⁷⁶ NAVARRO NIETO, 2000, p. 61.

⁷⁷ Pueden consultarse las demás acciones así como información sobre la Plataforma aludida en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=961&langId=es>

los servicios básicos (asistencia sanitaria, vivienda, etc.) y b) utilizar mejor los fondos de la Unión Europea para apoyar la inclusión social y combatir la discriminación.

En definitiva, la Unión Europea pretende apoyar y coordinar la actuación de los países miembros para luchar contra la pobreza y la exclusión social y determinar las políticas más eficaces en los ámbitos de la pobreza y exclusión social. En esa línea, la Comisión Europea financia diferentes estudios y análisis sobre pobreza y exclusión social. A fin de realizar un seguimiento de la actuación de los Estados miembros en esta materia, la Comisión Europea publica informes sobre la situación social de la Unión Europea en los que se puede constatar la envergadura de la pobreza y la exclusión social en la misma⁷⁸.

Merece una especial mención la Recomendación de la Comisión sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral⁷⁹. La Comisión Europea recomienda a los países miembros que adopten medidas para fomentar los siguientes principios comunes: a) abordar *las necesidades de la gente excluida del mercado laboral a fin de facilitar su reintegración progresiva en la sociedad y en el mercado laboral y aumentar sus posibilidades de encontrar empleo* y b) tomar las medidas necesarias para promover unos mercados laborales inclusivos a fin de asegurarse de que el acceso al empleo sea una oportunidad abierta para todos⁸⁰.

Con motivo del Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2010, la Unión Europea reafirmó su compromiso en la

⁷⁸ Los informes pueden consultarse en: <http://ec.europa.eu/social/home.jsp?langId=en>

⁷⁹ Recomendación de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral; 2008/867/CE.

⁸⁰ Apt. 4º b) i) de la Recomendación.

lucha contra la pobreza y la exclusión social y recordó que se necesitan estrategias pluridimensionales de dimensión nacional, regional y local así como la participación de las autoridades públicas⁸¹.

Lo expuesto precedentemente refleja una postura, o más bien, apariencia, de la Unión Europea a favor de la inserción social y laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social. No obstante, muchas de las decisiones y actuaciones adoptadas por la Unión Europea evidencian que se está avanzando en sentido contrario. Así, por ejemplo, los efectos de las actuales políticas de recortes de las prestaciones sociales y de fomento de la flexibilidad laboral están produciendo y van a producir un aumento del desempleo en varios países y de la pobreza y la exclusión social en la generalidad de los mismos.

V.2. La inclusión laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social en el Estado español

España ha sufrido notoriamente en materia de empleo los efectos de la crisis internacional que comenzó en 2008. La tasa de paro llegó al 22,85% en el cuarto trimestre de 2011 (a finales de 2010 se situó en el 20,3%). Este dato resulta más significativo si se tiene en cuenta que la tasa se situaba en el 8,7% en el año 2007. Según el Gobierno español, las políticas económicas se han dirigido desde entonces a la reducción de tales desequilibrios así como a lograr una economía capaz de mejorar el bienestar de toda la ciudadanía. No obstante, a mi juicio, las políticas

⁸¹ Más información sobre el Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2010 en:
http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_inclusion_fight_against_poverty/em0005_es.htm

económicas así como sociolaborales adoptadas últimamente por el Gobierno español difícilmente contribuyen a la reducción de dichos desequilibrios y, mucho menos, a mejorar el bienestar de toda la ciudadanía. Parece complicado fomentar el empleo y la inserción laboral mediante la política de recortes sociales que se está desarrollando⁸².

El Programa Nacional de Reformas (PNR) 2011 y la Estrategia Española de Empleo 2012-2014⁸³ desarrolla la Estrategia Europa 2020 anteriormente aludida. Este Programa pretende lograr, entre otras cuestiones, una economía más integradora. El Programa define los objetivos nacionales a medio plazo y las medidas de política económica para su consecución. En lo que respecta a la pobreza e inclusión social⁸⁴ explica que la vulnerabilidad social ha aumentado considerablemente debido a la crisis económica. Consecuencias de esta crisis resultan, entre otras, la fuerte destrucción de empleo, el crecimiento del desempleo y el incremento de personas que viven por debajo del umbral de la pobreza. Ante tal situación el Estado español ha adoptado el compromiso de reducir entre 1.400.000 y 1.500.000 (en el período 2009-2019) el número de personas en riesgo de pobreza y exclusión social. Como obstáculos a la consecución de tales objetivos el Programa menciona, entre otros, los siguientes: a) la elevada incidencia del desempleo, el trabajo informal y la

⁸² Los recortes económicos que se están practicando en el Estado español tienen claros efectos en el mercado de trabajo. Entre tales efectos, se encuentra, por ejemplo, la devaluación de los salarios. Al parecer, El Banco Central Europeo (BCE) remitió en agosto una carta al Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero en la que, a cambio de reactivar su programa de compra de deuda española, exigía una serie de medidas de recortes presupuestarios y económicos que, en materia laboral, se traducían en las previamente aludidas.

⁸³ Aprobada por el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, y publicada en el BOE, nº 279, 19-11-2011.

⁸⁴ Véase el apt. IV.5 "Pobreza e Inclusión Social" del Programa mencionado.

precariedad laboral en personas con baja formación y en grupos de población con mayor riesgo de exclusión (inmigrantes, jóvenes, población gitana, personas con discapacidad y personas trabajadoras mayores), con especial incidencia en las mujeres y b) dificultades de empleabilidad y recualificación de personas desempleadas de larga duración y personas trabajadoras mayores, con especial repercusión en las mujeres. Frente a estos obstáculos adquieren una especial relevancia las medidas contempladas en aras a seguir avanzando en el logro de los retos asumidos. Así, se aboga por la aplicación conjunta de las medidas específicas de protección social, las medidas relativas al empleo y educación. Las primeras se dirigen a la población activa y las restantes a las posibilidades futuras de empleo e integración de niñas, niños y jóvenes en su etapa formativa. El Programa ordena que las medidas destinadas a la inclusión social formarán parte del Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2011-2013.

Cuando se escriben estas líneas se desconoce cuándo se aprobará el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2011-2013. En consecuencia el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2008-2010 constituye el marco actual de actuación de las políticas de lucha contra la pobreza y exclusión social. Este Plan, así como sus predecesores, se elabora en el marco de la Estrategia Europea de Protección e Inclusión Social.

El Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2008-2010 contempla varios objetivos, entre ellos: fomentar el acceso al empleo; garantizar recursos económicos mínimos; y apoyar la integración social de las personas inmigrantes y promover el empleo femenino. Aunque el Plan haya logrado ciertos efectos positivos, el impacto de la crisis económica ha acarreado que sobresalgan más los datos que evidencian un incremento

considerable de las personas en situación de vulnerabilidad social. Por ello, desde el inicio de la crisis el Gobierno español, en materia de empleo, estableció bonificaciones y reducciones en las cotizaciones sociales y reforzó la protección por desempleo, especialmente para aquellas personas que han agotado las prestaciones o subsidios.

En vista de que los datos relativos a la exclusión social seguían siendo negativos y que las medidas establecidas tanto para la inserción social como laboral seguían siendo insuficientes el Gobierno español decidió revisar y reforzar estas últimas de la mano del Plan Extraordinario de Fomento de la Inclusión Social y la Lucha contra la Pobreza en el año 2010⁸⁵. Este Plan pretende, sobre todo, reforzar una de las herramientas que considera más importantes para la inserción de la personas en exclusión social: El llamado tercer sector. Así, se opta por la Economía Social y especialmente, por las empresas de inserción, así como por un mayor compromiso del sector público como contratante de bienes y de servicios. Es más, dentro de una de las áreas concretas de las cuatro que pretenden reforzarse mediante este Plan se ubica la "introducción de criterios sociales en la contratación pública"⁸⁶. A tenor literal del Plan *la utilización de las cláusulas sociales en el sector público contribuye a la sostenibilidad económica de las políticas sociales; aumenta la rentabilidad social de la inversión pública al posibilitar la igualdad de oportunidades y el desarrollo de iniciativas de economía solidaria y favorece la corresponsabilidad de los agentes sociales que desarrollan este tipo de iniciativas como son las empresas de inserción sociolaboral, los centros especiales de empleo, asociaciones, fundaciones y cooperativas.*

⁸⁵ Madrid, 26 de febrero de 2010. Ha de señalarse que este Plan se enmarca en la celebración del Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social 2010.

⁸⁶ Véase el apt. 2. b) del Plan en cuestión.

No obstante, las medidas efectuadas tales como la congelación de las pensiones, el bajísimo aumento del Salario Mínimo Interprofesional en los años 2010 y 2011 y su congelación en el 2012 y las reformas aprobadas por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, tales como la duración mínima de un año del contrato para la formación y el aprendizaje así como la posibilidad de volver a celebrarlo para una actividad laboral distinta⁸⁷, unidas al aumento del desempleo y el final de las prestaciones para muchas personas desempleadas, van a dejar en letra muerta o casi los efectos de estos planes.

V.2.1. Delimitación de la política sociolaboral a favor de las personas en situación o riesgo de exclusión social

Se observa a continuación la función de inserción sociolaboral que ejercen las políticas de empleo. Asimismo, se realiza una delimitación de las políticas de empleo más utilizadas para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social y, finalmente, se expone la posibilidad de implementar a tal fin otro tipo de políticas y medidas: cláusulas sociales y mercados tutelados.

a) La inserción sociolaboral a través de las políticas de empleo

Según el artículo 1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo la política de empleo *es el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de*

⁸⁷ Art. 11. 2 del ET.

la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo.

Las políticas de empleo se dividen en dos categorías: las activas y las pasivas. A la hora de identificar la principal diferencia entre ambas puede servir la siguiente aclaración: "En el caso de las (Políticas Activas de Empleo), las autoridades públicas establecen medidas cuyo gasto se destina a favorecer el aumento de la ocupación a través de servicios de intermediación laboral, incentivos a la contratación y mejora de la formación de la población activa. Con ello, se trata de conseguir, tanto la reducción del colectivo de desempleados, como del tiempo de duración de búsqueda de empleo. En cambio, en las medidas pasivas, los recursos públicos se destinan a paliar la situación de los parados mediante transferencias de renta en forma de prestaciones y subsidios de desempleo durante un período limitado de tiempo o bien a financiar mediante pensiones el período de jubilación posterior a la salida definitiva del mercado laboral"⁸⁸.

El artículo 25 de la Ley 56/2003 de Empleo identifica y establece los ámbitos de las políticas activas de empleo. Éstas constituyen el conjunto de acciones y medidas dirigidas a cubrir, entre otras cuestiones, las oportunidades de empleo para colectivos con especiales dificultades. Así, se trata de *acciones y medidas de inserción laboral de colectivos que, de forma estructural o coyuntural, presentan especiales dificultades para el acceso y la permanencia en el empleo*. Entre esas personas con especiales dificultades para el acceso y la permanencia en el empleo se encuentran las personas en situación o riesgo de exclusión social. La Ley de Empleo

⁸⁸ PALACIO MORENA y ÁLVAREZ ALEDO, 2004, p. 185. Art. 23 Ley 56/2003, de Empleo y título III TRLGSS.

añade que se impulsará la contratación de este tipo de personas a través de las empresas de inserción⁸⁹.

La última reforma de las políticas de empleo de alcance estructural se ha realizado mediante la aprobación del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las Políticas Activas de Empleo. Este Real Decreto-ley quería constituir una profunda reforma del marco regulador de las políticas de empleo, es decir, de la ya aludida Ley 56/2003, de Empleo. La modificación perseguía tres objetivos concretos, entre ellos, el de aumentar las posibilidades de inserción de las personas desempleadas, especialmente jóvenes y parados de larga duración⁹⁰. Está por ver si mediante dicha reforma aumentan las posibilidades de inserción laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social. En todo caso, ha de destacarse que las políticas de empleo son sólo una de entre otras muchas medidas de inserción laboral. Es decir, estas políticas se dirigen a la consecución de la inserción laboral pero no son las únicas medidas diseñadas a tal fin. Comparto así la opinión que mantiene que una política de empleo efectiva "es solo un elemento más en el marco de una estrategia de políticas macroeconómicas adecuadas y de reformas estructurales necesarias para reducir el desempleo de forma significativa"⁹¹ así como para fomentar la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Tradicionalmente, las políticas de empleo se dedicaban casi exclusivamente a la protección "pasiva" del desempleo. Con el paso del

⁸⁹ Art. 25.1.f) de la Ley 56/2003.

⁹⁰ CAUCES 16, Cuadernos del CES, Primavera 2011, "Políticas activas de empleo: crónica de una reforma anunciada", pp. 41 y 42.

⁹¹ ALUJAS RUIZ, 2003, p. 316. El autor realiza la crítica aludida refiriéndose en especial a las políticas activas de empleo.

tiempo se ha procedido a incidir más en la activación de las personas desempleadas así como a estimular la contratación mediante bonificaciones en las cotizaciones sociales por la contratación de personas desempleadas en situación o riesgo de exclusión social⁹².

Las principales medidas usadas para lograr la inserción sociolaboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social son las políticas de empleo. Por lo tanto, una vez más se aboga por el empleo –la inclusión laboral– como el mecanismo primordial en la lucha contra la exclusión social. Por un lado, mediante las políticas de empleo pasivas dirigidas a las personas en situación de exclusión social (renta mínima, subsidio o salario social así como las prestaciones de desempleo⁹³, tanto las contributivas como las asistenciales) se garantiza a estas personas un mínimo de subsistencia⁹⁴. Por otro lado, a través de las políticas de empleo activas se apoya la inserción laboral en sentido estricto. Así, las políticas mencionadas en primer lugar aseguran unas condiciones de vida mínimas como base o posición previa para alcanzar y mantener la inserción laboral afianzada por las aludidas en segundo término. A juicio del Comité

⁹² Sobre la evolución y reformas que han sufrido las políticas de empleo véase CAUCES 16, Cuadernos del CES, Primavera 2011, “Políticas activas de empleo: crónica de una reforma anunciada”, p. 22.

⁹³ En el sentido de que suponen una compensación de la no realización del derecho al trabajo y, además las prestaciones aumentan la eficiencia del mercado laboral al no obligar al trabajador a tener que buscar empleos descalificadores para procurarse nuevos medios de vida”, CARDONA RUBERT, 2008. p. 224.

⁹⁴ No obstante, no todas las rentas mínimas pueden ser calificadas de políticas de empleo pasivas. En la CAPV, por ejemplo, una de las modalidades de RGI va destinada al complemento de pensiones; además, otra parte de las personas perceptoras, en situación de profunda exclusión, es difícilmente empleable. En este sentido, ha de recordarse que las prestaciones por desempleo (las contributivas, las asistenciales y la RAI) se incluyen en la Seguridad Social, mientras que las Rentas Mínimas forman parte de la asistencia social, competencia de las CCAA.

Económico y Social Europeo⁹⁵ “aunque disponer de una renta es condición necesaria para una vida independiente, no es necesariamente una condición suficiente” puesto que “sigue sin concederse la suficiente prioridad a la integración de estas personas en la vida laboral”. Además, no existe una relación automática entre el gasto en políticas de empleo pasivas y la reducción de las tasas de pobreza y exclusión social. La eficacia de estas políticas “dependerá de la intensidad de ese gasto, del modo en que se dirige a los colectivos con menores recursos y del acceso que éstos tienen”⁹⁶ a las mismas.

Por ello, ambas políticas deben aplicarse conjuntamente y de manera complementaria para la consolidación de un mismo fin, a saber, la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Aunque ambas políticas se complementen entre sí y hayan de aplicarse simultáneamente, ha de matizarse que “una política de empleo en la lógica del Estado Social tiene que otorgar preferencia a las políticas activas (entre otras cosas porque el artículo 40.1 CE impone a los poderes públicos orientar su política hacia el «pleno empleo»), porque sólo éstas, en verdad, son capaces de garantizar el empleo efectivo”⁹⁷. Las políticas de

⁹⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema Inclusión social (Dictamen exploratorio); Ponente: Brenda King; Bruselas, 4 de noviembre de 2009.

⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA (Dirs.), 2002, p. 271.

⁹⁷ MONEREO PÉREZ, 2011, p. 19. Comparte la misma idea, pero advirtiendo sobre sus posibles consecuencias negativas, DE LA FUENTE LAVÍN, 2001, p. 118. Este autor indica que “se ha desarrollado una orientación tendente a privilegiar las políticas «activas» partiendo de la idea de la conveniencia, por razones tanto económicas como sociales, de dedicar preferentemente los recursos a la inserción profesional de los parados más que al simple mantenimiento de sus ingresos”. Sin embargo, a juicio del autor, “de esa idea que en principio se podría compartir sin problemas, se han deducido consecuencias altamente discutibles: se ha presentado la reducción de la duración e intensidad de las prestaciones de desempleo como un elemento para «activar» a los parados; se han ampliado las causas de exclusión de las prestaciones...”. Así, “el resultado era

bonificaciones y subvenciones⁹⁸ generalizadas han mostrado grandes limitaciones en relación con su coste. Ello puede deberse al escaso y limitado control sobre la utilización y el verdadero destino de tales bonificaciones y subvenciones ya que una vez realizadas resulta muy complicado comprobar y garantizar que se destinan al fin para el que fueron concedidas.

Estas políticas de inserción se distinguen de las demás políticas de empleo en la medida en que engloban mecanismos aptos y estrictamente dirigidos a la inserción laboral de personas que se encuentran en una realidad concreta: en situación o riesgo de exclusión social.

Las personas en situación o riesgo de exclusión social son un “clásico” entre los colectivos con especiales dificultades⁹⁹ para acceder al empleo, merecedoras, por ello, de una política de empleo específica en forma de acción positiva¹⁰⁰. La Ley de Empleo establece los “colectivos

presionar a los desempleados para que acepten cualquier empleo disponible”. Según el autor, “otra alternativa, menos extendida sería considerar que prestaciones de duración e intensidad suficientes permiten que los parados dispongan de los medios y plazos adecuados para conseguir los empleos apropiados, especialmente en lo que se refiere a la correspondencia con sus cualificaciones”.

⁹⁸ Sobre el desarrollo de formas y mecanismos de empleo que incluyen elementos de subvención véase LÓPEZ ANDREU, LÓPEZ PEÑA y VERD PERICÁS, 2007, pp. 151 a 178.

⁹⁹ Sobre los artículos de la CE que pretenden desplegar “un cierto manto protector” sobre estos colectivos véase DEL REY GUANTER y GALA DURÁN, p. 1428 a 1465. Los autores aludidos, tras un análisis al respecto, concluyen que “en primer lugar, desde una perspectiva general, la protección dada por el texto constitucional (...) –a estos colectivos- sigue manteniendo plena actualidad, lo que no implica que no se hayan adoptado las correspondientes normas legales de desarrollo (...) sino que dicha protección sigue requiriéndose, ya sea por motivos estructurales (...) o por razones coyunturales (...)”.

¹⁰⁰ La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo dice así en su art. 19 octies: *El Gobierno y las Comunidades Autónomas adoptarán, de acuerdo con los preceptos constitucionales y*

prioritarios¹⁰¹ en dicho sentido, a saber, jóvenes, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con discapacidad e inmigrantes, donde explícitamente también menciona a las *personas en situación de exclusión social*. La situación de exclusión social se acreditará por la pertenencia a alguno de los siguientes colectivos¹⁰²: a) *perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas*; b) *personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas: 1) falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora y 2) haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido*; c) *jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores*; d) *personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social*; e) *internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, así como liberados condicionales y ex reclusos*; f) *menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación*

estatutarios, así como con los compromisos asumidos en el ámbito de la Unión Europea y en la Estrategia Española de Empleo, programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo.

¹⁰¹ En el art. 19 octies.

¹⁰² Disposición Adicional segunda de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos; g) personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla y h) personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla¹⁰³.

b) Las políticas de empleo más utilizadas para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social

En las próximas líneas se presentan las medidas cardinales de políticas de empleo pasivas y activas dirigidas a la inserción laboral de las personas aludidas¹⁰⁴: a) la Renta Activa de Inserción, b) las bonificaciones a la contratación de personas en situación de exclusión social y c) las Empresas de Inserción. Mediante la exposición de estas medidas se pretende ofrecer una visión breve y general de los instrumentos más utilizados actualmente en dicho sentido.

¹⁰³ Art. 2.1 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Para una visión más exhaustiva de la expresión “colectivos desfavorecidos” véanse MORALES ORTEGA, 2006, pp. 288 a 319 y ROJO TORRECILLA, 1998, pp. 425 a 457.

¹⁰⁴ A pesar de que la autora de este trabajo indique en este capítulo las políticas de empleo que a su parecer son las principales para la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social, ha de señalarse que existen opiniones que defienden la mayor idoneidad de otras medidas a tal fin. Por ejemplo, a juicio de DE LA FUENTE LAVÍN, 2001, pp. 112 y 135, la reducción del tiempo de trabajo “es el instrumento más adecuado de combate contra el desempleo y la pobreza y la exclusión que se derivan del mismo”. Es más, a su parecer “mientras no se aplique una reducción generalizada e importante del tiempo de trabajo que al permitir la creación masiva de empleo suponga la erradicación de los núcleos esenciales de la exclusión social, se debe proceder a una elevación generalizada de las prestaciones sociales, tales como las rentas mínimas de inserción, que garanticen el derecho a una vida digna”.

i) Renta Activa de Inserción

La "Renta Activa de Inserción" persigue acrecentar las oportunidades de retorno o inserción al empleo de personas desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultad para buscar empleo. En este sentido, aunque la Renta Activa de Inserción no se constituye como una medida específica para la lucha contra la exclusión social, es una prestación económica con un objetivo claro y determinado: la inserción laboral. Por ello, algunos autores subrayan "la conjunción del doble derecho a la renta y a la inserción socio-profesional dentro de una misma categoría jurídica (...) instrumentada a través de programas de actuación caracterizados por un mayor contenido pro-activo o de activación del empleo"¹⁰⁵

Como se decía precedentemente, la Unión Europea aboga por una política eficaz de empleo que combine los ingresos económicos con unas medidas adecuadas de inserción laboral. De ello surge su postura a favor del establecimiento de una renta mínima de ingresos.

En lo que respecta al Estado español, hoy día existe el Programa de Renta Activa de Inserción¹⁰⁶. El objetivo de este Programa es incrementar las oportunidades de retorno al mercado laboral de las personas desempleadas con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. Incorpora políticas activas de empleo (gestionadas por

¹⁰⁵ MONEREO PÉREZ, 2003, p. 70. Según MOLINA NAVARRETE y VALLECILLO GÁMEZ, 2005, p. 11, la medida en cuestión "no es ni una prestación contributiva ni una modalidad más del subsidio por desempleo, no obstante sus indudables conexiones, sino un ámbito diferente, un tercer nivel, fundamentado en la primacía de la «inserción ocupacional»".

¹⁰⁶ Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

los servicios públicos autonómicos de empleo con la finalidad de incrementar las oportunidades de retorno al empleo) y, en su caso, una ayuda económica gestionada por el Servicio Público de Empleo Estatal, la mencionada Renta Activa de Inserción.

Pueden ser beneficiarias de este programa las personas trabajadoras desempleadas menores de 65 años que reúnan los siguientes requisitos: a) tener cumplida la edad de 45 años, b) ser demandante de empleo inscrita ininterrumpidamente en la Oficina de Empleo durante doce o más meses, c) no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo o a la renta agraria, d) carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. A su vez, también pueden ser beneficiarias las personas desempleadas que reúnan los siguientes requisitos: a) cuando tenga una discapacidad reconocida en grado igual o superior al 33 por 100 o tenga reconocida una incapacidad que suponga una disminución de su capacidad laboral del porcentaje anteriormente indicado y cumpla todos los requisitos anteriores, excepto el de ser mayor de 45 años, b) cuando sea una emigrante que, habiendo retornado del extranjero en los doce meses anteriores a la solicitud, hubiera trabajado como mínimo seis meses en el extranjero desde su última salida de España, esté inscrita como demandante de empleo y cumpla todos los requisitos anteriores excepto el de haber permanecido inscrita durante doce o más meses y c) tener acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica, salvo cuando conviva con el agresor, y estar inscrita como demandante de empleo.

Entre las obligaciones de las personas que se incorporen al Programa se encuentran las siguientes: a) suscribir un compromiso de

actividad en virtud del cual realizarán las distintas actuaciones que se acuerden con los Servicios Públicos de Empleo o, en su caso, entidades que colaboren con los mismos, en el plan personal de inserción, b) participar en los programas de empleo o en acciones de inserción, promoción, formación o reconversión profesionales, o en aquellas otras de mejora de la ocupabilidad, c) aceptar la colocación adecuada que les sea ofrecida, d) comunicar las causas de baja, pérdida de requisitos o incompatibilidades en el momento en que se produzcan esas situaciones y e) buscar activamente empleo.

En lo que respecta al desarrollo del Programa se realizan las siguientes acciones: a) tutoría individualizada, b) itinerario de inserción laboral, c) entrevista profesional por el tutor para definir su perfil profesional, d) elaboración de un plan personal de inserción laboral, e) determinación de un calendario y actividades a desarrollar, f) gestión de ofertas de colocación, g) incorporación a planes de empleo y/o formación y h) incorporación a acciones de voluntariado.

Las personas beneficiarias, tras ser admitidas y mientras permanezcan en el Programa, recibirán la ayuda económica denominada "Renta Activa de Inserción". La cuantía de la renta será igual al 80 por 100 del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento¹⁰⁷. En el año 2011 fue de 426 euros/mes. La duración máxima de la percepción de la renta es de once meses y el pago se realiza por mensualidades de treinta días¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Art. 4 del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

¹⁰⁸ Toda la información recogida y más en:

http://www.mtin.es/es/guia/texto/guia_9/contenidos/guia_9_23_4.htm

Por otra parte, la Ley 14/2009, de 11 de noviembre, por la que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción¹⁰⁹. Mediante esta Ley se establece que, dentro de un ámbito temporal limitado y a través del Programa de referencia, se amplíe la protección por desempleo a las personas trabajadoras que han agotado las prestaciones y subsidios previos y se encuentran en situación de necesidad por carecer de otras rentas. Además, el Programa en cuestión pretende ir más allá, por lo que aplica medidas dirigidas a fomentar la capacidad de inserción laboral de los colectivos afectados. Así, en aras a alcanzar objetivos de reinserción laboral junto a los de protección social, prevé la participación de estas personas en un itinerario activo de inserción para el empleo¹¹⁰. Esta Ley regula una prestación por desempleo extraordinaria que podrá percibirse por los menores de 65 años que hayan extinguido por agotamiento la prestación o subsidio por desempleo que contempla el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que carezcan de rentas propias y en cómputo familiar superior al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional y se comprometan a realizar las distintas actuaciones que se determinen por el Servicio Público de Empleo correspondiente en el itinerario activo de inserción laboral¹¹¹.

Muchas instituciones europeas e internacionales han recomendado la adopción de medidas como la Renta Activa de Inserción. Entre otras, la Organización Internacional del Trabajo situaba la garantía de un ingreso mínimo para todas las personas como el objetivo primordial de la política

¹⁰⁹ Este programa ha sido prorrogado por el Real Decreto-ley 12/2010, de 20 de agosto; el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero y por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto.

¹¹⁰ Apt. I del Preámbulo de la Ley aludida.

¹¹¹ Apt. I y arts. 2,3 y 4 de la Ley mencionada.

de Seguridad Social a lograr antes del año 2009. Como subrayan algunos autores¹¹² “la constatación de que en todos los países occidentales, pese a tener un cuerpo de normas de protección social altamente elaboradas, no se ha logrado frenar el desarrollo de importantísimos focos de pobreza y de exclusión social (...) ha vuelto a poner sobre el tapete el tema de la necesidad de garantizar una renta mínima, un mínimo social para todos”. A su juicio ha resurgido así “el interés por una vieja propuesta como la Renta Mínima Garantizada y por la urgencia de actualizar y redefinir sus principios fundamentales”.

No se analizan en este lugar las diferentes rentas de inserción de cada Comunidad Autónoma por motivos de extensión. No obstante, sí procede señalar sus características generales¹¹³: constituyen “la última generación de rentas mínimas” y “la última red de protección social”, se dirigen a personas entre 25 y 64¹¹⁴ años en situación de pobreza grave y con problemas de inserción social y/o laboral, su acceso requiere cumplir condiciones de carácter rígido, su intensidad protectora es baja y sus actividades o programas de inserción son muy variados. La renta mínima de inserción sólo se configura como un derecho en cuatro Comunidades Autónomas: País Vasco, Navarra, Madrid y Cataluña. En la mayoría de las Comunidades Autónomas estas rentas se presentan como prestaciones. Son pocas las Comunidades Autónomas en las que se configuran como ayudas o subvenciones¹¹⁵. La misma prestación –renta de

¹¹² OLMEDA FREIRE, 1997, p. 36.

¹¹³ Véase RODRÍGUEZ CABRERO, G., *Valoración de los programas de rentas mínimas en España*, informe realizado en el marco de la “EU network of independent experts on social inclusion”, octubre 2009, p. 9.

¹¹⁴ No siempre, en la CAPV se dirige a personas entre 23 y pensionistas mayores de 65 años.

¹¹⁵ Entre ellas Andalucía y Castilla y León.

inserción- recibe una denominación diferente en las Comunidades Autónomas. A pesar de la manera en la que se llame a esta prestación, y salvo los rasgos distintivos existentes entre ellas, coinciden en un mismo hecho: constituyen una prestación económica de apoyo a la integración social¹¹⁶.

Como ya se hacía anteriormente, ha de incidirse sobre la experiencia pionera de la Comunidad Autónoma del País Vasco¹¹⁷ en esta materia, así como las intensas restricciones a las que se ha visto sometida últimamente¹¹⁸.

¹¹⁶ Sobre las diversas denominaciones, los rasgos distintivos y el mismo objetivo compartido por las mismas véase ESTÉVEZ GÓNZALEZ, 1998, pp. 63 a 84.

¹¹⁷ Hoy día conocida como la RGI (Renta de Garantía de Ingresos).

¹¹⁸ Restricciones operadas mediante la reforma aprobada por el Parlamento Vasco el 24 de noviembre de 2011 de la Ley para la Garantía de Ingresos y la Inclusión Social. Esta Ley engloba las tres ayudas sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la que en su día fue la más progresista de todo el Estado Español. La sacaron adelante PSE y PP en solitario, con la abstención del PNV (Partido Nacionalista Vasco) y UPyD (Unión Progreso y Democracia), y con los votos en contra de Aralar, EA (Eusko Alkartasuna) y EB (Ezker Batua). La reforma constituye, sobre todo, el endurecimiento del acceso a las dos principales ayudas, la Renta de Garantía de Ingresos (RGI) y el complemento de vivienda. Tal endurecimiento se ha concretado, entre otras, en las siguientes novedades: las personas que no estén trabajando ni estén en programas de formación deberán colaborar en trabajos de carácter social cuando sean requeridas; deben acreditar su compromiso para ser activas en la búsqueda de trabajo y presentar una vida laboral con al menos cinco años trabajados en el Estado; se les exigirá que lleven entre uno y tres años empadronados en la CAPV (frente a la anterior exigencia de un año de empadronamiento, lo que especialmente va a restringir el acceso a la prestación a las personas inmigrantes) y se les retirará la prestación a aquellos titulares que rechacen una oferta adecuada de trabajo y acorde a sus posibilidades. La modificación ha sido ampliamente criticada por colectivos sociales y sindicatos.

ii) Bonificaciones a la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social

En el Estado español se incentiva económicamente la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social a través de las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. Así, el Programa de Fomento de Empleo regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, introduce una batería de incentivos a empresas y entidades sin ánimo de lucro que realicen contratos con personas desempleadas en situación de exclusión social.

Las bonificaciones en cuestión buscan fomentar la contratación indefinida o temporal de determinadas personas trabajadoras en situación de desempleo, entre ellas, las que se encuentran en situación de exclusión social.

Los requisitos son que las personas desempleadas se encuentren inscritas en las Oficinas de Empleo como desempleadas y estar en situación de exclusión social acreditada por los órganos competentes.

Se bonifica la contratación por tiempo indefinido. También se bonifica con carácter extraordinario la contratación de duración determinada cuando se trate de personas desempleadas en situación de exclusión social. La jornada puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial.

Entre los requisitos que han de cumplir las empresas se encuentran las siguientes: a) hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes y b) no haber sido excluidas del acceso a los beneficios

derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas¹¹⁹.

El sistema de bonificaciones ha gozado de una eficacia muy limitada y ha evidenciado muchas debilidades¹²⁰. Por ello, ha sido objeto de modificaciones y reformas. Así, las bonificaciones se han concentrado en colectivos concretos con especiales necesidades de empleabilidad, entre ellas, las personas en situación o riesgo de exclusión social¹²¹. En esta línea, el artículo 4.5 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado, establece una bonificación de hasta 3.600 euros a la contratación de jóvenes parados de entre 16 y 30 años y otra de hasta 4.500 euros a la contratación indefinida de parados de larga duración mayores de 45 años.

¹¹⁹ Puede consultarse la información recogida sobre las bonificaciones, así como información complementaria en: http://www.mtin.es/es/guia/texto/guia_4/contenidos/guia_4_11_3.htm

¹²⁰ Su eficacia resultaría limitada en la medida en que, a mi parecer, resulta difícil realizar un seguimiento y control exhaustivo sobre la aplicación y el destino final del beneficio concreto de la bonificación. No obstante, existen opiniones contrarias (GRAU PINEDA, 2010, p. 299) que insisten “en que no se plantean problemas en cuanto a la aplicación del beneficio concreto de la bonificación de cuotas a la Seguridad Social como medida de fomento del empleo porque el procedimiento de acceso a los mismos no deja lugar a confusiones posibles”. La autora aludida subraya asimismo que “si bien respecto de la obligación de cotizar se pueden plantear problemas en estos supuestos, en el caso concreto de la bonificación de cuotas, este tipo de inconvenientes son de menor relevancia dado que el procedimiento previsto para acceder a su disfrute –el de autoliquidación– es sumamente preciso en el detalle de sujetos sea beneficiarios sea destinatarios de tal incentivo a la contratación”.

¹²¹ En este sentido véase CAUCES 16, Cuadernos del CES, Primavera 2011, “Políticas activas de empleo: crónica de una reforma anunciada”, p. 31.

iii) Las empresas de inserción

La empresa de inserción forma parte de la economía social¹²². Se trata de una sociedad mercantil o sociedad cooperativa. Tiene que ser calificada como tal por los organismos autonómicos competentes en la materia. Puede realizar cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios. El objeto social de esta empresa tiene que tener como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social. Constituyen un puente hacia el mercado de trabajo ordinario, es decir, pretenden ser empresas de "tránsito"¹²³. Los datos avalan su carácter transitorio pues muestran que un gran porcentaje de las personas trabajadoras de inserción no supera los doce meses de permanencia¹²⁴.

A tal fin proporcionan a las personas en situación o riesgo de exclusión social¹²⁵ itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo así como habituación laboral y social. Además, ofrecen servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral¹²⁶.

¹²² Art. 5 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. Se denomina economía social *al conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que (...) persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos* (art. 2 de la Ley aludida).

¹²³ VIDAL, 2002, pp. 27 a 40. La autora analiza, entre otros, los orígenes de la empresa de inserción y el debate en torno a su carácter transitorio o finalista.

¹²⁴ VALLECILLO GÁMEZ y MOLINA NAVARRETE, 2008, pp. 128 y 129.

¹²⁵ El art. 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción establece quienes son "los trabajadores de las empresas de inserción".

¹²⁶ Art. 4 de la Ley 44/2007.

Los itinerarios de inserción sociolaboral persiguen promover la integración en el mercado laboral ordinario de las personas en situación o riesgo de exclusión social. A tal fin, estos itinerarios definen las medidas de intervención y acompañamiento necesarias. Se aplican en función de los criterios que establezcan los Servicios Sociales Públicos competentes y los Servicios Públicos de Empleo. La persona en situación de exclusión social contratada tiene que aceptar los itinerarios en cuestión¹²⁷.

Las medidas de intervención y acompañamiento son el conjunto de servicios, prestaciones, acciones de orientación, tutoría y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. Éstas se dirigen a solventar las problemáticas específicas derivadas de la situación de exclusión que dificultan a la persona un normal desarrollo de su itinerario en la empresa de inserción¹²⁸.

Las relaciones laborales de las personas en situación o riesgo de exclusión social con las empresas de inserción se regirán por lo dispuesto en la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el resto de la legislación laboral, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 44/2007, sobre empresas de inserción¹²⁹.

El contrato de trabajo entre las empresas de inserción y las personas trabajadoras en situación de exclusión social se puede celebrar por duración determinada. También puede concertarse un contrato temporal

¹²⁷ Art. 3.1 de la Ley 44/2007.

¹²⁸ Art. 3.2 de la Ley 44/2007.

¹²⁹ Art. 11 de la Ley 44/2007.

de fomento del empleo¹³⁰ con ciertas peculiaridades¹³¹. La contratación de personas trabajadoras en situación de exclusión social por las empresas de inserción mediante este contrato dará derecho bonificaciones¹³².

Los poderes públicos están obligados a promover este tipo de empresas. En esta línea, las empresas de inserción pueden beneficiarse de las siguientes clases de ayudas¹³³: a) bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato, o durante tres años en caso de contratación indefinida; b) subvenciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo para la inserción sociolaboral, en concepto de compensación económica a los sobrecostes laborales derivados de los procesos de inserción y c) ayudas a la inversión fija afecta a la realización de su objeto social.

Considero trascendental destacar la rentabilidad de estas empresas en los aspectos sociales: las personas beneficiarias dejan de ser personas desempleadas y pasan a acceder al empleo. Lo que verdaderamente caracteriza a una empresa como Empresa de Inserción es el fin que las guía, es decir, la integración y formación sociolaboral de las personas especialmente desfavorecidas¹³⁴. Así, "con ellas se busca, mediante el empleo, la socialización de los excluidos sociales"¹³⁵.

¹³⁰ Regulado en la Disposición Adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo.

¹³¹ Arts. 12.1 y 15.1 de la Ley 44/2007.

¹³² Art. 15.7 de la Ley 44/2007.

¹³³ Art. 16.3 de la Ley 44/2007.

¹³⁴ PÉREZ YÁÑEZ, 2008, p. 6 (formato electrónico).

¹³⁵ MORALES ORTEGA, 2006, p. 293.

En general, las Empresas de Inserción padecen todavía una solvencia económica débil pero resultan, sin lugar a dudas, socialmente rentables. En lo que a sus tendencias respecto de variables económicas respecta (capitalización, facturación, etc.), puede reseñarse su actual tendencia al incremento. En cuanto a su rentabilidad social brillan por su labor equitativa con las personas más desfavorecidas en el empleo así como por la reinversión de sus beneficios¹³⁶. Es más, varios estudios afirman que existe un retorno económico muy importante de las Empresas de Inserción a la Administración Pública. Un estudio de Gizatea¹³⁷ constata que resulta más económico para la Administración Pública el coste de una persona en una Empresa de Inserción que en un programa de Renta Mínima o similar¹³⁸. Así, un estudio de FAEDEI¹³⁹ confirma que el balance social (costes frente a beneficios) es positivo, cuantificándose en 15.550 euros por puesto de trabajo y año¹⁴⁰. Teniendo en cuenta este dato este sector empresarial consigue ahorrar a la Administración Pública entre 35 y 36 millones de euros al año. En conclusión de otro trabajo "cualquier puesto de trabajo de inserción no subvencionado de forma específica, supone un ahorro para la Administración". No obstante, los resultados

¹³⁶ VALLECILLO GÁMEZ y MOLINA NAVARRETE (2008) op cit., p. 4.

¹³⁷ Asociación de Empresas de Inserción del País Vasco. Gizatea es una palabra que combina el término Giza (humano), Gizartea (sociedad) y Atea (puerta). Con ella se quiere expresar la función que cumplen las empresas de inserción como una de las posibles puertas de entrada a la participación e integración social, a través de un proceso de inserción socio-laboral, donde la propia persona es la protagonista.

¹³⁸ Estudio de Gizatea, *El retorno económico de las empresas de inserción a la Administración*, II. Jornada de Empresas de Inserción, Bilbao, 14 de diciembre de 2009, accesible en: http://www.economiasolidaria.org/files/5_retorno_economico.pdf

¹³⁹ Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción. FAEDEI agrupa las asociaciones de empresas de inserción de las diferentes comunidades del Estado español. Su misión es la defensa colectiva de los intereses de las empresas de inserción ante las instituciones, agentes sociales y sociedad en general, así como su promoción como instrumentos al servicio de la inclusión social.

¹⁴⁰ Estudio de FAEDEI, *Identificación y diagnóstico integral de las empresas de inserción en España*, Editorial Popular, Madrid, 2003.

dependen de varias variables y pueden por ello ser inferiores a los señalados en algunos estudios¹⁴¹.

En base a la rentabilidad social y económica de las Empresas de Inserción se aboga por “un mayor grado de compromiso por parte de las Administraciones Públicas, del propio sector privado y del resto de agentes sociales” a fin de que estas empresas desplieguen todas sus ventajas y potencialidades¹⁴². El hecho de que su actividad se haya desarrollado primordialmente en campos concretos (servicios de la vida diaria, reparaciones, seguridad, transporte, *catering*, cuidado de enfermo/as, servicios culturales y medioambientales, etc.) hace que la contratación del sector público resulte uno de los grandes motores de la actividad productiva de las Empresas de Inserción¹⁴³.

V.2.2. Otras políticas para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social: cláusulas sociales y mercados tutelados

La inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social se pretende conseguir, sobre todo, a través de las políticas pasivas y activas de lucha contra el desempleo. En líneas precedentes se han mostrado algunas de las principales medidas dirigidas a tal fin. No obstante, algunos autores¹⁴⁴ denuncian que cuando esas políticas han sido evaluadas “en términos de empleo, ingresos o calidad en el trabajo de los colectivos desfavorecidos su eficacia es limitada”. En este sentido, presentan una serie de motivos por los cuales se llega a dicha ineficacia. A

¹⁴¹ RETOLAZA AVALOS y RAMOS FERNANDEZ, 2005, p. 377.

¹⁴² GÓMEZ GARCÍA y ROMÁN ORTEGA, 2007, p. 24.

¹⁴³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2008, p. 16.

¹⁴⁴ CHAVES AVILA y SAJARDO MORENO, 1999, p. 75.

su juicio, poseen una “reducida capacidad para cambiar el comportamiento selectivo de las empresas”, la gestión y cumplimiento de las cuotas obligatorias es difícil de gestionar, su carácter es temporal e inespecífico y están fuertemente alejadas del mundo real y de las habilidades exigidas por las empresas. Además, destacan la incapacidad del sector público para elevar la productividad de la persona trabajadora así como la escasez de recursos y medios empleados.

En el ámbito de la política sociolaboral a favor de las personas en situación de exclusión social se reivindican otro tipo de medidas y políticas de empleo ya que las convencionales no garantizan el acceso al empleo de estas personas¹⁴⁵. Se exige que estas políticas persigan, junto al incremento de la empleabilidad, la integración en el mercado laboral¹⁴⁶, y es aquí donde la contratación pública puede jugar un papel decisivo.

Las cláusulas sociales significan la inclusión de aspectos sociales en las fases del procedimiento de contratación pública mientras que el mercado tutelado supone restringir la participación a un tipo concreto de empresa (por ejemplo, a la Empresa de Inserción). Las cláusulas sociales pueden integrarse en la definición del objeto del contrato y en las fases de admisión de licitadores, de adjudicación y de ejecución del contrato. El mercado tutelado supone la integración de una cláusula social en la fase de admisión de licitadores consistente en la reserva de una parte del mercado público a las Empresas de Inserción. Debido a la función social y

¹⁴⁵ A su vez, como destaca MONEREO PÉREZ, 1996, p. 227, la “nueva cuestión social (el surgimiento de situaciones de exclusión social más allá de la todavía existente fragmentación del sistema de clases en el capitalismo tardío) se añade a los problemas emergentes de financiación y de funcionamiento («sobrecarga») del Estado Social evolucionado del presente, e introduce, asimismo, nuevos elementos de incerteza en la *concepción y en la gestión de lo social*”.

¹⁴⁶ SEMPERE NAVARRO y Otros, 2005, p. 185. En la misma línea, MARTÍN PUEBLA, 2007, p. 2191.

de interés público que desarrollan las Empresas de Inserción¹⁴⁷, así como a los sobrecostos que éstas sufren respecto de las empresas ordinarias, ha resultado necesario y conveniente el establecimiento de un marco promocional para las mismas. Para que las Empresas de Inserción puedan competir con las empresas ordinarias necesitan la intervención y cooperación de la Administración Pública. En este sentido, estas empresas han sido y son objeto de subvenciones y ayudas, así como de un régimen fiscal favorable. Se reclama además de –y junto a– un marco subvencional (imprescindible a causa del coste adicional de las Empresas de Inserción a nivel de medios económicos, materiales, etc.) un mercado tutelado en aras a garantizar la existencia de las mismas¹⁴⁸. La Ley 5/2011, de Economía Social, establece que los poderes públicos deben fomentar la economía social y, por lo tanto, las empresas de inserción¹⁴⁹.

Por tanto, aunque la contratación pública no es en si misma un instrumento de política sociolaboral, tal como señalan varios autores, puede tener una importante contribución para la consecución de fines sociolaborales¹⁵⁰. En este sentido, señalan que “los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país”¹⁵¹. Es por ello que mediante las normas sobre la contratación pública se pueden, y deben, tener en consideración los aspectos sociales.

¹⁴⁷ Véase la Exposición de Motivos II de la LEI.

¹⁴⁸ DOMÍNGUEZ CASCIÓN, BALLESTEROS ORDÓÑEZ y MIGUEL MIGUEL, 2003, p. 48.

¹⁴⁹ Art. 8.2 de la Ley en cuestión.

¹⁵⁰ Véase, entre otros, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2008, p. 7 y ss.

¹⁵¹ GIMENO FELIÚ, 2006, p. 34.

Se considera incluso como una de las más valiosas herramientas a manos de la Administración para el fomento de la Responsabilidad Social de las Empresas¹⁵². En este sentido, la Subcomisión para potenciar y promover la Responsabilidad Social de las Empresas, subraya que la contratación pública debe ser una herramienta para el impulso de la misma, premiando a las empresas que brindan a la sociedad un valor adicional en materia social donde “claros ejemplos de esto pueden ser la inclusión de cláusulas sociales que permitan discriminar positivamente a favor de las empresas de inserción”¹⁵³. El Plan Extraordinario de Fomento de la Inclusión Social y la lucha contra la Pobreza de 2010, aprobado el 26 de Febrero de 2010 en el Consejo de Ministros, también acoge expresamente la temática referente a la introducción de criterios sociales en la contratación pública¹⁵⁴.

La consagración de cláusulas sociales y “mercados tutelados” a favor de las Empresas de Inserción en la contratación pública se justifica sobre todo en base al doble interés que ofrecen a la Administración. Por un lado, sirven como herramienta para el cumplimiento de objetivos propios de la Administración como es el de la inserción sociolaboral y, por otro lado, constituyen un ahorro económico para la Administración en la consecución del objetivo en cuestión¹⁵⁵. Además, el establecimiento de estas cláusulas y mercados tutelados es “coherente con los principios rectores del ordenamiento, eficiente ya que se optimiza el presupuesto de la contratación para actuaciones finalistas, plausible puesto que se avanza

¹⁵² Proyecto Equal Lamegi – Grupo de trabajo sobre responsabilidad social, “La inserción laboral de colectivos desfavorecidos como elemento de responsabilidad social”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales* nº 14 (2006), p. 218.

¹⁵³ Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la Responsabilidad Social de las Empresas, BOCG, 31 de julio de 2006, Serie D. Núm. 423, p. 116.

¹⁵⁴ La temática se recoge en la pág. 16 del Plan mencionado.

¹⁵⁵ RUIZ ROQUEÑI, RETOLAZA AVALOS, y MUGARRA ELORRIAGA, 2007, p. 139.

en la cohesión social, sinérgico al suponer una actuación multiplicadora de efectos, y además rentable económica y comunitariamente¹⁵⁶. En esta misma línea resulta de gran interés lo subrayado por el Consejo Económico y Social de Andalucía, cuando señala que a su juicio “la discriminación positiva no atenta contra los principios básicos de la contratación sino que encuentra su sentido en las numerosas ventajas que ésta proporciona a las personas y colectivos desfavorecidos, a las empresas con un marcado carácter social, a la sociedad en su conjunto y a la propia Administración, teniendo en cuenta el ahorro que para ella supone la activación de estas políticas activas de empleo¹⁵⁷”.

CAPÍTULO VI:

A modo de reflexión: la importancia del Derecho del Trabajo en la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social y la necesidad de contribuir a tal fin también desde las demás ramas del Derecho, entre ellas, el Derecho Administrativo

Como se apuntaba en el apartado 1.1 del capítulo III, uno de los principales factores de riesgo de situación de exclusión social es el desempleo. La imposibilidad de acceder al empleo que sufren muchas personas viene sucediéndose a lo largo de casi toda la historia. No obstante, en los últimos tiempos –como muestran los datos expuestos anteriormente- el problema en cuestión se presenta todavía con mayor

¹⁵⁶ LESMES ZABALEGUI, en: www.clausulassociales.org

¹⁵⁷ Dictamen 01/2010 del CES de Andalucía, aprobado por el Pleno en sesión celebrada el día 19 de mayo de 2010, p. 8.

agudeza y todo indica que seguirá aumentando. La respuesta al desempleo se ha realizado, sobre todo, a través de los sistemas protectores del desempleo y las prestaciones de la seguridad social¹⁵⁸. Sin embargo, tal solución no ha sido -ni será- suficiente para combatir el problema en su verdadera dimensión. Los sistemas protectores y las prestaciones para las situaciones de desempleo, como su propio nombre indican, tratan de ofrecer una cobertura y apoyo económico a las personas desempleadas pero no garantizan –por lo menos no de forma directa- su inserción laboral. Por ello, es aquí donde el Derecho del Trabajo tiene que desempeñar una función más rigurosa y regular vías concretas que conlleven y garanticen la inserción laboral de las personas desempleadas.

En la lucha contra el desempleo se ha pretendido presentar la flexibilización del mercado de trabajo como un conjunto de medidas dirigidas a preservar “un volumen de empleo aceptable”¹⁵⁹. Parece discutible, según los datos anteriormente analizados, que a través de tales medidas se hayan logrado efectos positivos sobre el volumen de empleo¹⁶⁰. Al contrario, resulta casi indiscutible su influencia en la desregulación de las relaciones laborales y la desprotección del mercado de trabajo. En definitiva, la flexibilización del mercado de trabajo ha transformado el Derecho del Trabajo en la medida en que ha originado la restricción de sus funciones más trascendentales, entre otras, la intervención sobre las relaciones laborales protegiendo a la parte más

¹⁵⁸ ARÍAS DOMÍNGUEZ, 2003, p. 551.

¹⁵⁹ VALDES DAL-RÉ, 2007, p. 17.

¹⁶⁰ Como señala BAYLOS GRAU, 1999, p. 26, “precariedad y más desocupación suele ser el resultado de aquellos países en los que se ha seguido al pie de la letra las recetas de curación expedidas por los doctores del nuevo pensamiento”, haciendo alusión a la flexibilización de la norma laboral.

débil de la relación laboral. Los límites que desde el Derecho del Trabajo han de establecerse en aras a consagrar un mercado de trabajo lo más equitativo y justo posible han dejado vía libre a las reglas cada vez más basadas en el mero juego del mercado. La consecución de los intereses económicos del mercado se han convertido así en causa suficiente para eliminar aquellas normas mínimas del Derecho del Trabajo que buscan responder a cuestiones que afectan a toda la sociedad, como pueden ser, entre otros, el acceso al trabajo. Así, se ha llegado a pensar que es necesario sacrificar ciertos derechos y principios laborales para lograr resultados económicos mayores. No obstante, como recuerdan algunos autores¹⁶¹, algunas de las mejores situaciones financieras de la historia se han producido en tiempos que el Derecho del Trabajo ha desplegado un elevado nivel de proteccionismo.

A pesar de que las principales causas originarias del desempleo son, sobre todo, de índole extrajurídica, a juicio de algunas autoras¹⁶², que comparto, el Derecho del Trabajo ha de adaptarse a “una realidad social que está en constante evolución” y “debe tener en cuenta las nuevas secuencias relacionadas con (...) las altísimas tasas de paro estructural”. Tal adecuación puede efectuarse, principalmente, de dos maneras: mediante una flexibilización del ordenamiento laboral que dé vía libre a la eliminación de los principios básicos del Derecho del Trabajo o a través de una “elasticidad” limitada del mismo que anteponga, ante todo, la garantía de los principios aludidos. Si el Derecho del Trabajo quiere mantener su razón de ser así como su característica esencia, parece que la única vía a adoptar es la mencionada en segundo lugar. En caso contrario, ¿qué sentido tiene la existencia de un Derecho del Trabajo? El Derecho implica

¹⁶¹ PALOMEQUE LÓPEZ, 1984, pp. 14 y ss.

¹⁶² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2011, p. 92.

un conjunto de normas dirigidas a regular tanto la convivencia como los conflictos de la sociedad. Si estas normas se vacían de su mínimo contenido o si su cumplimiento carece de imperatividad alguna, de poco o nada sirve contar con ellas.

Recuérdese que el Estado debe expresar y canalizar el interés general. Partiendo de tal premisa el problema se encuentra en determinar qué abarca ese interés general. Como subrayan varios autores¹⁶³, la evolución del papel del Estado lleva a pensar que "el verdadero interés general reside en el respeto universal de las leyes del mercado, y los Estados encarnan simplemente intereses particulares de las naciones" y en este sentido deben, pues, "plegarse a las exigencias superiores del libre cambio". En esa obsesiva labor de proteger, por encima de todo, lo que imponen las normas del mercado, el Estado olvida y deja de lado la garantía de los derechos e intereses de las personas y el conjunto de la sociedad. Entre los derechos que cada vez son más desvinculados de la función garantista del Estado se encuentra, precisamente, el derecho al trabajo. De ello derivan las altas tasas de desempleo y el incesante aumento del número de personas en situación o riesgo de exclusión social. Así, resulta significativa, a mi juicio, la disparidad entre el rigor de las normas dirigidas a garantizar los intereses de un mercado –el económico– frente a aquellas enfocadas a los intereses que atañen a la dignidad y supervivencia de las personas. Ante la firmeza del derecho de propiedad, tanto la individual como la de las empresas y la regulación protectora de las grandes firmas multinacionales, se está experimentando un derecho del trabajo en progresiva desregulación. El mercado de trabajo se encuentra desestructurado y desorbitado, sin un Estado y un Derecho del Trabajo capaces de encauzarlo y vestirlo del armamento necesario para erradicar

¹⁶³ SUPLOT (Coord.) y Otros, 1999, p. 238.

los problemas que sí que afectan al interés general, entre ellos, el del acceso al trabajo y el de la exclusión social.

En un Derecho del Trabajo que apuesta por el derecho al trabajo y por la inserción laboral cobran especial relevancia las políticas de empleo. Como señalan algunos autores¹⁶⁴, “la política de «pleno empleo» constituye el instrumento más idóneo (no el único) que permite y hace posible la realización efectiva del «derecho al trabajo» (...)” y “en tal sentido las políticas de empleo deben ser «activas» en la apuesta por la inserción profesional a través de una contratación estable y de calidad (...)”.

La intervención normativa sobre la oferta y demanda de empleo ha de ir encaminada a la creación de puestos de trabajo así como a la inserción laboral, en puestos ya creados, de personas desocupadas. Así, la política de empleo se constituye por un conjunto de normas y actuaciones que pretenden incidir sobre la oferta y la demanda de empleo. Ha de recordarse que estas normas y actividades no se limitan al ordenamiento laboral, es decir, pueden realizarse políticas de empleo a través de otras ramas del Derecho¹⁶⁵. Aunque el Derecho del Trabajo sea la más específica y clásica a tal fin, todas y cada una de las demás ramas del Derecho pueden encaminarse, en la medida de lo posible, a la consecución del pleno empleo y a la erradicación de la exclusión social, objetivos comprendidos entre los principios constitucionales del orden económico y social. En este sentido, también desde el Derecho Administrativo puede contribuirse a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de

¹⁶⁴ MONEREO PÉREZ, 2011 (b), pp. 10 y 6.

¹⁶⁵ Véase MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, 2007, pp. 421 y 422.

exclusión social mediante la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público.

En efecto, una actividad tan importante del sector público como la contratación pública –regulada básicamente por el Derecho Administrativo–, además de responder a la necesidad de provisión de bienes y servicios públicos, puede constituir una política activa de empleo para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Si se demuestra que una operación económica puede constituir, a su vez, una política eficaz para la garantía de un derecho social –el derecho al empleo– y la lucha contra la exclusión social, difícilmente podría justificarse no dirigirla y utilizarla a tal fin. Y mucho menos, además, excusándose en razones exclusivamente económicas y que sólo benefician a un pequeño porcentaje de la sociedad. En este trabajo se explica la manera en que la contratación del sector público puede convertirse en una política activa eficaz para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Asimismo, se ofrecen datos y experiencias que muestran que mediante su utilización las personas aludidas realmente llegan a incorporarse al empleo. Sólo queda que tal manera de proceder se reconozca como una política activa de empleo y goce en el ordenamiento jurídico del sostén mínimo necesario para su implementación, extrayéndola del plano del mero voluntarismo a un marco normativo que le confiera mayor reconocimiento y solidez.

PARTE SEGUNDA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA: ANÁLISIS GENERAL SOBRE LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Tanto la Directiva 2004/18/CE como el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP 2011) están dirigidos a la consecución de un Mercado Único interior, por lo que la adjudicación de los contratos celebrados en los Estados miembros está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de éstas se derivan¹⁶⁶. A raíz del Mercado Único y para garantizar la libre competencia en él, los poderes adjudicadores están obligados a valorar y obtener mediante sus contratos la mejor relación calidad/precio.

No obstante, "los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país"¹⁶⁷. Es por ello

¹⁶⁶ Véase el Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.

¹⁶⁷ GIMENO FELIÚ, 2006(a), p. 34.

que mediante las normas sobre la contratación pública se pueden, y deben, tener en consideración los aspectos sociales. El presente capítulo se dedica a analizar las posibilidades que la normativa sobre contratación pública ofrece en ese sentido. Para ello, se comienza realizando una breve consideración sobre el concepto de cláusulas sociales, se subrayan a continuación los fundamentos que justifican su consideración e inclusión, posteriormente se expone la normativa reguladora más destacada sobre esta materia y, por último, se analizan las posibilidades que ofrecen determinados aspectos de cada una de las fases del procedimiento de contratación. Además del análisis normativo en cuestión, el presente capítulo contempla el contenido de las cláusulas sociales, las medidas de cumplimiento y seguimiento de las mismas, los límites a respetar en cumplimiento de la libre competencia y la compatibilidad de estas cláusulas con las libertades económicas del derecho Comunitario.

CAPÍTULO I:

¿Qué son las cláusulas sociales?

Según algunos autores por "«Cláusula Social» cabe entender toda disposición incluida en un contrato o acuerdo comercial en virtud de la cual la parte prestadora del servicio o ejecutora de la obra asume, como condición de acceso o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política sociolaboral, como son la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, en especial de la igualdad de oportunidades...."¹⁶⁸. Así, en el ámbito de la contratación pública, los sujetos del sector público pueden utilizar los contratos no sólo

¹⁶⁸ MOLINA NAVARRETE, 2008, p. 7.

para adquirir bienes o servicios sino también para la consecución de fines sociales. Las cláusulas sociales pueden reflejarse especialmente como criterios de adjudicación y/o como condiciones de ejecución. No obstante, además de valorar los aspectos sociales en la adjudicación y ejecución del contrato, también es posible su valoración mediante la inclusión de diversos criterios a lo largo de las diferentes fases del procedimiento de contratación.

Las cláusulas sociales pueden establecerse en una norma así como en los pliegos de condiciones generales o particulares. Es importante recordar que "cuando exista un pliego de cláusulas administrativas generales aplicable a un tipo de contratación, el pliego de particulares deberá acomodar su contenido al de aquél. No obstante, en el de particulares el órgano de contratación competente puede introducir cláusulas contrarias a las del general"¹⁶⁹. Si se diera este caso, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado¹⁷⁰ debe informar con carácter previo -aunque no vinculante-, todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales¹⁷¹.

El contenido de estas cláusulas puede ser muy variado. Así, por ejemplo, pueden hacer referencia a requisitos sobre la igualdad de

¹⁶⁹ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, 2008, p. 426. El autor cita el Informe 55/97 de la JCCAE.

¹⁷⁰ Esta Junta está adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, tiene el carácter de órgano Consultivo de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entes públicos estatales, en materia de contratación pública. Se regula en la LCAP y en el Real Decreto 30/1991, de 18 de Enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Sobre las competencias encomendadas a la Junta en cuestión véanse los arts. 10, 21, 25, 28, 33, 34, 50, 51, 83, 104 y 119 de la LCAP.

¹⁷¹ Art. 115.5 del TRLCSP 2011.

oportunidades entre las mujeres y los hombres para el acceso, mantenimiento y promoción en el empleo; la formación y readaptación profesional; la seguridad e higiene en el trabajo; la limitación de la jornada laboral; la promoción de centros adecuados; la participación de la juventud en el desarrollo social y económico; la integración de las personas con discapacidad en el mundo laboral...¹⁷².

Los límites que ha de respetar la normativa sobre contratación pública son que las cláusulas y los criterios aludidos *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 (...) de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como a los principios que de éstas se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia*¹⁷³. Como podrá observarse posteriormente, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios constituyen en la actualidad las mayores barreras a la hora de ir más allá en materia de cláusulas sociales.

¹⁷² Véase el Capítulo III del Título I CE.

¹⁷³ Considerandos 1 y 2 de la Directiva 2004/18/CE.

CAPÍTULO II:

Fundamentos de las cláusulas sociales en la contratación pública

Todos, por el hecho de ser personas, tenemos reconocidos ciertos derechos, entre ellos los sociales. Aunque formalmente a todos se nos reconozcan, ni todos ni siempre los tenemos garantizados. Unos por no tener los recursos económicos suficientes, otras por ser mujer, otros por su nacionalidad...Son varias las razones que dificultan la realización efectiva de estos derechos, tanto a nivel estatal como internacional. El Estado está obligado a garantizar estos derechos a través de los poderes que lo caracterizan, es decir, mediante los poderes legislativo, judicial y ejecutivo. No obstante, si frecuentemente ya venía siendo complejo que los poderes públicos asumieran su responsabilidad como garantes y promotores de los intereses generales, más complicado resulta ahora en un mundo dominado por la globalización. Esto porque, por un lado, los Estados de todo el mundo se ven obligados a salvaguardar los principios del modelo liberal de globalización (principios tales como la libre circulación de personas, la libre prestación de servicios, la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento) por encima de los derechos sociales; y, por otro lado, porque las normas supranacionales cada vez limitan y condicionan más las facultades de regulación e intervención de los Estados¹⁷⁴. De esta forma, "la regulación nacional se presenta incapaz de

¹⁷⁴ En este sentido véase ESLAVA RODRÍGUEZ, 2003, p. 585. La autora considera que la liberalización internacional de los mercados ha supuesto una pérdida de protagonismo de los ordenamientos internos para adquirirlo las organizaciones internacionales o regionales que defienden o promueven el libre intercambio de bienes y servicios. Se manifiesta a su vez que el proceso de liberalización se lleva a cabo a través de una normativa armonizadora de origen

afrontar los nuevos desafíos de la mundialización y aparece con una capacidad reguladora y protectora a la baja (...) Sin embargo, “los nuevos espacios de regulaciones supranacionales reaparecen con vocación normativa aunque, lamentablemente, con mecanismos de exigibilidad jurídica profundamente débiles y anclados en el siglo pasado”¹⁷⁵.

Hoy, más que nunca, una intensa competencia por obtener contratos públicos obliga a los postores a reducir costos y este proceso lleva a ahorrar en costos laborales incluidos el salario y otras condiciones de trabajo¹⁷⁶. Respecto al tema que aquí interesa, según algunos autores¹⁷⁷, “los poderes públicos han de crear las condiciones, en cuanto principales sujetos reguladores –en el sentido de normatividad y no de normalización sólo- que propicien la instrumentación del régimen de contratación pública al servicio del cambio social en los modelos de organización y gestión empresarial”. A su juicio, que comparto, “a partir de este marco normativo promotor, las Administraciones Públicas deberán, como sujetos económicos de mercado, exigir en sus relaciones contractuales la incorporación efectiva de los fines sociolaborales, como contenido obligatorio de tales relaciones”. La incorporación de criterios sociales en la contratación pública encuentra su amparo en tres artículos de la Constitución Española. En primer lugar, en el artículo 1.1, donde se

internacional, de distinto alcance jurídico, que impone, en unos casos, y orienta, en otros, a los Estados los principios que han de inspirar las normas nacionales de contratos públicos.

¹⁷⁵ HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, 2009, p. 17.

¹⁷⁶ Véase el *Estudio general de la Conferencia Internacional del Trabajo relativo al Convenio (núm. 94) y a la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo*, Informe III (Parte 1B) 97ª reunión (en adelante, OIT 2008), 2008, p. 11.

¹⁷⁷ MOLINA NAVARRETE, 2008, p. 23.

proclama al Estado español como “Estado social y democrático de Derecho”. En segundo lugar, en el artículo 40, donde se advierte que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social (...)” y que “de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”¹⁷⁸. En tercer lugar, en el artículo 9.2, que establece que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas así como remover los obstáculos que impidan su plenitud. No se trata únicamente de incorporar la normativa laboral en el régimen de la contratación pública, sino de configurar este régimen como un instrumento más de las políticas sociales y, sobre todo, como un instrumento de fomento de estas últimas¹⁷⁹. Como se ha señalado, “no puede obviarse que la contratación pública constituye un instrumento indispensable de toda Administración Pública para la consecución de los fines que le son propios (STC 141/1993)”. Por ello, consideran que “es dable afirmar que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino una potestad jurídica al servicio de fines de interés general”¹⁸⁰.

Una vez expuestas las razones que justifican la regulación de la contratación pública en este sentido, ha de advertirse que también existen

¹⁷⁸ BLÁZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO, 2005, p. 39.

¹⁷⁹ En este sentido véanse BERNAL BLAY, 2008, p. 213, MELERO ALONSO y ESPÍN SÁEZ, 1999 y PÉREZ LLORCA, 1999-2000, todos favorables a la adopción de iniciativas necesarias para permitir que la contratación pública sirva también al cumplimiento de las políticas sociales. Ratificando también la función de la contratación pública como instrumento de fomento de otras políticas públicas en el marco Comunitario véase MANTECA VALDELANDE, 2003, p. 13. Se alude a la cada vez mayor conexión de la política de contratos públicos con otras políticas comunitarias a las que puede incentivar.

¹⁸⁰ MARTÍNEZ FONS, 2009 (a), p. 1. El Autor cita a GIMENO FELIÚ, 2004, p. 63.

opiniones no favorables a la consideración de los aspectos sociales en los procedimientos de contratación. Algunas de estas opiniones aluden a que la normativa sobre contratos públicos debe garantizar una verdadera competencia y condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas, por lo que no sería posible imponer ciertas exigencias de carácter social¹⁸¹. Otras opiniones admiten la posibilidad en cuestión pero advierten que “la contratación pública puede no resultar idónea siempre para la consecución de fines sociales, pues no está diseñada para ello, sino principalmente para alcanzar objetivos de eficacia y eficiencia económica”¹⁸².

Sin embargo, cada vez cobra mayor fuerza la opinión favorable a que los valores sociales deben tenerse en cuenta en la elaboración y desarrollo de todas las políticas comunitarias. Así, y en lo que aquí más interesa, considero que los objetivos perseguidos por la política del mercado interior no pueden obligar a abandonar la realización de los fines

¹⁸¹ Véase la respuesta dada por Frist Bolkestein, Comisario de Mercado Interior, Fiscalidad y Unión Aduanera, en nombre de la Comisión, el 12 de mayo de 2000, a las preguntas escritas E-0816/00 y E-0817/00, de 21 de marzo, formuladas por Juan Naranjo Escobar (PPE-DE) Carlos Carnero González y Salvador Jové Peres (GUE/NGL).

¹⁸² BERNAL BLAY, 2008, p. 214. El autor recuerda que existen en la actualidad mecanismos jurídicos alternativos o complementarios para estimular o desincentivar determinadas conductas desde el punto de vista social, así como beneficios fiscales, ayudas y subvenciones. A su vez subraya el autor que, reconociendo que la finalidad de las denominadas cláusulas sociales son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, debe afirmarse que la contratación pública ni sirve para suplir al resto de medidas tendentes a satisfacer dichos objetivos, ni en todo caso los contratos públicos resultan aptos para contener dichas cláusulas. No comparto esta afirmación. A mi parecer, la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública no pretende sustituir las medidas dirigidas a la consecución del fin en cuestión sino complementarlas. Por otra parte, como podrá observarse en las siguientes páginas, todos los contratos públicos pueden incorporar cláusulas de carácter social, por ejemplo, entre las condiciones especiales de ejecución.

sociales. Las políticas de mercado interior deben ser diseñadas y aplicadas salvaguardando el equilibrio entre los objetivos de mercado y los objetivos sociales¹⁸³. Creo, en contra de los que opinan que la contratación pública ha de basarse únicamente en criterios de eficacia y eficiencia económica, que es esta última la dirección a seguir. Es decir, el procedimiento de contratación no puede aferrarse exclusivamente a criterios de carácter económico sino que es necesaria la ponderación de aspectos sociales logrando el equilibrio en la balanza entre los fines económicos y los sociales. Los objetivos de eficacia y eficiencia económica no impiden que puedan atenderse objetivos de índole social. Si aceptáramos tal impedimento sería consecuencia del establecimiento de prioridades entre unos y otros objetivos sin justificaciones suficientes para invocar los unos a costa de los otros.

CAPÍTULO III:

Normativa reguladora en materia de cláusulas sociales en la contratación pública

Como recordaba la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente derogada por el TRLCSP 2011) nada más comenzar su exposición de motivos, *desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos*¹⁸⁴. En consecuencia, la Ley aludida anunciaba su propósito de incorporar al ordenamiento jurídico español la

¹⁸³ En este sentido véase VÉRNIA TRILLO, 2002, p. 447.

¹⁸⁴ Exposición de motivos I LCSP.

Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. El mismo fin se traslada al TRLCSP 2011. Esta Directiva constituye un paso más en la unificación normativa de los procedimientos de contratación pública impulsada desde hace años por el Derecho Comunitario.

No obstante, "es importante tener en cuenta que la tendencia hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, no sólo se aprecia claramente en el Derecho Comunitario y, por ende, en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión, sino que también se manifiesta con fuerza en ámbitos territoriales más amplios"¹⁸⁵. Según algunos autores "podemos así hoy hablar, no sólo de un mercado interior de la contratación pública, sino de un mercado internacional de la misma"¹⁸⁶. De tal forma, han surgido importantes normas internacionales con la finalidad de garantizar los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la contratación pública entre los cuales, en el tema que aquí interesa, son de destacar el Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública aprobado en el marco de la OMC y el Convenio (núm. 94) y la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) de 1949 de la OIT.

El TRLCSP 2011 se ha dictado en base al artículo 149.1.18^a de la CE que otorga la competencia exclusiva al Estado para dictar la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas¹⁸⁷. En base a la

¹⁸⁵ MORENO MOLINA, 2004, p. 28.

¹⁸⁶ DÍEZ MORENO y LÓPEZ-IBOR MAYOR, 1995, p. 163.

¹⁸⁷ Véase DF 2^a apt. 2 del TRLCSP.

distribución constitucional de competencias, las Comunidades Autónomas que hayan asumido la facultad para ello pueden desarrollar normativamente la legislación básica contractual. Este es el caso, entre otras, de la Comunidad Autónoma del País Vasco¹⁸⁸.

Cada una de las fuentes señaladas aborda de diferente manera la inclusión de criterios sociales en los procedimientos de contratación pública. El presente capítulo pretende exponer el protagonismo que cada uno de estos ámbitos normativos otorga a las cláusulas sociales en la contratación pública.

III.1. Normativa internacional

III.1.1. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC

El Acuerdo sobre Contratación Pública se negoció durante la Ronda Uruguay en 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1996 y es, por ahora, el único acuerdo jurídicamente vinculante de la OMC que trata específicamente sobre la contratación pública. El Acuerdo no es aplicable de forma automática a la totalidad de la contratación pública de las Partes. Por el contrario, el alcance del Acuerdo se determina con respecto a cada una de las Partes en los Anexos del Apéndice I. En la Decisión 94/800/CE del Consejo de la UE, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994), se aprobó el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública. Los, por entonces, quince Estados miembros de la Comunidad, entre los que figuraba el Estado español, están sujetos al Acuerdo desde su entrada en vigor el 1 de enero de 1996. En este sentido,

¹⁸⁸ Véase art. 11.1.b) EAPV.

habida cuenta de los derechos y compromisos internacionales resultantes para la Comunidad Europea de la aceptación del Acuerdo, el régimen aplicable a los licitadores y a los productos de los terceros países signatarios es el que se determina en aquél. Este Acuerdo no tiene efectos jurídicos directos. Es preciso, pues, que los poderes adjudicadores mencionados en el mismo cumplan la Directiva 2004/18/CE¹⁸⁹ y apliquen ésta a los operadores económicos de los terceros países signatarios del Acuerdo, respetando así dicho Acuerdo¹⁹⁰.

El ACP se basa en los principios de apertura, transparencia y no discriminación¹⁹¹, aplicables a las actividades de contratación de las Partes que lo han suscrito para beneficio de esas Partes y de sus proveedores, mercancías y servicios. En la actualidad, el acuerdo incluye una prohibición de la aplicación de criterios "no económicos" (éticos, sociales, regionales y locales). En este sentido, la Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera subrayó la necesidad de suprimir esa prohibición entre las acciones decisivas propuestas a los miembros de la OMC a emprender en su 5ª Conferencia Ministerial, a fin de facultar a las autoridades públicas para que practiquen políticas de adquisición éticas y sociales¹⁹². No se alcanzó ningún acuerdo en las modalidades para las

¹⁸⁹ Ésta se estudiará con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

¹⁹⁰ Considerando 7 de la Directiva 2004/18/CE.

¹⁹¹ Véase el Reconociendo 2 del ACP. En relación a éste principio señala que las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública no deben ser elaborados, adoptados ni aplicados a los productos, los servicios o los proveedores extranjeros o nacionales de forma que se proteja a los nacionales, ni deben discriminar entre los productos, los servicios o los proveedores extranjeros.

¹⁹² Véase la Declaración de la Federación Internacional de Trabajadores de la Construcción y la Madera sobre la 5ª Conferencia Ministerial de la OMC a 4 de marzo de 2003.

negociaciones en la 5ª Conferencia Ministerial de la OMC celebrada en Cancún entre los días 10 y 14 de septiembre de 2003, por lo que la posibilidad de aplicar criterios sociales sigue sin recogerse expresamente en el ACP. No obstante, el Acuerdo sí admite explícitamente un trato especial y diferenciado para los países en desarrollo¹⁹³, reafirmando y recogiendo en su seno el postulado de favorecer a aquéllos que más lo necesiten. Se admite indirectamente de este modo la existencia de causas que justifican excepciones al principio de no discriminación. Cabe pues entender que existen, junto a la causa en cuestión, otras de diferente índole suficientemente justificadoras también de excepciones al principio de no discriminación, por lo que la posibilidad de implantar criterios sociales en el ACP no puede descartarse de manera absoluta. Es más, el Acuerdo señala que el pliego de condiciones que se facilite a los proveedores contendrá *los criterios en que se fundará la adjudicación del contrato, incluidos los factores, aparte del precio, que se tendrán en cuenta en la evaluación de las ofertas*¹⁹⁴ así como *cualesquiera otras estipulaciones o condiciones*¹⁹⁵. El articulado del Acuerdo corrobora de esta manera que el

¹⁹³ Art. V del ACP, el cual indica que en la aplicación y administración del presente Acuerdo las Partes tendrán debidamente en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados; en el apt. 12 del citado art. se apunta que se concederá un trato especial a los países menos adelantados Partes y a los proveedores en ellos establecidos, en relación con productos o servicios originarios de dichas Partes, en el contexto de cualquier medida general o específica a favor de los países en desarrollo Partes.

¹⁹⁴ Art. XII, apt. 2 h) del ACP.

¹⁹⁵ Art. XII, apt. 2 j) del ACP.

precio no es el único término a tener en cuenta para la adjudicación del contrato y que existe la posibilidad de evaluar otro tipo de criterios¹⁹⁶.

Pese a tal interpretación no ha de olvidarse que las principales críticas contra la OMC se centran en que el sistema financiero y comercial que promueven se basa en la competencia y la apertura de mercados en un mundo lleno de desigualdades donde ese sistema "no funciona porque convierte a los países más pobres en mendigos de las naciones más ricas"¹⁹⁷.

III.1.2. El Convenio núm. 94 y la Recomendación núm. 84 de la OIT.

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio núm. 94 sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) de 1949, *obliga únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General*¹⁹⁸. El 29 de abril de 1971 se firmó el Instrumento de ratificación para aprobar y prometer cumplir lo dispuesto

¹⁹⁶ Véase en este sentido el art. XIII, apt. 4 b) del ACP, apuntando que la entidad hará la adjudicación al licitador que se haya determinado que tiene plena capacidad para ejecutar el contrato y cuya oferta, de productos o servicios nacionales o de productos o servicios de las demás Partes, sea la más baja o, según los criterios concretos de evaluación establecidos en los anuncios o en el pliego de condiciones, se considere la más ventajosa.

¹⁹⁷ Véase la noticia "Localización versus globalización" publicada en:

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/specials/2003/comercio_-_pulseada_bajo_el_sol/newsid_3201000/3201871.stm

¹⁹⁸ Art. 11.1 del Convenio núm. 94 de la OIT.

en el Convenio, por lo que el presente Convenio entró en vigor para España el día 5 de mayo de 1972¹⁹⁹.

El Convenio núm. 94 y la Recomendación núm. 84 sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas) de 1949, superan la restrictiva interpretación que sobre cláusulas sociales mantiene el ACP. En este sentido se ha propugnado la incorporación de *una cláusula tipo en los contratos públicos a fin de garantizar que los trabajadores empleados en la ejecución de estos últimos perciban salarios y gocen de condiciones laborales que no sean menos favorables que aquellos establecidos para el mismo trabajo en la región en que éste se efectúa mediante un convenio colectivo, laudo arbitral o la legislación*²⁰⁰. Así, estos dos instrumentos amparan ya desde 1949, aunque no con la denominación expresa de "cláusula social", la inclusión de una cláusula tipo con una finalidad social.

Conviene aclarar que para satisfacer las prescripciones del Convenio aludido no es suficiente la inclusión en los contratos públicos de cláusulas que reiteren la aplicabilidad y carácter vinculante de las normas nacionales, entre ellas las relativas a los salarios, horas y demás condiciones de trabajo. Así, el objetivo esencial del Convenio núm. 94 y de la Recomendación núm. 84 *consiste en garantizar que los trabajadores contratados por un empresario y remunerados indirectamente con fondos públicos gozan de salarios y condiciones de trabajo al menos tan favorables como los salarios y las condiciones de trabajo que se contemplan normalmente según el tipo de trabajo en cuestión, y que se han fijado mediante convenios colectivos o de otro modo en el lugar donde se realiza el*

¹⁹⁹ Art. 19 del Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1971.

²⁰⁰ Véase OIT, 2008.

trabajo. Ello se hará, según Convenio, mediante la incorporación de cláusulas de trabajo adecuadas en los contratos públicos, cláusulas de trabajo que pueden ser de un contenido muy específico. Además, los Estados podrán incluir en los contratos públicos cláusulas relativas a la igualdad de remuneración y la igualdad²⁰¹. Tanto el Convenio como la Recomendación persiguen objetivos de carácter social a través de la inclusión de cláusulas tipo en la contratación pública. Por lo que, y remitiéndome a lo dicho en relación al ACP, se reitera, siempre en la medida de lo posible, la admisibilidad de incluir este tipo de cláusulas y la posibilidad de incorporar estipulaciones de diferente contenido, siempre y cuando la causa sea suficientemente justificadora como para establecer límites al principio de no discriminación.

III.1.3. Iniciativas de “contratación sostenible”: documentos y guías para su desarrollo

Se están realizando importantes y crecientes esfuerzos a nivel internacional para aplicar las normas del trabajo a la contratación pública, y a la contratación privada en las asociaciones público-privadas. Se alude a esas iniciativas con varios apelativos, entre ellos “contratación sostenible” o “consideraciones sociales en los contratos públicos”. Algunas de ellas invocan los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT, otras proporcionan directrices más concretas y prácticas. Según la OIT “los gobiernos deben convencerse del valor de las cláusulas de trabajo obligatorias para que los costos sociales dejen de estar sujetos a presiones

²⁰¹ OIT, 2008, pp. 15 y 17.

competitivas”²⁰². Muestra de esos esfuerzos son la gran cantidad de documentos y guías publicados en esta línea por Organismos Gubernamentales, Organismos Supranacionales, ONGs y Redes²⁰³. Estos documentos y guías hacen más bien referencia al cumplimiento de las normas internacionales laborales mínimas por parte de los compradores públicos, guías y documentos por lo tanto reiterativos de normativa previamente existente pero que se revelan necesarias dado el incumplimiento de las mismas en varios países²⁰⁴. No obstante, antes de seguir avanzando, quiero destacar que no son objeto de mi trabajo de investigación este tipo de cláusulas sino, y partiendo de la premisa principal de que la normativa mínima se cumple, aquellas que van más allá

²⁰² Véase el Documento informativo del Foro de diálogo mundial de la OIT sobre el trabajo decente en la contratación pública local para las obras de infraestructura, Ginebra, 17-18 de febrero de 2009, pp. 2 y 3.

²⁰³ Pueden consultarse documentos y guías elaborados por diferentes Organismos y Redes en, entre otros, los siguientes sitios web: <http://www.iclei.org/> (Local Governments for Sustainability), <http://www.socialplatform.org/> (Platform of European Social NGOs), http://www.compraspublicas.org/content/display_news.aspx (Red Interamericana de Compras Sustentables), <http://www.nexos.es/> (Nexos), <http://www.ocde.org> (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

²⁰⁴ Obsérvese en este sentido GUTIÉRREZ HURTADO y LOBEJÓN HERRERO, 2009, pp. 55 a 73. Los autores advierten sobre la amenaza que sienten algunos países desarrollados por el incremento de la participación de algunas economías pobres en el comercio internacional. Opinan que esa sensación está relacionada con la sospecha de que esas economías fundamentan el atractivo de sus exportaciones en unos costes laborales extremadamente bajos, con los que los países más ricos no pueden competir, dado el grado de desarrollo que han alcanzado los derechos de sus trabajadores. A su juicio se genera de esta manera una dinámica de competencia desleal que enfrenta a esos países ricos con aquellos que no cumplen los estándares laborales más elementales, produciéndose lo que muchos autores denominan el “dumping social”. Así, señalan que la iniciativa que más se maneja para combatir este problema es la cláusula social, que consiste básicamente en limitar las importaciones procedentes de las economías que no garantizan el respeto de un conjunto de derechos laborales básicos.

mejorando la normativa básica y buscan la consecución de fines sociales (evitar la exclusión y la marginación, eliminar las desigualdades, etc.).

III.2. Normativa comunitaria

III.2.1. Instrumentos jurídicos vinculantes: La Directiva 2004/18/CE

El Derecho Comunitario "ha establecido desde los años setenta una normativa común en diversas Directivas con la finalidad de garantizar la efectiva concurrencia y libre acceso de los empresarios de los países Comunitarios al mercado de contratos públicos en todos los Estados miembros"²⁰⁵. La Unión Europea pretende lograr una unificación o, mejor, una armonización del marco jurídico vigente en cada uno de los Estados miembros en materia de procedimientos de adjudicación. Las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios²⁰⁶. Esta última Directiva supone un avance cualitativo en la normativa europea sobre contratación pública, pues

²⁰⁵ COSCULLUELA MONTANER, 2008, p. 410.

²⁰⁶ Sobre el desarrollo y evolución de la normativa comunitaria sobre contratos públicos previa a la aprobación de la Directiva 2004/18/CE, véase MORENO MOLINA, 1996, pp. 113 a 197.

además de refundir las anteriores Directivas sobre la materia incorpora cambios significativos en esta regulación²⁰⁷.

Derivado de la pertenencia a la Unión Europea, las Directivas que dicte esta organización internacional deben traducirse en reformas del Derecho interno de los Estados. Los Estados miembros estaban obligados a poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE a más tardar el 31 de enero de 2006²⁰⁸. Como recuerdan algunos autores, "la Directiva es un tipo de norma dirigida a la obtención de un logro, dejando a los Estados adoptar la forma y los medios necesarios para su consecución"²⁰⁹. El Estado español decidió, como medio para la consecución de los fines establecidos, aprobar una nueva ley sobre la materia, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Como se indicaba anteriormente, ésta ha sido derogada por el TRLCSP 2011. Cabe apuntar que la Ley del 2007, como práctica habitual que parece desarrollar el Estado español a la hora de cumplir sus deberes de transposición de Directivas²¹⁰, tampoco cumplía con el plazo de trasposición establecido por aquélla.

La Directiva 2004/18/CE pretende *responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, -por lo que- es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su*

²⁰⁷ Exposición de motivos I LCSP 30/2007.

²⁰⁸ Art. 80.1 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁰⁹ LASAGABASTER HERRARTE, 2007, p. 265.

²¹⁰ Véase p.e. el Informe del OSE, 19/11/07, pp. 421 y 422.

refundición en un único texto. La Directiva en cuestión está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *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*²¹¹. Eso sí, tales criterios han de estar vinculados al objeto del contrato, no pueden otorgar al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, deben estar expresamente mencionados y han de atenerse a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 de la mencionada Directiva. Los principios fundamentales aludidos son los de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, como son los de igualdad de trato, de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia²¹². Por tanto, la razón de ser de esta Directiva se encuentra en la consecución de un Mercado Interior único que garantice la libre competencia en el ámbito de la contratación pública. En consecuencia, la Directiva no nace para perseguir objetivos de política social. No obstante, a través de las normas sobre contratación pública se pueden tener en consideración aspectos sociales, siempre y cuando los mismos no sean contrarios a las normas y principios Comunitarios anteriormente mencionados²¹³. Es decir, “la contratación pública puede -y debe, diría- ser una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de

²¹¹ Considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE.

²¹² Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.

²¹³ FERNANDEZ ASTUDILLO, 2008, p. 28.

cómo deben canalizarse los fondos públicos”²¹⁴. No podemos olvidar que entre los objetivos de la Unión Europea se encuentran los de “promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social (...)”²¹⁵. Así, es cometido de la Unión Europea “promover, mediante el establecimiento de un Mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y protección social, la igualdad entre los hombres y las mujeres, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”²¹⁶. Fruto de la nula vocación social con la que nació la Unión Europea estos objetivos se encuentran hoy día y en la mayoría de los casos supeditados a los objetivos económicos de la Comunidad y gozan de una mínima protección.

Quizás por la influencia y predominio de esos objetivos económicos no se ha hecho referencia expresa a la posibilidad de incluir cláusulas sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación pública en las Directivas sobre la materia²¹⁷ hasta la aprobación de la

²¹⁴ GIMENO FELIÚ, 2006(a), p. 34.

²¹⁵ Como recordaba el derogado art. 2 TCCE.

²¹⁶ Como recordaba el derogado art. 2 TCCE.

²¹⁷ Véase sobre las lagunas que presentan en este sentido las Directivas de contratos públicos GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2003, pp. 29 y ss., en especial p. 30.

Directiva 2004/18/CE, que a diferencia de sus predecesoras admite expresamente la posibilidad de atender consideraciones de carácter social o medioambiental mediante la contratación pública posibilitando la inclusión de criterios de tal naturaleza en diferentes fases de la contratación. Así, mediante la aprobación de esta Directiva se supera la escasa trascendencia que se otorgaba a la consideración de estos objetivos en la contratación pública²¹⁸. En opinión de ciertos autores, “en la actualidad, no se valora únicamente al precio más bajo, sino que estas otras consideraciones que atienden a las políticas internas de la empresa (políticas sociales, de contratación de personas con discapacidad entre su plantilla, políticas de fomento del empleo, de formación, materiales obtenidos a partir de energías renovables, del comercio justo, etc.) pueden ser tanto o más importantes para la valoración final y adjudicación del contrato a un licitador determinado, en busca de una contratación pública sostenible, donde los criterios económicos, sociales y medioambientales aparecen combinados”²¹⁹. Existe incluso el convencimiento de que los principios sociales –también los medioambientales– gozarán con el paso del tiempo de una influencia tan fundamental como los de larga tradición histórica, donde como ejemplo se menciona el principio de publicidad²²⁰.

²¹⁸ Véase en este sentido VÈRNIA TRILLO, 2002, p. 429.

²¹⁹ VARA ARRIBAS, 2008, p. 128, matiza que los conceptos de contratación sostenible y ecológica difieren en el sentido de que el primero de ellos reúne los criterios de contratación económicos, sociales y medioambientales, mientras que el segundo sólo observa los criterios ecológicos para la decisión de adjudicación. A su vez, señala la autora que la contratación sostenible es más difícil de demostrar que la ecológica (ya que puede apreciarse de forma más subjetiva y sus elementos se pueden combinar en diferentes proporciones).

²²⁰ PÉREZ ALCÁNTARA, 2008, p. 3519.

III.2.2. Instrumentos jurídicos no vinculantes: La Comunicación interpretativa de la Comisión y la “Guía para que las autoridades públicas tomen en cuenta las consideraciones sociales en la contratación pública”.

Entre los instrumentos jurídicos no vinculantes (*soft law* o “Derecho indicativo”²²¹) especialmente relevante es la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*²²². A lo largo del análisis del capítulo IV de esta Parte se atiende rigurosamente a lo establecido en la Comunicación interpretativa, por lo que en este punto no haré referencia alguna a su contenido.

A diferencia de lo que sucede en el caso de las cláusulas medioambientales, que ya cuentan con un manual de la Comisión Europea sobre la contratación pública ecológica²²³, las cláusulas sociales carecen de una guía o manual de similar detalle e importancia. No obstante, la Comisión Europea también hace hincapié sobre cómo pueden los gobiernos actuar como ejemplo e influenciar el mercado promoviendo la contratación pública socialmente responsable, por lo que encargó un estudio sobre la incorporación de consideraciones sociales en la contratación pública de la Unión Europea. El estudio²²⁴ ha servido como

²²¹ Sobre las implicaciones institucionales y jurídicas del recurso a los instrumentos jurídicos no vinculantes o de Derecho indicativo (*soft law*) véase el Documento de trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, 14.2.2007.

²²² Bruselas, 15.10.2001.

²²³ *¡Compras ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*, CE, 2005.

²²⁴ “*Study on the incorporation of Social Considerations in Public Procurement in the EU. Proposed Elements for taking account of the Social Considerations in Public Procurement*”, 21st July 2008.

borrador para una *Guía para que las autoridades públicas tomen en cuenta las consideraciones sociales en la contratación pública*, siguiendo el ejemplo del manual sobre contratación pública ecológica. Se preveía que la guía fuera presentada a finales del otoño del 2009, año en el que se declaraba que la misma estaba bajo revisión de las partes interesadas seleccionadas, entre las cuales se encuentra la CSR Europe, red de trabajo europea líder en responsabilidad social corporativa²²⁵. La guía en cuestión fue finalmente publicada en el año 2010 bajo el título *"Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement"*²²⁶.

III.2.3. Normas y guías para la contratación pública social en algunos países de la Unión Europea

Han cumplido con la misma tarea anteriormente aludida varias autoridades nacionales de la Unión Europea. Cuentan, entre otras, con detalladas guías sobre la materia las autoridades nacionales del Reino Unido²²⁷, Dinamarca²²⁸, Francia²²⁹, Países Bajos²³⁰, Irlanda del Norte²³¹ y

²²⁵ Información obtenida de "A CSR Europe Helpdesk Service for Epson. Sustainable Public Procurement", CSR Europe, May 2009, p. 10. Este informe también señala que la UE incluirá criterios ecológicos en el 50% de sus contrataciones públicas en 2010 y reconoce que aunque los principales avances pertenecen al ámbito medioambiental, los países de la UE también trabajan para incorporar criterios sociales a sus políticas de contratación.

²²⁶ European Commission, "Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement", Commission staff working document, Brussels, 19.10.2010.

²²⁷ United Kingdom's Office of Government Commerce's guidance "Social Issues in Purchasing", 2006, accesible en: http://www.ogc.gov.uk/documents/Social_Issues_in_Purchasing.pdf y una introducción más breve "Buy and Make a Difference: How to address social issues in public procurement", 2008 accesible en:

http://www.ogc.gov.uk/documents/Social_Issues_in_Public_Procurement.pdf.

Alemania²³². Estas guías establecen la manera en la que los órganos de contratación de los respectivos países pueden incorporar cláusulas sociales en las diferentes fases de sus procedimientos de contratación.

A pesar de la existencia de varias guías, sólo algunos países establecen en sus ordenamientos jurídicos la posibilidad de introducir cláusulas sociales en la contratación pública. En Rumania una norma obliga a la administración pública a contratar personas desempleadas mediante la contratación pública. En Francia existe normativa específica sobre “cláusulas para la promoción del empleo” así como el deber de reservar un porcentaje de contratos públicos destinado al mismo fin. Por otra parte, no existe legislación específica que favorece el acceso de las empresas de

²²⁸ La *Danish Competition Authority* ha publicado guías y pautas, accesibles en: <http://www.ks.dk/udbud/vejledning/>.

²²⁹ *Ministère de l'Économie, de l'industrie et de l'emploi, Observatoire Economique de L'Achat Public, "Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées. Guide à l'attention des acheteurs publics"*, 2007, accesible en:

http://www.minefe.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/publications/documents_ateliers/personnes_eloignees/guide_commande_publique_acces_emploi_personnes_eloignees.pdf.

²³⁰ Varias guías, accesibles en:

<http://www.senternovem.nl/sustainableprocurement/criteria/index.asp>.

²³¹ *Department of Finance and Personnel, Equality Commission for Northern Ireland and the Central Procurement Directorate, "Equality of Opportunity and Sustainable Development in Public Sector Procurement"*, 2008, accesible en:

http://www.cpdni.gov.uk/equality_of_opportunity_and_sustainable_development_-_full_guidance.pdf.

²³² *Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Dorothea Hegele, "Soziale Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Arbeitshilfe für öffentliche Auftraggeber und sozialwirtschaftliche Unternehmen"*, 2005, accesible en:

http://www.equal-sachsen-sozialwirtschaft.de/download/ZZZModul_Hegele.pdf.

inserción a la contratación pública en varios países de la Unión Europea, entre ellos, Dinamarca, Austria, Luxemburgo y Rumania²³³.

III.3. Normativa estatal

III.3.1. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

El TRLCSP 2011 responde a la exigencia de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Aún siendo la obligación de incorporar al ordenamiento español la Directiva 2004/18/CE el motivo reinante para la aprobación de la Ley del 2007²³⁴, este punto de partida no operó como límite o condicionante de su alcance. La norma resultante, en consecuencia, no se constreñía a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introducía modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y

²³³ La información referente a la normativa sobre cláusulas sociales en Rumania, Francia, Dinamarca, Austria y Luxemburgo se extrae de los cuestionarios que ENSIE realizó a varios países de la UE. Los cuestionarios y sus respuestas pueden consultarse en: <http://www.ensie.org/>

²³⁴ Sobre la misma puede verse un breve resumen en BORREGO DE CARLOS, 2008, en especial p. 1. Se indica que nos encontramos ante una de las leyes más relevantes del Derecho administrativo español por dos motivos fundamentalmente. En primer lugar, porque se trata de una ley relativa a un sector económico que genera aproximadamente el trece por ciento del PIB nacional y, en segundo término, se trata de una ley *común* al conjunto de las Administraciones públicas, y desde este punto de vista, es una de las escasas normas que hoy día presentan tal carácter en el Derecho administrativo español.

empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas había puesto de relieve²³⁵. Sorprende, según algunos autores, que el Anteproyecto y luego Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2007 haya recibido las críticas más duras precisamente desde las mencionadas instancias²³⁶.

Al igual que hacía la LCSP de 2007, el TRLCSP 2011 incorpora en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva, incluyendo trascendentes innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a la misma. Así, "las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo 2005/2245 y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de recursos naturales"²³⁷.

Varios autores señalan que por influencia comunitaria, y junto a los principios generales de la contratación pública, la consecución de

²³⁵ Exposición de motivos I LCSP de 2007.

²³⁶ MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, 2008, p. 50.

²³⁷ Exposición de motivos IV. 3 LCSP de 2007.

objetivos sociales es hoy un principio más a aplicar según el TRLCSP 2011²³⁸.

Del mismo modo, el TRLCSP 2011 posibilita establecer preferencias en la adjudicación de los contratos a favor de proposiciones presentadas por determinadas empresas, por razones de índole social y en el caso de encontrarse *en igualdad de condiciones con las propuestas que sean económicamente más ventajosas*²³⁹. Existe también la posibilidad de reservar *la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos* a entidades que satisfagan ciertos intereses afines a aquellos ámbitos²⁴⁰.

No se olvide que el artículo 25 del TRLCSP 2011 establece que *en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*. Así, las posibilidades de incluir cláusulas sociales en los procedimientos de contratación no tienen por que limitarse a las ya existentes. El Texto Refundido ofrece la facultad de incluir otro tipo de pactos, condiciones o cláusulas en materia social siempre y cuando respeten los límites aludidos.

El TRLCSP 2011, dentro de los límites establecidos por la Constitución Española y subordinado a ésta, es en la referida materia (dentro del sistema constitucional) la norma escrita de mayor jerarquía, la

²³⁸ MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, 2008, pp. 108 y 109, en referencia a la LCSP de 2007. Aunque la consideración la realicen haciendo alusión a dicha Ley sirve igualmente para el TRLCSP 2011 ya que el contenido normativo correspondiente no se ha modificado. Los autores mencionan también, entre los principios aplicables hoy a la contratación pública por esa influencia comunitaria, los principios de confidencialidad, motivación de las decisiones, economía, eficiencia y eficacia y la protección del medio ambiente.

²³⁹ Véase DA 4ª del TRLCSP.

²⁴⁰ Véase DA 5ª del TRLCSP.

que por ello prevalece frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna²⁴¹. Por sus características, opino que la Ley es el mejor instrumento para trasponer y hacer cumplir lo establecido por la Directiva²⁴², pero a su vez, ese carácter fuerte y resistente que la acompaña no puede ser obstáculo para regular con más detalle y rigor elementos referidos a esa materia. En el caso que interesa, considero que no ha de ceñirse ciegamente a lo expresamente establecido en el TRLCSP 2011 para no ir más allá en la regulación de criterios sociales y medioambientales en la contratación pública, regulación que, siempre que respete dicha norma, puede ser más ambiciosa y puede desarrollada mediante normas con fuerza vinculante.

III.3.2. Actos administrativos, actuaciones administrativas e instrumentos de desarrollo

Bajo el designio de progresar en el logro de los fines sociolaborales perseguidos por estas cláusulas, son varios los gobiernos autonómicos, ayuntamientos, mancomunidades y organismos públicos los que han adoptado diferentes actos y actuaciones administrativas en esta materia. También son numerosos los instrumentos de desarrollo elaborados por organizaciones y redes de carácter social²⁴³.

²⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2008, p. 117.

²⁴² Véase DÍEZ MORENO y LÓPEZ-IBOR MAYOR, 1995, p. 160, quienes consideran que la norma de adaptación de las Directivas sobre la materia debería tener rango de ley.

²⁴³ Se indican en el Anexo 1 algunos de los actos, actuaciones administrativas e instrumentos más destacados en este sentido.

III.4. Normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco

En base a la distribución constitucional de competencias, las Comunidades Autónomas tienen la facultad de aprobar la normativa de desarrollo de la legislación básica en materia contractual. Así, *es de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado (...) -en materia- de contratos y concesiones administrativas, en el ámbito de sus competencias*²⁴⁴. Hasta ahora la Comunidad Autónoma del País Vasco no ha aprobado Ley alguna en base a dicha competencia y tampoco ha llevado a cabo mediante sus propias normas una política propia. No obstante, en el año 1996 se aprobó un Decreto sobre régimen de la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco²⁴⁵ para regular el régimen organizativo y competencial en la contratación de obras, bienes y servicios de la Administración General de la Comunidad Autónoma. Posteriormente, las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco comenzaron a ajustar su contratación a las normas establecidas en la Ley estatal del 2007²⁴⁶, sobre todo con el fin de incorporar el nuevo recurso especial en materia de contratación²⁴⁷.

En cuanto a la posibilidad de considerar criterios sociales y medioambientales en la contratación pública de la Comunidad Autónoma

²⁴⁴ Art. 11.1.b) EAPV.

²⁴⁵ Decreto 136/1996, de 5 de junio.

²⁴⁶ A tenor de lo establecido en la DA 33ª de la LCSP de 2007.

²⁴⁷ Véanse la Norma Foral 2/2008, de 23 de junio, de adaptación de la Norma Foral 3/1987, de 13 de febrero, a la LCSP de 2007 y Norma Foral 3/2008, de 23 de junio, por la que se adapta el Régimen de Contratación de la Diputación de Bizkaia a la LCSP de 2007.

del País Vasco, y en tanto en cuanto las disposiciones que a dichos criterios hacen referencia constituyen parte de la legislación denominada como básica por el TRLCSP 2011, es directamente aplicable lo establecido en éste en dicho sentido y por consiguiente al análisis general realizado en el apartado 3.1 de este capítulo.

III.4.1. Actos administrativos, actuaciones administrativas e instrumentos de desarrollo

De igual manera que en las Comunidades Autónomas anteriormente analizadas, en la Comunidad Autónoma del País Vasco también son varios los actos, actuaciones administrativas e instrumentos adoptados en aras a desarrollar los mínimos establecidos por la normativa estatal. En las siguientes líneas estudiaré, por un lado, la Instrucción aprobada por el Gobierno Vasco en esta materia y, por otro lado, algunos de los pliegos, acuerdos municipales y textos aprobados en cada territorio histórico. De igual manera que en el apartado anterior, tampoco en éste se realizará un listado exhaustivo, mostrándose los mecanismos más usados así como la modalidad de las exigencias sociales más enunciadas en el ámbito de la CAPV.

a) La Instrucción del Gobierno Vasco

El Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, consciente también de la trascendencia que tiene la consideración de estos aspectos en la contratación pública y queriendo cumplir como administración pública que es con las responsabilidades que un Estado Social le exige, aprobó, mediante Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno, la Instrucción para la incorporación de criterios sociales, medioambientales y los derivados de otras políticas públicas en la contratación de la

Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades que integran su sector público²⁴⁸. Esta Instrucción es resultado de lo instado en la proposición no de ley²⁴⁹ formulada por los grupos parlamentarios Nacionalistas Vascos, Eusko Alkartasuna y Mixto-Ezker Batua Berdeak, sobre la inclusión de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación. En la misma se destacaba que la actual legislación de contratos reconoce de manera expresa e inequívoca la posibilidad de utilizar la contratación pública para la consecución de objetivos sociales; la posibilidad de utilizar la contratación pública para fomentar la cohesión social, la igualdad de oportunidades y el empleo de personas en situación desfavorecida y el deber que tienen los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, así como de remover los obstáculos que impiden o dificultan la participación de todas las personas y grupos ciudadanos en la política, económica, cultural y social. Siendo cierto que la contratación pública se cimienta en unos criterios objetivos, en los que están las condiciones técnicas y el precio en salvaguarda de los principios de libre concurrencia y publicidad, a su vez se han obviado otros principios y criterios importantes, como son principios de carácter ético, social y solidario. Por tanto, la presente Instrucción es fruto de la creencia de que conjugar unos principios con otros principios es eficaz, es sinérgico y rentable, ya que además de obras, servicios o suministros se consigue una rentabilidad social²⁵⁰.

²⁴⁸ El Acuerdo se publica mediante Resolución 6/2008, de 2 de junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento; BOPV, nº 116, 19-06-2008.

²⁴⁹ Proposición no de ley registrada en el Parlamento Vasco el 27 de abril de 2007.

²⁵⁰ Postura defendida por la representante del grupo parlamentario Nacionalistas Vascos en su intervención parlamentaria en el “Debate y resolución definitiva de la proposición no de ley formulada por los grupos Nacionalistas Vascos, Eusko Alkartasuna y Mixto-Ezker Batua Berdeak,

El Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprueba la Instrucción establece que *el contenido de la Instrucción susceptible de ser aplicado a cualquier objeto contractual según la tipología del contrato, se incorporará a los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados por el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 22 de mayo de 2007 (BOPV, nº 246, de 24 de diciembre de 2007)*²⁵¹ y que la Instrucción se aplicará a los pliegos aprobados a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco²⁵². Se constata que hoy día el contenido susceptible de ser aplicado a cualquier objeto contractual según la tipología del contrato todavía no ha sido incorporado en su totalidad a los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares y que, no obstante, algunos órganos de contratación ya han empezado a incorporar a sus pliegos cierto contenido de la Instrucción²⁵³.

Ha sido positiva la aprobación de una Instrucción en este sentido pero quizás hubiera sido acertado recoger al mismo tiempo ese mismo contenido en una norma con naturaleza normativa y fuerza vinculante *ad extram* para la consecución de los fines perseguidos de una manera más eficaz. Cabe recordar que "las Instrucciones no son normas"²⁵⁴, son

sobre la inclusión de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación" celebrado el 8 de junio de 2007.

²⁵¹ Art. 4.1 del Acuerdo que aprueba la Instrucción.

²⁵² Art. 6 del Acuerdo que aprueba la Instrucción.

²⁵³ Véase el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de servicios por el procedimiento abierto del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del GV, accesible en:

http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.net/r43-573/es/contenidos/contratacion/su_28_09/es_su_28_09/adjuntos/SU-28-09%20PCAP.pdf

²⁵⁴ LASAGABASTER HERRARTE, 2007, p. 239.

instrumentos de los órganos administrativos para dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes y su incumplimiento no afecta por sí sólo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos²⁵⁵. En este sentido es significativo lo señalado en el Informe 3/2008, de 13 de marzo, de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco²⁵⁶, estableciendo que “Esta Instrucción habrá de ser observada en la elaboración y aprobación, por los órganos de contratación, de los pliegos de especificaciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares de cada contrato (...) En consecuencia, la aprobación de instrucciones para la elaboración de los pliegos particulares de cada contrato tiene efectos únicamente en el orden interno. Para que el contenido de dichas instrucciones tenga efecto en el orden externo es necesaria la aprobación por el órgano de contratación del pliego del concreto contrato en el que aquellas se inserten, adquiriendo a partir de entonces naturaleza contractual en relación con los sujetos intervinientes en la correspondiente contratación”. Así, el Informe a la vez que expone claramente que los efectos de la Instrucción son únicamente internos, no es tan explícito en lo que al contenido de esos efectos se refiere en tanto en cuanto sólo dispone que la Instrucción “habrá de ser observada” por los órganos de contratación. ¿Que significa exactamente que la Instrucción ha de ser observada? Estamos ante un concepto indeterminado y posible de

²⁵⁵ Art. 21.1 y 2 LRJPAC.

²⁵⁶ Informe sobre propuesta de Acuerdo de Consejo de Gobierno aprobando Instrucción sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público. El Informe no llegó a publicarse en la página web del Gobierno Vasco, lo solicité a la Junta Asesora de la Contratación Administrativa del Gobierno Vasco y me lo enviaron. La Junta Asesora en cuestión no existe como tal hoy día pero es posible obtener el Informe aludido a través de los contactos ofrecidos en: <http://www.contratacion.euskadi.net/w32-home/es/>

interpretar de diversas maneras. Si esto fuera poco, todavía se complica más la situación por la redacción de la Instrucción, que en algunos aspectos es de signo imperativo y en otros, en cambio, se limita a fijar los criterios que tiene que utilizar el órgano de contratación para decidir la incorporación de uno u otro aspecto al pliego. Esto así, el propio Informe admite “que esta técnica puede inducir a primera vista a confusión e incertidumbre sobre el grado de imperatividad de los distintos contenidos de la Instrucción, sin embargo, debe tenerse en cuenta que muchos de los aspectos contemplados por la Instrucción se encuentran supeditados en su aplicación a las concretas características del servicio o producto demandado en cada contratación, en consecuencia, no puede evitarse la referida redacción en la que la aplicación o no del supuesto se vincula a la concurrencia de determinadas situaciones de hecho”.

b) Algunos pliegos, acuerdos municipales y textos aprobados en los Territorios Históricos.

Como se anunciaba en el apartado 3.2 de este capítulo son varios los gobiernos autonómicos, ayuntamientos, mancomunidades y organismos públicos los que han adoptado diferentes actos y actuaciones administrativas sobre la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública. En el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco se han adoptado en este sentido diferentes instrumentos. Se indican en el Anexo 1 algunos de los pliegos, acuerdos municipales y textos aprobados en los Territorios Históricos, sin pretender en modo alguno hacer un listado exhaustivo de los mismos.

CAPÍTULO IV:

Fases para la consideración de criterios sociales en el procedimiento de contratación del sector público

Los sujetos del sector público que decidan celebrar un contrato han de cumplir con los trámites establecidos legal y reglamentariamente. Estos trámites constituyen en su conjunto el procedimiento de contratación. El procedimiento de contratación, en general, puede desglosarse en diferentes fases, como son la definición del objeto a contratar ante una necesidad de satisfacer un interés público o un interés general, la preparación de los expedientes, los procedimientos y formas de adjudicación, la formalización y adjudicación del contrato y la ejecución de lo establecido en él.

Manifestaba en líneas anteriores como actualmente cabe la posibilidad de perseguir objetivos sociales mediante la incorporación de cláusulas sociales en el procedimiento de contratación pública. Esta posibilidad ha sido reconocida sobre norma muy recientemente pero ello no quiere decir que la idea fuera concebida ayer ni que no se hayan desarrollado actuaciones en esta línea anteriormente. El presente capítulo se dedica a analizar las oportunidades que ofrece el procedimiento de contratación para la consideración de criterios sociales en cada una de las fases que lo componen. Con este fin, sólo se profundizará en aquellos aspectos concretos de cada fase que pueden dar lugar a la integración y valoración de tales criterios. Así, y en relación a esos concretos aspectos, se señalarán las posibilidades que ofrecen tanto la Directiva 2004/18/CE como el TRLCSP 2011, y, en su caso, jurisprudencia e informes de

diferentes Juntas Consultivas de Contratación Administrativa²⁵⁷ que puedan resultar de interés, así como la interpretación que sobre la materia realiza la Comisión Europea²⁵⁸.

IV.1. Definición del objeto del contrato

La elección del objeto del contrato no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE.

El TRLCSP 2011, en cuanto al objeto del contrato, dispone que el mismo ha de ser *determinado* y que *no podrá fraccionarse (...) con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan*²⁵⁹. A su vez, también reclama que los *entes, organismos y*

²⁵⁷ En cada Comunidad Autónoma los órganos destinados a esta función son denominados de diferente manera por lo que la denominación general aquí utilizada viene a hacer referencia a todos ellos, así como a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

²⁵⁸ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001. La Comunicación está destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en este tipo de contratos, para ello sigue las distintas fases de un procedimiento de contratación pública y señala, en cada una de ellas, si es posible tomar en consideración ciertos aspectos sociales y en qué medida. Sobre las previsiones tímidas que realiza la Comunicación véase VÈRNIA TRILLO, 2002, p. 436. La autora entiende que demandan la concurrencia de otros requisitos para que se materialicen en concretas propuestas de actuación. Así pues, a modo de ejemplo, la autora subraya que la incorporación de las cláusulas sociales en la ejecución de contratos públicos exige una voluntad política firme y decidida en este sentido, integrando estas previsiones en los correspondientes pliegos reguladores de los diferentes contratos e inspeccionando el efectivo desarrollo de las mismas en la ejecución de aquellos.

²⁵⁹ Art. 86.1 y 2 TRLCSP 2011.

*entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*²⁶⁰. En consonancia, requiere que el expediente de contratación se inicie por el órgano de contratación *motivando la necesidad del contrato* en los términos previstos anteriormente²⁶¹.

De este modo, según algunas autoras, “como primera determinación del régimen de los contratos del sector público, se establece que la responsabilidad del órgano de contratación se extiende no sólo al puntual cumplimiento de las normas de tramitación, sino que, como presupuesto previo, requiere una reflexión de fondo sobre si resulta preciso el contrato para la realización de los fines institucionales que tiene asignados y sobre si su diseño jurídico es el más adecuado para obtenerlos, con el fin de asegurar no sólo que se contrata correctamente – en el sentido de ajuste formal a las normas procedimentales- sino también que sólo se contrata aquello que es estrictamente necesario”²⁶².

²⁶⁰ Art. 22 TRLCSP 2011.

²⁶¹ Art. 109 TRLCSP 2011.

²⁶² GALLEGO CÓRCOLES, 2008, p. 62. La autora cita la Memoria justificativa del anteproyecto LCSP de 2007.

La falta de motivación de las necesidades a cubrir por el contrato constituye un vicio de anulabilidad del contrato administrativo²⁶³.

Los órganos de contratación, "conscientes de la importancia del gasto en contratación pública, deben hacer una buena elección de los productos y servicios que contratan"²⁶⁴. Según la Comisión Europea, "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 ¿que 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. Hasta que punto lo harán depende en amplia medida de la concienciación y los conocimientos de los poderes adjudicadores"²⁶⁵. En relación a esto último, y partiendo sobre la premisa de que la regulación concerniente al objeto del contrato no se encuentra en la Directiva, sería interesante que los Estados miembros concretaran normativamente cómo han de tenerse en cuenta tales aspectos y cómo ha de escogerse el objeto que más se corresponda con sus objetivos sociales para que ésta práctica no dependa única y exclusivamente de la concienciación y los conocimientos de los poderes adjudicadores a los que hace referencia la Comisión. Esa concreción puede, en primer lugar,

²⁶³ GALLEGO CÓRCOLES, 2007, p. 54. Se citan la STS de 18 de noviembre de 2003 y la STSJ de Cataluña de 4 de abril de 2005.

²⁶⁴ VARA ARRIBAS, 2008, p. 128.

²⁶⁵ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 6.

hacerse de una manera general para, posteriormente, ser desarrollada y adaptada a cada tipo de contrato concreto.

En principio, el poder adjudicador es libre de definir el objeto del contrato de la manera que considere más oportuna. A la legislación sobre contratación pública no le preocupa mucho qué es lo que se compra, sino principalmente cómo se compra. Por esa razón, ninguna de las Directivas sobre contratación pública restringe el contenido del objeto del contrato en este sentido²⁶⁶.

En consecuencia, los órganos de contratación pueden tener en cuenta aspectos sociales a la hora de decidir el objeto del contrato, eso sí, en la medida en que ese objeto cumpla con los requisitos señalados por el TRLCSP 2011, es decir, ha de ser determinado, no podrá fraccionarse para eludir la aplicación de ciertas normas y ha de justificarse su necesidad para el cumplimiento y realización de los fines institucionales perseguidos. Por último, pero no por ello menos importante, y como consecuencia de nuestra pertenencia a la Unión Europea y el respeto a la libre competencia que ha de primar en el Mercado Interior que constituye, debemos añadir un límite más, "que la elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros"²⁶⁷.

Es importante diferenciar entre la incorporación de cláusulas sociales en un contrato público y la posibilidad de atender aspectos

²⁶⁶ *"Study on the incorporation of Social Considerations in Public Procurement in the EU. Proposed Elements for taking account of the Social Considerations in Public Procurement"*, Estudio encargado por la CE y que sirve como borrador para la *"Guide for public authorities to taking account of social considerations in public procurement"*, p. 31.

²⁶⁷ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 7.

sociales en la elección del objeto del contrato. Es decir, las cláusulas en cuestión harían referencia y condicionarían las fases de selección, adjudicación y ejecución mientras que la atención a aspectos sociales en la elección del objeto conduciría a escoger el producto o servicio que más se corresponda con sus objetivos sociales. En el caso de incorporar cláusulas sociales el régimen jurídico del contrato se vería afectado, lo que no tiene por qué suceder en el caso de que el objeto esté destinado a un fin social. La diferencia entre ambas posibilidades no quiere decir que la una se oponga a la otra, es decir, ambas pueden ser aplicables simultáneamente. Así, el órgano de contratación puede incorporar cláusulas de contenido social condicionantes de las fases de selección, adjudicación y ejecución en un contrato cuyo objeto esté destinado a un fin social (p.e. la puesta en marcha de un proyecto de inserción laboral, con sus respectivas cláusulas en las fases de selección, adjudicación y ejecución, en torno a la construcción de un colegio público).

IV.2. Especificaciones técnicas

La Directiva 2004/18/CE ordena que las especificaciones técnicas deben figurar *en la documentación del contrato, como los anuncios de licitación, el pliego de condiciones o los documentos complementarios*. Éstas deben *definirse teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios*²⁶⁸ y deben *permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos a la competencia*²⁶⁹. A su vez, sin perjuicio de las normas

²⁶⁸ Art. 23.1 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁶⁹ Art. 23.2 y Considerando 29 de la Directiva 2004/18/CE.

nacionales obligatorias, se recogen fórmulas para establecer las especificaciones técnicas²⁷⁰.

El TRLCSP, al incorporar el artículo de la Directiva sobre especificaciones técnicas, establece que *se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación*²⁷¹. Se trata, según algunos autores, de “una manifestación más de la vinculación de la contratación pública a las políticas sociales y medioambientales, expresada destacadamente en la Directiva 2004/18/CE y recogida todavía de forma más decidida que la norma comunitaria”²⁷².

²⁷⁰ Art. 23.3 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁷¹ Art. 117 TRLCSP 2011.

²⁷² MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, 2008, p. 441, en referencia al art. 101 de la LCSP de 2007. Comparto la opinión de ambos autores en este sentido. No obstante, opino que en lo que a la vinculación con las políticas sociales se refiere, el TRLCSP 2011 podía haber acogido mayores referencias en este sentido en la regulación sobre prescripciones técnicas. Véase como ejemplo la enmienda núm. 125 del GP de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds al art. 101.6 de la LCSP de 2007, de adición: “Cuando se haga referencia a productos de Comercio Justo éstos deben estar producidos y comercializados en consonancia con la descripción establecida por el Parlamento Europeo en el artículo 2 de la Resolución en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)]. Se considerará que los productos que hayan sido importados y distribuidos por Organizaciones de Comercio Justo acreditadas por IFAT o acreditadas por la Coordinadora Estatal de Comercio Justo o que porten el sello de Comercio Justo FLO, cumplen dichos criterios. Los

El TRLCSP 2011 también dispone que las mismas deben permitir *el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia*²⁷³. Puede observarse como el principal objetivo de las disposiciones de la LCSP hasta aquí enunciadas es promover la competitividad en el ámbito de la contratación pública.²⁷⁴ En realidad, el requerimiento de que las especificaciones técnicas no tengan carácter discriminatorio no es más que una obligación derivada directamente de los principios de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios impuestos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a todos los Estados Miembros²⁷⁵. En este sentido, el objeto del contrato se definirá de manera que no se restrinja el acceso al mismo a empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea²⁷⁶.

En cuanto al contenido, el pliego de prescripciones técnicas particulares debe recoger, al menos, las *características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las*

operadores económicos (suministradores) deben demostrar la equivalencia del cumplimiento de dichos criterios por cualquier medio de prueba adecuado”.

²⁷³ Art. 117.2 TRLCSP 2011.

²⁷⁴ VICENTE IGLESIAS, 2008(b), p. 259. El autor reseña que el fomento de la competitividad es precisamente una de las principales preocupaciones del legislador Comunitario en materia de contratación pública.

²⁷⁵ MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, 2008, p. 436.

²⁷⁶ BLÁZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO, 2005, p. 40. Se cita el Informe 16/01 de la JCCA de las Islas Baleares de 29 de noviembre.

*unidades a suministrar y en su caso, requisitos, modalidades y características técnicas de las variantes*²⁷⁷.

Los Pliegos de Prescripciones Técnicas deben limitarse a establecer los elementos relativos a la ejecución del contrato y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares a establecer lo relativo al procedimiento y forma de adjudicación²⁷⁸.

De acuerdo con las Directivas sobre contratación pública, la Comisión Europea estima que “los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de imponer especificaciones técnicas que definan con mayor precisión el objeto de la compra o de la prestación, siempre que éstas se atengan a las indicaciones dadas en las Directivas y que no tengan por efecto eliminar o aventajar a un licitador”²⁷⁹. En este sentido, la Comisión Europea interpreta que aparte de las especificaciones técnicas que reflejan la normativa obligatoria en materia social, hay otros ejemplos de especificaciones técnicas de «connotación social» que sirven para definir objetivamente un producto o una prestación²⁸⁰.

²⁷⁷ Art. 68.1 RGLCAP.

²⁷⁸ MORRÁS CEPEDA y YÁÑEZ DÍAZ, 2008, p. 418.

²⁷⁹ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 8.

²⁸⁰ Se cita como ejemplo la compra de material o servicios informáticos adaptados a las necesidades de los invidentes. La CE interpreta que este tipo de exigencias sirve para definir las características técnicas del producto, por lo que guarda relación directa con el objeto. Para más ejemplos desarrollados en diferentes Estados Miembros, véase “*Study on the incorporation of Social Considerations in Public Procurement in the EU. Proposed Elements for taking account of the Social Considerations in Public Procurement*”, Estudio encargado por la CE y que sirve como borrador para la “*Guide for public authorities to taking account of social considerations in public procurement*”, pp. 38 a 45. Interesante es también la mención que hace este estudio en la p. 41 a

Como subrayan algunos autores, los aspectos sociales establecidos en las especificaciones técnicas pueden cumplir diferentes funciones. En unos casos permiten que el objeto del contrato se defina conforme a las normas sociales de carácter obligatorio (como pueden ser las normas sobre accesibilidad). En otros casos son mecanismos destinados a promover ciertos fines o intereses sociales. Así, por ejemplo, incluyen entre las especificaciones técnicas de carácter social, “la que impone en el contrato de suministro de equipos informáticos que éstos sean accesibles a personas con discapacidad; la que en el contrato para la realización de una obra exige que las escaleras y puertas sean accesibles; la que en el contrato de suministro para las máquinas de café impone que éste sea ecológico o de comercio justo; la que exige en el contrato que el papel sea exclusivamente reciclado, o, en fin, la que exija en un contrato de suministro de ropa que ésta no haya sido manufacturada en lugares donde no se respete el Convenio de la OIT sobre trabajo infantil”²⁸¹. La regulación vigente admite incorporar consideraciones sociales sólo si están vinculadas al objeto del contrato (tanto si se trata de exigencias de solvencia técnica y profesional como de los criterios de adjudicación). Por ello, es suma la importancia de la definición del objeto del contrato en las especificaciones técnicas y la necesidad de integrar los aspectos sociales en todas las fases del procedimiento de contratación²⁸².

las variantes como vía posible e idónea a la que pueden recurrir los órganos adjudicadores cuando no gozan de la certeza necesaria sobre como incorporar de la mejor manera los estándares sociales en las especificaciones técnicas

²⁸¹ MARTÍNEZ FONS, 2009 (a), p. 3. Véase en este mismo sentido RIAÑO POMBO y SÁNCHEZ VILLALTA, 2010, p. 80.

²⁸² SÁEZ LARA, 2009, pp. 29 y 30.

IV.3. Selección de los candidatos o licitadores

La regulación que determina los requisitos a cumplir por quienes quieran contratar con el sector público es una de las más detalladas y estrictas²⁸³.

Para contratar con el sector público, las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, deben: tener plena capacidad de obrar; no estar incursas en una prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica, financiera, técnica o profesional o estar debidamente clasificadas en los casos en que la norma así lo exija²⁸⁴.

En el presente apartado sólo se hará referencia a las posibilidades que ofrecen en el tema objeto de investigación las causas de prohibición para contratar y los criterios relativos a la solvencia técnica.

IV.3.1. Prohibición de contratar

La Directiva 2004/18/CE establece, entre otras razones de exclusión, que podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico *que haya sido condenado por sentencia con autoridad de cosa juzgada según las disposiciones legales del país y en la que se aprecie un delito que afecte a su moralidad profesional*²⁸⁵; *que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar*²⁸⁶, *que no esté al*

²⁸³ JIMÉNEZ APARICIO, 2009, p. 743.

²⁸⁴ Art. 54.1 TRLCSP 2011.

²⁸⁵ Art. 45.2.c) de la Directiva 2004/18/CE.

²⁸⁶ Art. 45.2.d) de la Directiva 2004/18/CE.

*corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador (...)*²⁸⁷. Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la normativa comunitaria las causas de exclusión se enumeran “de manera exhaustiva” pero este carácter “no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de adoptar normas materiales para garantizar, en particular, que se respeta (...) tanto el principio de igualdad de trato como el consiguiente principio de transparencia (...)”²⁸⁸. La Directiva 2004/18/CE menciona expresamente que los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación de las causas aludidas de conformidad con su Derecho nacional²⁸⁹, por lo que podemos “concluir que la normativa comunitaria permite a los Estados un amplio poder de configuración de la lista de causas de exclusión”²⁹⁰.

A tenor del TRLCSP 2011, no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurren ciertas circunstancias, entre las cuales destaco las más relacionadas al ámbito social: *haber sido condenadas mediante sentencia firme por (...) delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, (...), delitos relativos a la protección del medio ambiente, (...)*²⁹¹; *haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por*

²⁸⁷ Art. 45.2.e) de la Directiva 2004/18/CE.

²⁸⁸ STJCE 2008\312, apts. 43 y 44.

²⁸⁹ Art. 45.2 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁹⁰ SÁEZ LARA, 2009, p.33.

²⁹¹ Art. 60.1.a) TRLCSP 2011.

*infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (...) ²⁹² y no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes (...) ²⁹³. Estas causas no son, hablando en sentido estricto, ejemplos de cláusulas sociales, sino más bien sanciones relativas al incumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social. Además, y como novedad a lo establecido por la Directiva, es circunstancia que impedirá a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas *haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 118, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario* ²⁹⁴. Las condiciones especiales de ejecución ²⁹⁵ pueden ser de carácter social, por lo que estamos ante una nueva vía para atender a estas exigencias entre las causas de prohibiciones para contratar. De esta manera el TRLCSP 2011 ha incorporado una nueva causa de prohibición compatible con las exigencias del Derecho Comunitario y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas precedentemente aludidas. Es decir, se ha establecido precisando las*

²⁹² Art. 60.1.c) TRLCSP 2011.

²⁹³ Art. 60.1.d) TRLCSP 2011.

²⁹⁴ Art. 60.2.e) TRLCSP 2011.

²⁹⁵ Las condiciones especiales de ejecución son objeto de estudio más detallado en el apartado IV.6 de este capítulo por lo que me remito a lo recogido en él.

condiciones de aplicación de la causa sobre “materia profesional”²⁹⁶ recogida en la Directiva, de conformidad con el Derecho nacional²⁹⁷, respetando los principios de igualdad de trato y de transparencia²⁹⁸ y de manera “proporcionada”²⁹⁹. A mi entender, esta innovadora causa introducida por el legislador español es muestra de que, respetando los límites referidos, es posible establecer otras nuevas causas de prohibición de carácter social en la normativa nacional. Existente pues la opción jurídica para elaborarlo, sólo falta la voluntad para efectuarlo.

Resulta extraña la clasificación que sobre las causas de prohibición realiza el TRLCSP 2011. Éste recoge, por un lado, el listado de causas que impedirán contratar con “el sector público” y, por otro lado, una única causa (el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución) como prohibición para contratar con “las Administraciones Públicas”. El resultado es que una empresa, aún incumpliendo en determinado contrato una condición especial establecida, podrá en el futuro contratar con aquellas otras entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública³⁰⁰.

La Comisión Europea considera que, de conformidad con las disposiciones de las Directivas reguladoras de la materia, “podemos

²⁹⁶ Art. 45.2. d) de la Directiva 2004/18/CE.

²⁹⁷ En base a lo redactado en el art. 45.2 de la Directiva 2004/18/CE, donde se recoge el “amplio poder de configuración de la lista de causas de exclusión” anteriormente mencionado.

²⁹⁸ Principios exigidos por el TJCE para estos casos en su Sentencia 2008\312 anteriormente analizada en este mismo capítulo.

²⁹⁹ SÁEZ LARA, 2009, pp. 36 y 37.

³⁰⁰ BERNAL BLAY, 2008, p. 225. El autor considera sorprendente e injustificado este doble tratamiento que recibe el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución establecidas en el contrato.

imaginar una serie de supuestos en los que cabría excluir a los licitadores que hayan infringido la legislación de carácter social, si esta infracción constituye una falta grave en materia profesional o un delito que afecte a la moralidad profesional. Estas cláusulas de exclusión pueden, por ejemplo, comprender el incumplimiento de las disposiciones en materia de igualdad de trato o de salud y seguridad o a favor de determinadas categorías de personas”³⁰¹.

IV.3.2. Acreditación de la solvencia técnica

En aras a garantizar no sólo la capacidad jurídica sino también la capacidad real, ya sea de índole económico financiera o técnica, de la empresa para afrontar las obligaciones a contraer se requiere que éstas acrediten previamente su solvencia³⁰².

La solvencia, como requisito, tiene un carácter eliminatorio pues quienes no cumplan las exigencias sobre solvencia establecidas serán excluidos de la licitación³⁰³.

El presente apartado sólo se centrará al análisis de la capacidad técnica o profesional en tanto en cuanto es la que más oportunidades puede ofrecer a la hora de valorar los criterios sociales.

La Directiva recoge los medios a través de los cuales los operadores económicos podrán acreditar sus capacidades técnicas. En resumen, y

³⁰¹ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 11.

³⁰² SÁNCHEZ MORÓN, 2008, p. 591.

³⁰³ JIMÉNEZ APARICIO, 2009, p. 886.

destacando sólo los que más interesan, estos medios son: la *presentación de la lista de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años (...); presentación de una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante los tres últimos años (...); indicación del personal técnico u organismos técnicos (...)* y especialmente los responsables del control de la calidad y, cuando se trate de contratos públicos de obras, aquellos de los que disponga el empresario para la ejecución de la obra; descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el proveedor o el prestador de servicios para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de su empresa; indicación de los títulos de estudios y profesionales del prestador de servicios o del empresario o de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de la prestación de los servicios o de la ejecución de las obras; declaración que indique la plantilla media anual del prestador de servicios o del empresario y la importancia del personal directivo durante los tres últimos años; declaración sobre la maquinaria, el material y el equipo técnico del que dispondrá (...) para ejecutar el contrato e indicación de la parte del contrato que el prestador de servicios tiene eventualmente el propósito de subcontratar³⁰⁴. El poder adjudicador debe precisar en el anuncio o en la invitación a licitar cuáles de los medios mencionados pretende adquirir³⁰⁵. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aclaró en el asunto *Beentjes*³⁰⁶ que estas disposiciones no pretenden delimitar la competencia de los Estados miembros para fijar el nivel de capacidad –en este caso- técnica sino determinar cuáles son las referencias comprobatorias o los medios de

³⁰⁴ Art. 48.2 de la Directiva 2004/18/CE.

³⁰⁵ Art. 48.3 de la Directiva 2004/18/CE.

³⁰⁶ STJCE 1989\26 apt. 17.

prueba que pueden aportarse para justificar esa capacidad. No obstante, el Tribunal subraya que de estas disposiciones se deriva que los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica. Así, nos encontramos ante una lista de medios de prueba exhaustiva, lo que no quiere decir que también las capacidades o los criterios de solvencia a acreditar se encuentren establecidas exhaustivamente.

La norma del Estado español establece que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deben *acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación y que este requisito será sustituido por el de clasificación cuando así lo exija la Ley*³⁰⁷. Los requisitos mínimos de solvencia a reunir por el empresario y la documentación requerida a fin de acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, *debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo*³⁰⁸. En la misma línea que la norma comunitaria, el TRLCSP 2011 también menciona que *en los contratos de servicios y de obras, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación*³⁰⁹. Asimismo, los órganos de contratación pueden exigir a los licitadores *que se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales*

³⁰⁷ Art. 62.1 TRLCSP 2011.

³⁰⁸ Art. 62.2 TRLCSP 2011.

³⁰⁹ Art. 64.1 TRLCSP 2011.

*suficientes para ello*³¹⁰. En cuanto a los medios posibles para acreditar la solvencia técnica, la Ley reproduce los medios establecidos por la Directiva pero de manera diferente, es decir, presenta una lista individual para cada tipo de contrato (contratos de obras, contratos de suministros, contratos de servicios y restantes contratos) seleccionando los medios que corresponden a cada uno de ellos³¹¹. Se trata de un sistema de lista cerrada pues no se ofrece la posibilidad de acreditar la solvencia técnica a través de medios no establecidos en el TRLCSP 2011³¹². Los medios acreditativos son básicamente los mismos que los recogidos en la Directiva ya mencionados, por lo que no he procedido a enumerarlos otra vez. No obstante, sí quiero hacer referencia al denominado por el TRLCSP 2011 como “indicación de las medidas de gestión medioambiental” para los contratos de obras. Este medio no se recogía en la normativa precedente al Texto Refundido ni tampoco a la LCSP de 2007. Responde a la necesidad de trasponer lo establecido en la Directiva 2004/18/CE. No es el contenido de esta nueva disposición lo que me interesa destacar sino su origen y evolución. Esta disposición comunitaria emana de la denominada “compra pública verde” o “*buying green*” de la Unión Europea así como de varias decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el Estado español, por ejemplo, existe el “Plan de Contratación Pública verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos y las

³¹⁰ Art. 64.2 TRLCSP 2011.

³¹¹ Véanse arts. 76, 77, 78 y 79 TRLCSP 2011.

³¹² PAREJO ALFONSO, PALOMAR OLMEDA y Otros, 2009, p. 531, en referencia a la LCSP de 2007. Los autores señalan la diferencia con la acreditación de la solvencia económica y financiera donde se mantiene el sistema de lista abierta. Así, pueden admitirse otros medios de acreditación de la solvencia económica y financiera. A mi entender no está del todo clara la justificación para admitir medios acreditativos no establecidos por la Ley en un tipo de solvencia y en otro no.

entidades gestoras de la Seguridad Social”³¹³. Así, y en lo que aquí interesa, el proceso seguido en la introducción de este medio de acreditación de contenido medioambiental refleja que la incorporación de medios acreditativos de contenido social es posible, eso sí, si en materia social se llega a progresar tanto como se ha hecho en el plano medioambiental. Es decir, se requiere una mayor evolución de la “compra pública social” de la Unión Europea, y como no, un verdadero “Plan de Contratación Pública social de la Administración General del Estado”.

La fase de selección está destinada a elegir los licitadores que los poderes adjudicadores consideran capaces de ejecutar el contrato, por lo que la Comisión Europea ya venía haciendo hincapié sobre la necesidad de que las exigencias impuestas estén directamente relacionadas con el objeto del contrato³¹⁴. En este sentido, destaca la Comisión que “las pruebas que permiten exigir las Directivas sobre contratos públicos sólo ofrecen la posibilidad de tener en cuenta la «solvencia social» de la empresa (denominada también, en ocasiones, «responsabilidad social») si ésta demuestra la capacidad técnica de la empresa (...) para ejecutar un determinado contrato”³¹⁵. De lo expuesto por la Comisión Europea, así como en la Directiva y en el TRLCSP 2011, se pueden deducir dos conclusiones, una, la diferenciación entre las exigencias de capacidad técnica y los medios o pruebas para su acreditación y, segunda, que las exigencias han de estar directamente relacionadas con el objeto del

³¹³ Aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de enero de 2008. PAREJO ALFONSO, PALOMAR OLMEDA y Otros, 2009, pp. 668 y 669.

³¹⁴ En el mismo sentido véase la Guía sobre Contratación Pública y Competencia de la CNC (p. 13) analizada en el apt. IX de esta Parte Segunda.

³¹⁵ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 12.

contrato y que los medios de acreditación han de acreditar la capacidad técnica para ejecutar un determinado contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, haciendo referencia al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RDLeg 2/2002, de 16 de junio, también se ha pronunciado sobre las condiciones que han de reunir los criterios que acrediten la solvencia de la empresa para ejecutar la prestación, estableciendo que "deben figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el anuncio del contrato, ser criterios determinados, estar relacionados con el objeto y el importe del contrato, encontrarse entre los enumerados en los citados artículos y que en ningún caso pueden producir efectos de carácter discriminatorio"³¹⁶.

Es importante recordar en este punto que, como más adelante veremos más detalladamente, los criterios que la normativa establece para valorar la solvencia técnica y profesional tienen una función diferente que la de los criterios que deben seguirse para la adjudicación del contrato. Esta diferente función y la también distinta regulación de ambos tipos de criterio tanto en la normativa comunitaria como estatal, imponen como consecuencia que en principio no quepa utilizar como criterios de adjudicación los establecidos como criterios para la valoración de la solvencia técnica³¹⁷.

Actualmente existen diferentes opiniones sobre la admisibilidad de incorporar criterios sociales en la fase de selección. Las posiciones

³¹⁶ Informe 36/07 de la JCCA de 5 de julio, "Aplicación singular de determinados medios de valoración de solvencia referidos a la acreditación de experiencia en trabajos realizados en un lugar determinado".

³¹⁷ DCE 342/2003, de 30 de abril de 2003.

contrarias a su admisibilidad aluden a las limitaciones del marco normativo en vigor. Sin embargo, existen posturas favorables a la integración de los aspectos sociales en esta fase, aunque sea muy limitadamente, y es más, que es de suma trascendencia solicitar ciertos criterios sociales en la fase en cuestión³¹⁸. Coincido con esta última opinión, pues comparto la idea de que la exigencia de una determinada “solvencia social” es lícita siempre que se cumplan ciertas condiciones. Así, la “solvencia social” en cuestión deberá estar relacionada con el objeto del contrato, debe servir como indicador de la capacidad técnica de la empresa (de acuerdo con lo establecido en los artículos 74 a 79 del TRLCSP 2001) y no debe ser discriminatoria³¹⁹.

Analizaré seguidamente como encajan en la solvencia técnica determinados aspectos, tales como, el grado de estabilidad en la plantilla, la subcontratación, la experiencia, la prevención de riesgos laborales y la siniestralidad laboral. Se podrán observar con mayor detalle las diferentes posturas indicadas anteriormente y mantenidas en torno a cada uno de estos aspectos.

a) Grado de estabilidad en la plantilla como criterio de solvencia técnica

La garantía de la estabilidad laboral³²⁰ de las personas trabajadoras ha sido uno de los fines más clamados por juristas, laboristas, sindicatos, políticos y, como no, por los propios trabajadores y trabajadoras, que son

³¹⁸ SÁEZ LARA, 2009, pp. 40 y 41.

³¹⁹ BERNAL BLAY, 2008. pp. 225 y 226.

³²⁰ Sobre la estabilidad en el empleo como valor social y económico véase MONTOYA MELGAR, 2001, pp. 61 y 62.

los que más sufren las consecuencias de la inestabilidad laboral³²¹. Mientras se ha pretendido mediante la normativa laboral fomentar la estabilidad de la contratación laboral, lo cierto es que en la práctica la gran mayoría de esa contratación ha sido de carácter temporal.

En este sentido, es curioso como una Ley que según el legislador español prevé mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social como condiciones especiales de ejecución o como criterios para valorar las ofertas³²², en otras fases como en la valoración de la solvencia parece evolucionar en sentido contrario eliminando referencias de normas anteriores que ayudaban en la contribución de fines sociales. Así, cuando el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDLeg 2/2002, de 16 de junio, disponía que la solvencia técnica del empresario podría ser justificada por medio de una "declaración sobre los efectivos personales medios anuales de la empresa, indicando, en su caso, grado de estabilidad en el empleo de los mismos"³²³, la norma hoy en vigor únicamente hace referencia a una *declaración sobre la plantilla media anual de la empresa*³²⁴, suprimiendo la posibilidad de valorar el grado de estabilidad de la misma³²⁵. Parece que la LCSP de 2007 así como el actualmente en vigor TRLCSP 2011 han optado por trasponer literalmente lo establecido en la Directiva, que no recoge esta referencia sobre el grado de estabilidad, y

³²¹ Considerada por OJEDA AVILÉS y GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, p. 21, como una de las lacras más importantes a lidiar por el legislador.

³²² Exposición de motivos 3 de la LCSP de 2007.

³²³ Art. 17.d) y 19.d) de la LCAP.

³²⁴ Art. 76.e) y 78.g) TRLCSP 2011.

³²⁵ El CES criticó en su dictamen al anteproyecto de la LCSP de 2007 que ésta hiciera desaparecer la mención sobre el grado de estabilidad en el empleo.

eliminar la mención que de forma innovadora sí recogía su antecesora, pasando por alto el dato de que ninguna Directiva sobre la materia recogía nada similar y que, "por tanto, esta inclusión no fue caprichosa por parte del legislador español, sino que pretendía complementar y mejorar tales medios de acreditación de la solvencia"³²⁶. Sin embargo, hay quien opina que pese a la desaparición de la mención expresa aludida el espíritu de la norma aludida está orientado a la reducción de la inestabilidad laboral con el propósito de corregir los deplorables efectos que de ella derivan³²⁷.

b) La subcontratación entre los criterios de solvencia técnica

La subcontratación es un mecanismo a veces necesario para la realización de actividades productivas. No obstante, el inmenso uso que de esta figura se hace actualmente se encuentra en muchos casos motivado por razones económicas. Así, puede decirse que se busca la reducción de personal propio, la reducción de costes fijos de la empresa principal, etc. Esta situación requiere que la normativa prevea los efectos jurídicos derivados de las relaciones de este mecanismo sobre el personal que se encarga de ese trabajo descentralizado. La normativa laboral ha brindado por ello una especial atención al fenómeno de la subcontratación con el objetivo de que el personal de las empresas auxiliares tenga garantizado el cumplimiento de las obligaciones empresariales así como un tratamiento análogo al del personal de la empresa principal³²⁸. Parte de la doctrina destaca que hoy día la Administración Pública, al igual que las

³²⁶ BLÁZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO, 2005, p 41.

³²⁷ La apreciación se efectúa en relación a la LCSP de 2007. Más extensamente sobre este tema RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, p. 189 y ss.

³²⁸ MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, 2007, p. 237.

empresas privadas, recurre cada vez más a la descentralización de actividades, sobre todo de actividades que no revisten la condición de función pública³²⁹. En este apartado se hace referencia a aquellos casos en los cuales una empresa que ha contratado con el sector público subcontrata parte de sus actividades con otra empresa auxiliar.

La normativa sobre contratación pública sí recoge la temática de la subcontratación en la fase de acreditación de la solvencia. La Directiva establece que *en el pliego de condiciones, el poder adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos*³³⁰. El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2002, ya trataba este tema³³¹ pero la LCSP de 2007 –también el TRLCSP 2011- introdujo novedosamente este requisito como uno de los medios para acreditar la solvencia del empresario, medio que requiere la “indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar”³³². En materia de subcontratación, hay dos cuestiones que llaman la atención sobre la trasposición que la Ley realiza. Para empezar, y partiendo de la forma en que la disposición está redactada, parece que el legislador da por hecho, y a su vez avala, que el empresario tenga eventualmente el propósito de subcontratar. Quizás hubiera sido más apropiado establecer que se valorará de manera más favorable la ejecución por medio de personal contratado directamente por el

³²⁹ Véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y GOÑI SEIN, 2000, p. 134.

³³⁰ Art. 25 de la Directiva 2004/18/CE.

³³¹ Título VI “De la cesión de los contratos y de la subcontratación” LCAP.

³³² Art. 78.i) TRLCSP 2011.

empresario y que para el caso en que la subcontratación sea justificada y necesaria, y sólo en ese caso, habrá de indicarse la parte que pretenda subcontratarse³³³. Por último, la disposición analizada sólo se integra entre los medios acreditativos de la solvencia en los contratos de servicios, elección del legislador que plantea dudas sobre el porqué de su no inclusión en los demás contratos (de obras y suministros).

c) La experiencia como criterio de solvencia técnica

La experiencia que posee una empresa en obras o servicios de similares características a los que se pretenden adjudicar es otro indicador de la solvencia técnica de un licitador. Así, y como regla general pero no por ello siempre cierta, puede deducirse que cuanto mayor sea la experiencia, mayor será la capacidad técnica de la empresa para ejecutar una obra o servicio. En esta línea, no ha suscitado tantos problemas la apreciación de la experiencia entre los criterios de solvencia técnica. En primer lugar, porque el TRLCSP 2011 lo recoge expresamente y, en segundo lugar, porque esta posibilidad se venía ya admitiendo por las leyes anteriores configurándose así como un criterio más. En este sentido, la solvencia técnica del empresario podrá ser acreditada por medio de una relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años en

³³³ No se trata de una prohibición para subcontratar, sino de establecer y valorar como un factor de mayor solvencia de una empresa el hecho de que ésta asuma la contratación directa de las personas trabajadoras para la ejecución del contrato, sin recurrir a la subcontratación. De hecho, el art. 42 del ET a la hora de regular la subcontratación de obras y servicios establece únicamente la posibilidad de utilizar ese mecanismo. En consecuencia, opino que no hay inconveniente para considerar, en el caso de que una empresa pueda asumir la contratación del personal directamente (es decir, económicamente es capaz y la obra o servicio a ejecutar entra en el ámbito de su “actividad propia”), este hecho como un factor de mayor solvencia que el de la subcontratación.

los contratos de obras³³⁴ y por medio de una relación de los principales suministros efectuados o servicios realizados en los tres últimos años en los contratos de suministro y de servicios³³⁵.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado estima que la experiencia es uno más de los requisitos de solvencia técnica que pueden exigirse al contratista³³⁶. Según la mencionada Junta, la experiencia puede ser un medio de acreditación de la solvencia (pero no un criterio de adjudicación)³³⁷.

No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2004 establece lo siguiente "Respecto del principio de libre concurrencia, que la Sentencia considera infringido por la cláusula (artículo 36 del pliego) que impide concursar a quienes no acrediten una experiencia de, al menos, tres años en la gestión de servicios municipales de abastecimiento de agua potable, los recursos no ofrecen argumentos que desvirtúen lo afirmado por aquélla. En efecto, una cosa es que se tenga en cuenta en el momento de valoración de las ofertas la experiencia previa y otra que se erija en requisito para concursar. Y esto es lo que aquí se hizo sin que ninguna norma jurídica, tampoco las del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, sustentara tal excepción a la regla de la libre concurrencia consignada en el artículo 13 LCE y a las previsiones que reconocen el derecho de contratar con las Administraciones a toda persona que no se halle comprendida en las excepciones establecidas expresamente (artículos 9 LCE, 3 RCCL y 122 RSCL)".

³³⁴ Art. 76.a) TRLCSP 2011.

³³⁵ Art. 77.1.a) y art. 78.a) TRLCSP 2011.

³³⁶ Informe 13/1998 de la JCCA.E.

³³⁷ Informe 51/2005 de la JCCA.E.

d) Aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales y a la siniestralidad laboral entre los criterios de solvencia técnica

El derecho de las personas trabajadoras a la protección de su vida e integridad física está consagrado en el artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores (en conexión con lo reconocido en los artículos 15 y 10 de la Constitución Española) y se regula a través de las normas de seguridad y salud en el trabajo o de "prevención de riesgos laborales"³³⁸. La importancia del bien jurídico que protegen estas normas ha llevado a que características relacionadas con la prevención de riesgos laborales sean tenidas en cuenta en el TRLCSP 2011 a la hora de limitar el acceso a la contratación pública, pero lo mismo no se ha regulado para valorar la solvencia técnica de un licitador.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado considera que no pueden exigirse como requisitos de solvencia técnica, ni tampoco como criterios de adjudicación, los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales. Ello sin perjuicio de que el cumplimiento de la legislación específica sobre la materia pueda y deba exigirse por los medios concretos previstos en la misma³³⁹.

La misma postura mantiene dicha Junta en el caso de índices, cláusulas o aspectos relativos a la siniestralidad laboral³⁴⁰. En este último caso, la Junta argumenta que "el carácter taxativo de los medios de justificación de dicha solvencia (...) conduce a la conclusión de que el dato

³³⁸ LPRL.

³³⁹ Informe 42/2006 de la JCCA.E.

³⁴⁰ Informe 11/99 de la JCCA.E.

de siniestralidad laboral en la empresa no puede jugar como requisito de solvencia técnica”³⁴¹.

En tal argumentación se puede observar como los límites impuestos a los medios para la acreditación de la solvencia se emplean también en relación a los propios criterios o exigencias de solvencia y como de este modo parece olvidarse la diferencia existente entre criterios de solvencia y los medios para su acreditación. En relación a esto último, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2002 (que era la norma en vigor en el caso de estudio), únicamente disponía que los órganos de contratación debían precisar “en el anuncio los criterios de selección en función de los medios de acreditación que fueran a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19”³⁴², por lo que entiendo que la taxatividad existía en cuanto a los medios de acreditación y no en cuanto a los criterios. La diferenciación entre criterios y medios se aprecia todavía más claramente en el TRLCSP 2011 en tanto en cuanto distingue por un lado *los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario* y por otro lado *la documentación requerida para acreditar los mismos*³⁴³. En cuanto a la cuestión sobre si son los criterios o los medios acreditativos los que se encuentran tasados por la Ley, parece que el TRLCSP 2011 quiere ser clara pues dispone que los *empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia (...) técnica que se determinen por el órgano de contratación*³⁴⁴ y que los *requisitos mínimos de solvencia (...) y la documentación requerida para*

³⁴¹ Informe 11/99 de la JCCA, CJ 5.

³⁴² Art. 15.3 de la LCAP y art. 11 del RGLCAP.

³⁴³ Véase el art. 62.2 TRLCSP 2011.

³⁴⁴ Art. 62.1 TRLCSP 2011.

acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato (...) ³⁴⁵. De la redacción de la norma no se deriva pues que los criterios o condiciones mínimas se encuentren tasados en modo alguno³⁴⁶. No obstante, los medios mediante los cuales podrá acreditarse la solvencia técnica si han de encontrarse entre los que la Ley prevé³⁴⁷. No es este el caso de los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administraciones Públicas, ya que podrán admitir otros medios de prueba distintos de los previstos en la Ley para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada³⁴⁸. Así, siempre y cuando se respeten los medios de acreditación que la Ley prevé, queda en manos de los órganos de contratación la determinación y especificación de los criterios que mediante esos medios pretenden valorarse. Esto mismo es lo que viene a hacer el artículo 64.1 del TRLCSP 2011, pues en relación al medio de acreditación respectivo a títulos académicos y profesionales del responsable de la ejecución establece que *podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación*. En base a la facultad que poseen los órganos de contratación para determinar y especificar las condiciones mínimas de solvencia, puede entenderse que están capacitados para precisar más detalladamente los

³⁴⁵ Art. 62. 2 TRLCSP 2011.

³⁴⁶ Véase BERNAL BLAY, 2008, p. 228. El autor opina que hay razones para que los criterios de selección de los candidatos no deban ceñirse exclusivamente a las circunstancias enumeradas en los artículos citados.

³⁴⁷ Véanse arts. 74.1, 76, 77, 78 y 79 TRLCSP 2011. Sobre el carácter taxativo de los medios acreditativos de la solvencia técnica véase el apartado 3.2 de este capítulo.

³⁴⁸ Art. 74.3 TRLCSP 2011.

criterios a valorar mediante los mencionados medios, y establecer, por ejemplo, que los certificados de buena ejecución para las obras más importantes indiquen, además del *importe, las fechas y el lugar de ejecución (...), si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término*³⁴⁹; especificación sobre el índice de siniestralidad laboral, ya que este elemento está íntimamente relacionado con la experiencia y buena ejecución.

e) Otros aspectos entre los criterios de solvencia técnica

Entre los criterios de solvencia técnica pueden incluirse otros diferentes a los mencionados precedentemente. No interesa aquí recoger y analizar cada uno de ellos. No obstante, si procede exponer ciertas limitaciones. A juicio de la Comisión Nacional de Competencia³⁵⁰, estaría prohibido supeditar el acceso a la licitación a que las entidades participantes cuenten con una forma jurídica determinada, como por ejemplo algún tipo de sociedad mercantil, mancomunidad, condición de asociación de utilidad pública o sin ánimo de lucro. Tampoco podrían establecerse, a su parecer, referencias a cláusulas de las que se deriven diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio³⁵¹ del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito geográfico.

En definitiva, cuando los órganos de contratación realicen esa determinación y especificación sobre las condiciones mínimas de

³⁴⁹ Art. 76.a) TRLCSP 2011.

³⁵⁰ Guía sobre Contratación Pública y Competencia, pp. 14 y 15.

³⁵¹ Sobre la posibilidad de que criterios como el de territorialidad resulten discriminatorios y obstaculicen la libre competencia véase IBÁÑEZ GARCÍA, 2010, p. 23.

solvencia, han de respetar en todo momento que las mismas estén directamente relacionadas con el objeto del contrato. Por lo tanto, “no existe en el Derecho de la contratación pública ningún tipo de «solvencia social» que junto a las llamadas, por un lado, solvencia económica y financiera, y, por otro, técnica o profesional, se requiera a los candidatos cuando así lo exija la concreta prestación del contrato objeto de licitación”³⁵².

IV.4. Adjudicación del contrato

De la adjudicación del contrato interesa analizar qué oportunidades brinda la regulación sobre los criterios de adjudicación para la valoración de aspectos sociales en esta fase y la problemática que existe en relación a estas cuestiones. Según algunos autores la integración de cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación ha sido precisamente el medio más usado para la consecución de fines sociales³⁵³.

La Directiva 2004/18/CE determina que, *sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios*, los criterios en que han de basarse los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos serán: a) *bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más*

³⁵² GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2003, pp. 32 y 33. El autor menciona para refrendar dicha idea lo establecido en la STJCE *Gebroeders Beentjes BV*.

³⁵³ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2003, p. 46. El autor también expresa que, por ello, no es de extrañar que sea este el aspecto social que haya centrado la casi totalidad de informes y dictámenes de los órganos consultivos consultados sobre la introducción de fines sociales en la contratación administrativa y, en consecuencia, que aún menos debe sorprender que haya sido esta práctica administrativa contractual el principal objeto de litigios y críticas doctrinales acaecidos en relación con las cláusulas sociales de los pliegos contractuales.

*ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución; b) o bien solamente el precio más bajo*³⁵⁴. Partiendo de la premisa de que el último fin perseguido por la presente norma europea es la consecución de un Mercado Interior único donde la libre concurrencia esté totalmente garantizada, la norma nos recuerda que la adjudicación del contrato *debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de ofertas en condiciones de competencia efectiva*. Por consiguiente, la Directiva subraya la conveniencia de *admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa*³⁵⁵. El criterio del precio más bajo, como su propio nombre indica, únicamente da lugar a la valoración de un aspecto, el precio, por lo que a la hora de analizar el protagonismo de los criterios sociales en la valoración de la oferta debemos aferrarnos al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

IV.4.1. Criterio de la oferta económicamente más ventajosa

Este criterio de adjudicación da margen a la valoración de distintos criterios vinculados al objeto del contrato y cuando los poderes adjudicadores opten por esta forma de adjudicación *deben evaluar las*

³⁵⁴ Art. 53.1 de la Directiva 2004/18/CE.

³⁵⁵ Considerando 46, apt. 1 de la Directiva 2004/18/CE.

*ofertas con vistas a determinar cual de ellas presenta la mejor relación calidad/precio. Para ello, definirán criterios económicos y cualitativos que en su conjunto permitan determinar la oferta económicamente más ventajosa para el poder adjudicador. La determinación de esos criterios dependerá del objeto del contrato, de modo que los mismos permitan evaluar el nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal como se define en las especificaciones técnicas, así como evaluar la relación calidad/precio de cada oferta*³⁵⁶. En contra de lo que puede parecer, “la oferta económicamente más ventajosa” no tiene porque coincidir con la oferta económicamente más “barata”. Cuando se valore más de un criterio incluso “puede no valorarse el precio”³⁵⁷. En este sentido, en relación a la Guía sobre Contratación Pública y Competencia mencionada anteriormente, algunos autores³⁵⁸ destacan, opinión que comparto, que la Comisión Nacional de Competencia “parece tener una obsesión por el precio que limita significativamente muchas de sus recomendaciones”. A los autores aludidos les llama la atención que todas las sugerencias relativas a la necesidad de valorar las variables básicas de las ofertas se refieran, directa o indirectamente, al precio de las ofertas. Sobre esta cuestión recuerdan que el régimen de contratación pública en vigor no otorga preferencia al precio como factor de valoración y

³⁵⁶ Considerando 46, apt. 3 de la Directiva 2004/18/CE.

³⁵⁷ JIMÉNEZ APARICIO, 2009, pp. 439 y 445. Véase FERNÁNDEZ ASTUDILLO, 2008, p. 642, El autor subraya que la necesidad de que los criterios estén dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa no quiere decir que todos ellos deban tener una valoración desde el punto de vista económico. En el Informe 28/1995 de la JCCAE se señala que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio pero que no cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de los contratos, aunque no sea como criterio único y exclusivo.

³⁵⁸ SÁNCHEZ GRAELLS, 2011, p. 27.

adjudicación de los contratos sino que únicamente pretende que se elija la oferta económicamente más ventajosa tomando en consideración una diversidad de criterios vinculados al objeto del contrato. Por tanto, “la única restricción sobre la necesaria consideración del precio es que, si la adjudicación del contrato se rige exclusivamente por un criterio, éste deberá ser, necesariamente, el del precio más bajo (art. 134.1 LCSP)”.

Aunque la Directiva no mencione los criterios sociales entre los criterios de adjudicación correspondientes a la oferta económicamente más ventajosa, puede reflejarse una postura a favor de dicha inclusión en el primero de sus considerandos cuando establece que 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*. De la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la que la Directiva hace referencia podemos destacar la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes BV*). La misma determina que “la condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad”³⁵⁹. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre del 2000, admite la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio de

³⁵⁹ STJCE 1989\26, apt. 37.

adjudicación una condición relacionada con la lucha contra el desempleo³⁶⁰. Eso sí, es la propia doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas la que recuerda que “los criterios de adjudicación definidos por una entidad adjudicadora deben tener relación con el objeto del contrato, no deben atribuir a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, deben haberse mencionado expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y deben respetar los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”³⁶¹.

El Estado español ha procedido a trasponer la norma comunitaria con alguna que otra novedad. Así el TRLCSP 2011 establece que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa *deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, 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*

³⁶⁰ STJCE 2000\221, apt. 50; véase también GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2003, p. 60. El autor realiza un análisis de las dos Sentencias del TJCE mencionadas, expresando que la primera de ellas no admite la cláusula social como un criterio de adjudicación y como por ello, sorprende, que el propio Tribunal afirme en la segunda de ellas que la primera Sentencia acepta los criterios sociales de adjudicación.

³⁶¹ STJCE 2005\345, apt. 21.

*otros semejantes (...)*³⁶². Se puede advertir como la norma estatal, a diferencia de lo recogido por la Directiva, sí incluye las características sociales entre los criterios de adjudicación³⁶³, cuestión ésta que, como se verá, no está exenta de polémica. Como ya indicaba la Exposición de motivos de la LCSP de 2007 también pueden considerarse “las exigencias de un Comercio Justo” entre los criterios de adjudicación pues el TRLCSP 2011 prevé mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social, “configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo 2005/2245 y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales”³⁶⁴. No

³⁶² Art. 150.1 TRLCSP 2011 y sobre el carácter no exhaustivo de la lista que dispone véase FERNÁNDEZ ASTUDILLO, 2008, pp. 642 y 643.

³⁶³ A juicio de MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, 2008, p. 525, el art. 134 de la LCSP – derogado y sustituido por el art. 150 del TRLCSP 2011- sí recoge expresamente, de forma acertada, la posibilidad de utilización de este tipo de criterios. SÁEZ LARA, 2009, p. 46, señala que la Ley española ha sido, por tanto, más explícita que la directiva comunitaria.

³⁶⁴ Exposición de motivos IV, apt. 3 de la LCSP de 2007; el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto LCSP de 2007, critica que la mención a los requerimientos de Comercio Justo en la Exposición de motivos introduce un factor de confusión y que en cuanto basada en un mero designio de política legislativa sin incidencia jurídica alguna en la regulación del anteproyecto debería ser suprimida. En mi opinión, existía otra alternativa más acorde con las actuales exigencias sociales en vez de eliminar y hacer caso omiso a las exigencias de un Comercio Justo – que es lo que el Consejo de Estado plantea- como podía ser la de trasladar dicha mención al articulado de la norma (concretamente al art. 134, que era donde la LCSP de 2007 regulaba los criterios de adjudicación y lo que también podía haberse establecido en el art. 150 del TRLCSP

obstante, la LCSP de 2007, en el artículo destinado a la regulación de los criterios de adjudicación no aludía expresamente a los aspectos de Comercio Justo, por lo que generaba incertidumbre sobre la posibilidad y forma en la que los mismos debían funcionar, en su caso, como criterios de adjudicación. La misma incertidumbre se mantiene tras la aprobación del TRLCSP 2011 en tanto en cuanto no dice nada al respecto.

Se requiere que los criterios que servirán de base para la adjudicación del contrato se determinen por el órgano de contratación y se detallen en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. En la determinación de los criterios aludidos *se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos*³⁶⁵. La Ley señala también que la adjudicación de determinados contratos procederá a través de la valoración de más de un criterio³⁶⁶. A su vez, *los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación, o atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 223.f)*³⁶⁷.

2011) eliminando de esta manera el “factor de confusión”, salvaguardando que la misma dejara de ser un mero designio de política legislativa y adquiriera la incidencia jurídica que merece.

³⁶⁵ Véase el art. 150.2 TRLCSP 2011.

³⁶⁶ Véase en este sentido el art. 150.3 TRLCSP 2011.

³⁶⁷ Art. 150.6 de la LCSP.

Subrayaba en líneas anteriores como, en lo que a criterios sociales en la fase de adjudicación se refiere, la norma estatal es novedosa en comparación con el modelo ofrecido por la norma comunitaria. No obstante, el legislador español no ha hecho otra cosa que reflejar en la Ley lo que el Derecho Comunitario ya venía admitiendo desde hace tiempo. Un claro ejemplo de ello son las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaladas anteriormente. De todas formas, el avance reflejado en la Ley española tampoco alcanza el máximo grado que podía haberse logrado pues a la vez que abre la puerta para integrar los criterios sociales cierra la llave con requerimientos de arduo cumplimiento. Por un lado, en la mayoría de los casos resulta difícil justificar la vinculación con el objeto del contrato³⁶⁸. Por otro lado, la redacción del artículo en cuestión exige identificar y valorar en cada caso si el criterio en cuestión responde a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar³⁶⁹, tarea que puede resultar compleja en infinidad de casos³⁷⁰.

La Comisión Europea interpretó en el año 2001 que “para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio

³⁶⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, p. 166 y GIMENO FELIÚ, 2007, p. 33. VARA ARRIBAS, 2008, p. 133. Esta última afirma que en la práctica estos criterios quedan muy limitados debido a esa relación directa que deben guardar con el objeto del contrato.

³⁶⁹ Estas necesidades han de quedar identificadas desde el momento inicial de la definición del objeto del contrato, SÁEZ LARA, 2009, p. 47.

³⁷⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, p. 168.

objeto del contrato”³⁷¹. Se puede entender, según la Comisión, que los aspectos sociales “no coadyuvan a alcanzar el interés público que se persigue con la contratación pública si éstos no comportan para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato”³⁷². Así, a la vez que se posiciona a favor de la consideración de tales aspectos en esta fase, no deja lugar a duda sobre la incondicional vinculación de estos criterios a la “naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución”³⁷³. La Comisión apuntaba que entre los criterios que hasta el momento establecían a modo de ejemplo las Directivas en vigor no figuraban los criterios sociales pero que cabía la posibilidad de evaluar, por ejemplo, “la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas” dado que contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. No opinaba lo mismo en cuanto a los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores, las preferencias de precios y 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, considerando que los mismos “son ajenos al objeto del contrato o a las condiciones de ejecución del mismo”. Seguidamente, la Comisión recogía el concepto “criterios adicionales” desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Comisión recordaba de esta manera la

³⁷¹ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 12.

³⁷² VÉRNIA TRILLO, 2002, p. 448.

³⁷³ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, pp. 13 y 14.

problemática que surgió en el asunto *Beentjes*³⁷⁴, donde el Tribunal de Justicia determinó que el criterio de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación ni con la comprobación de la solvencia ni con los criterios de adjudicación que enumeraban las Directivas pero que este criterio sería compatible con ellas si respetaba todos los principios del Derecho Comunitario. En este sentido, finalizaba enunciando la afirmación realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-225/98, estableciendo que “los poderes adjudicadores pueden 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”. El concepto aludido proviene pues de la interpretación que el Estado miembro en cuestión realizaba sobre esta condición como “un criterio accesorio no determinante, aplicable una vez que las ofertas se hayan comparado desde un punto de vista puramente económico”³⁷⁵.

En la normativa anterior a la LCSP de 2007 no se hacía referencia alguna a los aspectos sociales entre los criterios de adjudicación. El artículo que trataba sobre el tema ofrecía un listado de criterios y establecía que debían estar vinculados al objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Estas dos circunstancias, según algunos autores, conducían a pensar que era unánime la opinión de que las cláusulas sociales no tenían

³⁷⁴ Sobre este asunto véase GALLEGO CÓRCOLES, 2011 (b), pp. 66 a 67.

³⁷⁵ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 15.

cabida como criterio de adjudicación³⁷⁶. No obstante, también existía cierta opinión a favor de la inclusión de estas cláusulas entre los criterios de adjudicación³⁷⁷, opinión influenciada sobre todo por el Derecho Comunitario y respaldada después por la LCSP de 2007 (y hoy día por el TRLCSP 2011).

Antes de este reconocimiento legal, esta problemática ya se atendió en los Dictámenes 4464/98, del Consejo de Estado, y 05/1998, del Consejo Económico y Social, relativos al anteproyecto de la Ley 53/1998, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, donde se hacía referencia a criterios de adjudicación tales como la estabilidad en el empleo, la seguridad y la salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales o la contratación con empresas de economía social³⁷⁸. El Consejo Económico y Social, en la misma línea, aludía en el mencionado Dictamen 05/1998 a la necesidad de valorar los aspectos presupuestarios integrados con el conjunto de políticas a realizar por los poderes públicos. Cuatro años después, un Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea³⁷⁹ también se hacía eco de esta temática señalando que "a la hora de evaluar la calidad de las ofertas, los poderes adjudicadores podrán con toda

³⁷⁶ Véase en este sentido PLEITE GUADAMILLAS, 2006, p. 7, que cita los Informes 44/98 y 11/99 de la JCCAE, la Recomendación 1/01 e Informe 4/01 de la JCCA de Cataluña e Informe 47/02 de la JCCA de las Islas Baleares.

³⁷⁷ Los autores que defendían esta opinión se basaban, entre otros argumentos, en que la anterior regulación relativa a los criterios de adjudicación (art. 86 de la LCAP) era enunciativa, de carácter abierto, por lo que la lista de criterios ofrecida podía ampliarse con otros parámetros, por ejemplo, los sociales. Véase el Informe 28/1995 de la JCCAE sobre la enumeración no exhaustiva de los criterios.

³⁷⁸ MORRÁS CEPEDA y YÁÑEZ DIAZ, 2008, p. 542.

³⁷⁹ Dictamen de 26 de abril de 2002.

legitimidad tomar en cuenta consideraciones de carácter social o medio ambiental (...) –de modo que- los criterios sociales también deberían desarrollarse de manera específica como criterios de adjudicación del contrato”. A su vez, algunas Comunidades Autónomas emprendieron iniciativas normativas con el fin de integrar estos aspectos entre los criterios de adjudicación, ejemplo de ello son la Ley foral 10/98, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, donde en su artículo 62 incorporaba como criterio de adjudicación la situación laboral de las empresas y en los contratos de gestión de servicios la integración laboral de personas con discapacidades; así como el Decreto 213/98, de 17 de diciembre, por el que se establecían medidas en la Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la Estabilidad y Calidad del empleo, que contemplaba en su artículo 2 criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo, otorgándoles un 20% del total de la baremación, de los cuales se incluían uno o varios en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que se adjudicasen mediante concurso: por ejemplo, estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición³⁸⁰.

Todas las fases de la contratación pública son importantes y todas ellas han de respetar y garantizar los principios establecidos por el Derecho Comunitario. No obstante, ya sea por sus consecuencias directas o por la especial complejidad que la caracteriza, la fase de adjudicación es la verdaderamente trascendente entre ellas y, por lo tanto, el gran punto de mira a la hora de salvaguardar los principios en cuestión. Algunos autores han deducido que el cumplimiento de los principios del Derecho

³⁸⁰ Véase BLÁZQUEZ ROMÁN y RAMÍREZ HORTELANO, 2005, p. 43.

Comunitario equivale a que en esta fase los órganos adjudicadores “no se guíen por consideraciones que no tengan carácter económico”³⁸¹. Así, parte de la doctrina defiende que de la jurisprudencia comunitaria y de las directrices de la Comisión Europea, si bien orientadas hacia una apertura, se deriva la incompatibilidad de ciertas condiciones sociales “con los objetivos Comunitarios de evitar el riesgo de discriminación y que un poder adjudicador se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico”³⁸². A mi entender esta interpretación no es del todo acertada si con “carácter económico” se quiere hacer única y exclusiva alusión al precio³⁸³, por lo que coincido con aquella otra interpretación que aboga por la valoración conjunta de los aspectos presupuestarios y los derivados de otras políticas públicas³⁸⁴. En este sentido se han avanzado interpretaciones favorables a la inclusión de criterios sociales en la fase de adjudicación dada la especial relevancia que reviste la fase en cuestión³⁸⁵.

Como mencionaba precedentemente, los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y serán detallados en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. A la

³⁸¹ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, 2008, pp. 526 y 527. A pie de página define el concepto “Mercado Interior”.

³⁸² BERMEJO VERA, 2008, p. 374.

³⁸³ Véanse en este sentido los anteriormente citados JIMÉNEZ APARICIO, 2009, pp. 439 y 445 y FERNÁNDEZ ASTUDILLO, 2008, p. 642. Los autores recuerdan que en contra de lo que pueda parecer “la oferta económicamente más ventajosa” no tiene porque coincidir con la oferta económicamente más “barata” y que cuando se valore más de un criterio incluso “puede no valorarse el precio”.

³⁸⁴ Véase en este sentido lo declarado en el Dictamen 05/1998 aprobado en la sesión ordinaria de 27 de mayo de 1998 del CES, recogido a lo largo del presente capítulo.

³⁸⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, p. 161 y ROMÁN VACA, 2006, p. 204.

hora de determinar y detallar estos criterios, el órgano de contratación debe tener presente que es lo que pretende valorar en esta fase, y es que la normativa distingue entre criterios de solvencia que deben reunir los licitadores y criterios para la adjudicación del contrato³⁸⁶. Retrocediendo al apartado en el que analizaba la fase de acreditación de la solvencia técnica, aludía allí sobre la conveniencia de valorar aspectos tales como la estabilidad en la plantilla o la experiencia del contratista en dicho momento. Sin embargo, y antes de profundizar en determinados criterios de adjudicación, conviene aclarar que pese a la opinión mayoritaria favorable a que estos factores únicamente puedan ser valorados en la fase de acreditación de la solvencia técnica, el Tribunal Supremo estima que los mismos pueden ser perfectamente valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta económicamente más ventajosa³⁸⁷. La opinión mayoritaria aludida defiende que en la fase de selección del contratista se deben considerar las características de las empresas y en la fase de adjudicación los criterios directamente relacionados con el objeto del contrato o con la oferta formulada por el licitador³⁸⁸, por lo que no habría lugar a valorar estos criterios en la adjudicación. No obstante, frente a esa opinión mayoritaria y de conformidad con la postura defendida por el Tribunal Supremo, algunos autores arguyen que el ordenamiento Comunitario no "contempla esa disyuntiva entre criterios del sujeto y criterios del objeto contractual", así como que "no se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación". Manifiestan que "lo que se persigue

³⁸⁶ GIMENO FELIÚ, 2006(b), p. 210. Se cita la STJCE 1989\26.

³⁸⁷ STS de 27 de junio de 2006, Ar. 6108, analizada más detalladamente en el punto b) de este apartado.

³⁸⁸ CATALÁ MARTÍ, 2008, p. 103.

es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente, que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas³⁸⁹.

Como sucedía en la fase de acreditación de la solvencia técnica, la consideración de aspectos sociales entre los criterios de adjudicación genera, todavía en mayor medida, un profundo debate aún carente de una única solución³⁹⁰. La discrepancia en torno a esta posibilidad ha conducido a plantear esta cuestión ante los Tribunales, llegando hasta el Tribunal Supremo español.

a) La experiencia como criterio de adjudicación

En la Sentencia de 5 de julio de 2005, el Tribunal Supremo aborda criterios relacionados con la experiencia vinculada a una ubicación geográfica, realizando un pequeño resumen sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas referente a los criterios de adjudicación. En el litigio aludido, el motivo tercero de casación se formula al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de los artículos 11 y 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actualmente derogada), al establecer la sentencia que se recurre que el contenido del artículo 30.2 de los pliegos de condiciones del Ayuntamiento de Carcaixent para la adjudicación del

³⁸⁹ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2003, pp. 62 y 63.

³⁹⁰ Mantiene la misma opinión GALLEGO CÓRCOLES, 2011 (a), p. 2. La autora subraya que la cuestión más conflictiva es la admisibilidad de las cláusulas sociales como criterio de adjudicación. A su juicio, la doctrina de los órganos consultivos exige que los criterios de adjudicación tengan relación directa con el objeto del contrato. Esto dificulta la inclusión de cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación, aunque, como indica la autora, “en el ámbito jurisprudencial existen pronunciamientos contradictorios”.

servicio de abastecimiento de aguas potables y mantenimiento de la red de alcantarillado son contrarios a los criterios contenidos en dicha normativa. El artículo 30.2 impugnado, establece como "criterios de adjudicación" el de "experiencia en contratos similares realizados, valorando, hasta un máximo de 20 puntos, la gestión de municipios de Valencia entre 0.5 y 2 puntos, según el número de habitantes, de menos de 10.000, entre 10.000 y 50.000, entre 50.000 y 100.000, y más de 100.000; la gestión en el resto de municipios de la Comunidad Valenciana entre 0.25 y 1 punto, también según el número de habitantes y con la misma escala y proporción que la anterior; y la gestión fuera de la Comunidad a razón de 0.25 puntos en municipios con una población igual o superior a 50.000 habitantes". El Tribunal Supremo responde que "esa normativa -y la previa que se integra en la nueva Directiva-, ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en el sentido de que nada impide acoger entre los criterios de selección circunstancias personales de los contratistas (no excluyentes de la objetividad, por su generalidad). En orden a la Jurisprudencia que interpreta el precepto, debemos señalar que es cierto que la importante sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988 (Gevroedrs Beentjes), admitió la posibilidad de atender a las «cualidades del servicio» a la hora de la elección del contratista (se admite incluso en ese pronunciamiento la experiencia como criterio de selección). Incluso la más reciente sentencia TJCE de 16 de septiembre de 1999 (Cuestión Prejudicial suscitada por Austria) permite la posibilidad de valorar las condiciones peculiares del contratista, pudiendo quedar desierto el procedimiento de adjudicación cuando esas circunstancias lleven a rechazar la única oferta presentada. Sin embargo, la doctrina del Tribunal de Justicia es unánime en descartar toda discriminación de los contratistas y de ello se deja constancia en la referida sentencia al considerar contrario a ese principio al favorecimiento de «empresas establecidas en

determinadas regiones del territorio nacional», al reservarles «un porcentaje de los contratos públicos». Esa doctrina es reiterada por el Tribunal al considerar que esas discriminaciones comportan una vulneración o comportan «un obstáculo a la libre competencia», pudiéndose citar la última sentencia de la que se tiene conocimiento, la de 28 de octubre de 1999 (asunto C-328/96; Comisión/Austria), que declaran contrario a la Directiva y precepto mencionado el favorecimiento de unos determinados productos o región. Hechas las anteriores consideraciones, es necesario señalar que difícilmente puede justificarse la «singularidad» del contrato que justifique la mayor puntuación en una pretendida experiencia cuando es lo cierto que no existe la más mínima constancia en el expediente de que la gestión de abastecimiento de aguas tuviere alguna singularidad (regional o poblacional) que hiciera necesario recurrir a esa condición. Así pues, no cabe justificar la discriminación en la experiencia. Menos aún cabe buscar explicación alguna a esa discriminación en las razones que se aducen por la defensa de la Administración en la contestación a la demanda respecto de «la mayor población supone valorar con más puntuación por la dificultad que implica...», sin hacer consideración a la proximidad geográfica; pues esas razones, ni son determinantes de la condición impuesta para esta mayor puntuación, ni es conforme con una razonable y fundada discriminación. En efecto, no es consecuente con la redacción del criterio porque: primero, no se condiciona la puntuación al resultado, satisfactorio o no, de la gestión realizada, sino a su mera ejecución; suponiendo a la larga una perpetuidad de las mismas empresas ya contratista (sic); y segundo, porque no cabe privar de esas cualidades a las demás empresas interesadas en el contrato, quedando excluidas por el mero hecho de no haber sido adjudicatarias de contratos anteriores; es decir, ninguna justificación tendría que, caso de admitir como válida la gestión de las aguas, fuesen valoradas en tan

desmesurada proporción la ejecutadas para una concreta Administración en demérito de las ejecutadas para otras o en otros ámbitos territoriales. Con todo lo argumentado, debe concluirse en que la cláusula examinada es contraria tanto al artículo 86 como al 11 de la Ley de Contratos, como en la demanda se postula³⁹¹.

Siguiendo con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre criterios relacionados con la experiencia vinculada a una ubicación geográfica, analizo seguidamente la Sentencia de 24 de septiembre de 2008. En la misma, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso extraordinario de casación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que anula una cláusula de un contrato administrativo y declara la nulidad de los actos administrativos dictados en su aplicación. La cláusula en cuestión establece que el contrato se adjudicará mediante el procedimiento restringido y la forma de concurso. Para poder participar se fija como criterio objetivo superar el umbral de veinte puntos en aplicación de la fórmula que contiene, y cumplir el requisito respecto del personal técnico a adscribir a las obras. Para ello, se tiene en cuenta la relación de las obras públicas o privadas de características análogas a las que se refiere el contrato, que la empresa haya ejecutado en los último cinco años y del coste de lo ejecutado sin IVA, todo ello de acuerdo con el artículo 17 a y b TRLCAP. Se justifica la elección de dicho criterio: a) En obras de manejo de vegetación porque al actuar sobre seres vivos, cualquier negligencia por inexperiencia sería imposible de corregir y podría significar el deterioro o muerte de la planta o plantas, lo que exige además que al frente de la obra haya personal cualificado y con experiencia, y b) En obras de hidrología forestal por la dificultad que entraña trabajar en los fondos de barranco en los que se

³⁹¹ STS de 5 de julio de 2005, Ar. 5202, FJ 1.

llevan a cabo las obras, necesidad de considerar la vegetación de dichos barrancos usualmente catalogada por ser características de zonas húmedas, así como por el impacto que sobre el medio natural tienen dichas obras, o que exige que al frente de la obra haya personal cualificado y con experiencia. Para la valoración de la experiencia se emplea la fórmula $I = 4(A1+3A2)/ PLs IVA$. Siendo: I puntuación que corresponde a cada empresa; A1 Volumen acreditado de obras similares realizadas fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía en miles de euros IVA excluido; A2 Volumen acreditado de obras similares realizadas en la Comunidad Autónoma de Andalucía en miles de euros IVA excluido; y PLs IVA: Presupuesto de licitación en miles de euros IVA excluido".

La Sentencia de Instancia, en el fundamento de Derecho segundo expuso que, "a la vista de dicha cláusula se observa, que la fórmula empleada favorece y puntúa tres veces más los trabajos realizados dentro de la Comunidad Autónoma de Andalucía frente a los realizados en otras Comunidades Autónomas. Dicha diferenciación en el trato ha de reputarse discriminatoria, por carecer de fundamento objetivo y razonable, y ello es así por cuanto difícilmente puede justificarse la singularidad de las obras ejecutadas dentro del territorio de una determinada Administración Pública, frente a obras análogas desarrolladas en otro territorio, cuando no se ha motivado la existencia de unas particularidades propias y exclusivas de dicho territorio frente al resto. En este sentido, el TJCE en su sentencia de 16 de septiembre de 1999 (cuestión prejudicial suscitada por Austria) descarta toda discriminación de los contratistas, considerando contrario a ese principio el favorecimiento de «empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional», comportando tales discriminaciones una vulneración u obstáculo a la libre competencia; esto es, resulta del todo contrario al principio de igualdad el favorecimiento de una determinada región. Por todo ello, se declara la nulidad de pleno

derecho de la cláusula 7 impugnada considerada contrarios al principio de igualdad y discriminatoria". El Tribunal Supremo, anticipando que el motivo invocado por la recurrente defendiendo la conformidad a Derecho de la cláusula en cuestión no puede prosperar, establece lo siguiente: "El artículo 11.1 de la Ley de Contratos dispuso que: *Los contratos de las Administraciones Públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.* La consecución de que imperen en la contratación de las Administraciones Públicas esos cuatro principios que enumera el precepto se erige en la garantía esencial para que la obtención del interés público que constituye la esencia de este tipo de contratos quede indemne, y de ese modo las Administraciones Públicas contraten con todas las garantías que les son exigibles. La cláusula número 7 anulada por la Sala de instancia tal como se redactó en cuanto a la fórmula a través de la cual se valoraba la experiencia vulnera al menos dos de esos principios, a saber, el de la libre concurrencia y el de igualdad. O, si se quiere, sólo el de igualdad en tanto que la libre concurrencia constituye con el de publicidad un instrumento para lograr la igualdad en la contratación, y evitar la otra cara de la moneda que en relación con la igualdad constituye la no discriminación. Por otra parte en relación con la afirmación del motivo de que tomar en consideración las obras similares ejecutadas en Andalucía supone un criterio objetivo dirigido a primar a las empresas que hayan ejecutado trabajos forestales análogos en territorio andaluz supone un criterio de esa naturaleza en materia de medio ambiente no puede asumirse. Y no es posible aceptarlo porque ese requisito que introduce la cláusula, y que prima con una valoración claramente superior a la que otorga a las empresas que hayan acreditado un volumen de obra similar realizado fuera de la Comunidad Autónoma que convoca el concurso, no puede servir para excluir de la invitación a

empresas a las que de ese modo se elimina de la posible adjudicación posterior del concurso, porque de esa forma los criterios que contribuyen a demostrar la solvencia técnica de la empresa y, por tanto, a asegurar a la Administración su aptitud para la realización del contrato se convierten en criterios que deciden no sobre este requisito previo sino sobre la posterior adjudicación. Ese proceder vulnera el principio de libre concurrencia porque beneficia a unas empresas frente a otras imponiendo un requisito que sirve para gozar de solvencia técnica que no está justificado y que permite alcanzar con mayor facilidad el umbral de puntuación preciso para ser invitado al concurso, y en consecuencia vulnera el principio de igualdad e incurre en discriminación³⁹².

Según el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, la experiencia, aunque pueda utilizarse como requisito de solvencia, no podrá usarse como criterio de adjudicación³⁹³. Asimismo, la misma Junta considera improcedente exigir la experiencia ligada a un ámbito restringido como el municipal³⁹⁴.

b) Estabilidad y calidad del empleo como criterios de adjudicación

El Tribunal Supremo dicta Sentencia de 27 de junio de 2006 sobre la validez de incluir cláusulas para apoyar la estabilidad y calidad del empleo como criterios de adjudicación. Se analiza por el Tribunal el artículo 2 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la

³⁹² La Sentencia analizada cita en este mismo sentido la STS de 12 de enero de 2001, STSJ de Cataluña de 16 diciembre de 2002, STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2003, STS de 25 de noviembre de 2003, STS de 5 de julio de 2005.

³⁹³ Informes 13/1998 y 22/2000 de la JCCA. En el mismo sentido véase la Guía sobre contratación Pública y Competencia de la CNC, p. 17.

³⁹⁴ Informe 29/1998 de la JCCA.

Comunidad Autónoma de Madrid, el cual bajo la rúbrica "Criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo" establecía que:

"1. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, además de los criterios objetivos que se establezcan conforme a lo previsto en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se incluirán necesariamente uno o varios de los siguientes criterios objetivos relativos al empleo, atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato:

a) Estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición.

b) Porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla.

c) Porcentaje de trabajadores de la plantilla de la empresa afectos a la ejecución directa del objeto del contrato.

d) Nuevas contrataciones de trabajadores vinculadas a la ejecución del objeto del contrato.

A los efectos de valoración de los criterios objetivos de empleo, en el caso de empresarios individuales se tendrá en cuenta, asimismo, su alta en el régimen especial de trabajadores autónomos.

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, el órgano de contratación, mediante resolución motivada y previo informe favorable de la Dirección General de Trabajo y Empleo de la Consejería de Economía y Empleo, podrá acordar no incluir ningún criterio relativo al empleo cuando

el objeto del contrato pueda ser ejecutado por personas físicas sin trabajadores a su cargo o cuando en atención a las especiales circunstancias que concurran en un contrato resulte imposible su valoración. Dicho informe será emitido en el plazo de quince días hábiles a contar desde el día siguiente al de la recepción de la solicitud por parte de la Dirección General de Trabajo y Empleo. Vencido el plazo sin haberse emitido el informe, se entenderá favorable.

Para la valoración de los criterios de las letras a) y b) del apartado anterior, los licitadores presentarán una declaración responsable sobre la estabilidad de su plantilla y el porcentaje de trabajadores con contrato indefinido. Para los criterios de las letras c) y d), deberán presentar un documento que recoja el compromiso de ejecución directa del objeto del contrato por trabajadores de la plantilla y el compromiso de nuevas contrataciones, con indicación de su carácter temporal o indefinido, vinculadas a su ejecución.

3. A los criterios objetivos de empleo, en su conjunto, se les atribuirá en todo caso una ponderación del 20 por 100 del total de la baremación”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Tercera, dictó Sentencia el 6 de octubre de 2003, en cuya parte dispositiva desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del 18 de febrero de 1999 de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la Comunidad de Madrid, declarándolo conforme a Derecho, así como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Concurso de obras inspirado en él. Es ante el Recurso de Casación que interesaba la revocación de esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

cuando el Tribunal Supremo dicta la Sentencia de 27 de junio de 2006 aquí analizada. Mencionaré a continuación, por un lado, brevemente los argumentos expuestos por la parte recurrente que aquí más interesan y, por otro lado, los argumentos jurídicos del Tribunal en su respuesta.

En primer lugar, se alega por la actora la infracción del artículo 20 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; tal precepto, reiterado en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas bajo la rúbrica de "Prohibiciones de contratar", establece en sus apartados a) a k) las circunstancias que concurriendo en aquellas personas que pretendan contratar con la Administración impiden llevar a cabo dicha contratación.

El Tribunal Supremo considera que del examen del Decreto impugnado se desprende que por éste no se establece una nueva condición limitativa para la contratación. Según el Tribunal, ello no tiene lugar por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el artículo 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato. El Tribunal Supremo expresa que los criterios en cuestión no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados c) y d) del precepto.

Tampoco aprecia el Tribunal Supremo en esta misma Sentencia la condición limitativa alegada por la actora en relación con la normativa

relativa a los trabajadores minusválidos (artículos 4 y 5 del Decreto), por cuanto como manifiesta la propia actora o bien se trata de una obligación ya establecida previamente en las Leyes 13/82 de 7 de abril, artículo 38.1 y 66/97 de 30 de diciembre (disposición Adicional 39), o bien la inclusión en la plantilla de trabajadores minusválidos determina una preferencia en la adjudicación siempre que exista igualdad en los términos de las proposiciones "después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos en los concursos"; lo que ya venía previsto en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 13/95.

Concluye la Sentencia determinando que ha de entenderse que los criterios contemplados por el Decreto impugnado ni prohíben ni limitan las posibilidades de contratar con la Administración más allá de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo.

En segundo lugar, alude la actora al hecho de que el artículo 87 citado exige que los criterios que se establezcan sean de naturaleza objetiva. El Tribunal Supremo considera que los criterios establecidos en el artículo 2 del Decreto impugnado ostentan tal naturaleza al no contemplar situaciones que no puedan acreditarse mediante los datos concretos y objetivos de la plantilla de la empresa tales como: "mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido", "porcentaje de trabajadores con contrato indefinido respecto del total de la plantilla" "porcentaje de trabajadores de la plantilla afectos a la ejecución del contrato" y "nuevas contrataciones vinculadas a la ejecución del contrato".

En tercer lugar, apunta la actora al carácter subjetivo de tales criterios, por no tratarse de criterios necesarios para asegurar una correcta ejecución u obtener la selección de la oferta más ventajosa para la Administración en el sentido de no venir referidos a la oferta sino a las

características de la propia empresa, por lo que en su caso habrían de formar parte de los criterios de selección del contratista y no de la adjudicación de los contratos. El Tribunal Supremo, partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el artículo 2 del Decreto impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial incidencia, aunque no única, en los trabajadores con contrato indefinido, entiende que aquellos ofrecen una doble vertiente: “por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato”. Así, a su juicio, “la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tiene una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración”. El Tribunal Supremo entiende por ello que, una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria.

Aunque la Sentencia analizada considera conforme a Derecho la inclusión de cláusulas sociales como criterio de adjudicación, el Decreto 213/1998 de la Comunidad de Madrid ha sido objeto de interposición de recurso de incumplimiento por la Comisión Europea ante el Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas. Finalmente, el artículo 2 del Decreto ha sido derogado por el Decreto 128/2005, de 15 de diciembre³⁹⁵.

Ya observábamos en el apartado dedicado a la acreditación de la solvencia técnica como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 44/1998, manifestaba que los criterios de estabilidad de la plantilla de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato, constituyen características de los contratistas y que los mismos no pueden utilizarse como criterios de adjudicación.

c) La prevención de riesgos laborales como criterio de adjudicación

En referencia a criterios relativos a la prevención de riesgos laborales, el Informe 42/2006, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, establece la imposibilidad de incluir tales aspectos como requisito de solvencia técnica y como criterio de adjudicación, ya que "según la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la posibilidad de incluir en los pliegos cláusulas como la que se propone y examina requeriría una modificación de la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en todo caso, habría de producirse en el sentido limitado de preferencia en supuestos de igualdad y siempre como señala el apartado 2 de la citada disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y como confirma la evolución normativa del Derecho Comunitario, tal como exponemos a continuación, que el criterio tenga relación directa con el objeto del contrato".

³⁹⁵ Véase en este sentido MORENO MOLINA, 2007(b), en especial p. 28.

d) Otros aspectos como criterios de adjudicación

Se ha discutido sobre la admisibilidad de valorar como criterio de adjudicación poseer en la plantilla un determinado número de una determinada clase de trabajadores. En este sentido, a juicio de algunos autores el criterio de adjudicación debería de referirse en todo caso a la "dedicación concreta al objeto del contrato de un determinado número de profesionales, o la contratación para su ejecución de un determinado tipo de trabajadores, etc"³⁹⁶.

e) Breve reflexión sobre la admisibilidad de los criterios sociales como criterio de adjudicación

Empezaba el presente capítulo anunciando la problemática que reviste la inclusión de criterios sociales en la fase de valoración de la oferta. Esta cuestión, como hemos visto, ha requerido numerosas veces la repuesta de los diferentes Tribunales caso a caso, pues las posibilidades con las que cuentan los órganos de contratación en este sentido no están lo claras que deberían de estar. Así, no ha aportado solución significativa alguna ante tal incertidumbre el hecho de que, al igual que lo hacía el artículo 134 de la LCSP de 2007, el artículo 150 del TRLCSP 2011 admita de manera general la posibilidad en cuestión. Eso sí, dada su breve trayectoria en vigor, habrá que esperar a ver como se resuelven caso a caso las diferentes situaciones para poder llegar a concluir cuándo dicha posibilidad es admisible y cuándo no. Es reflejo de lo conflictivo que resulta el artículo mencionado que el Consejo de Estado haya sugerido un "replanteamiento de la mención de las características sociales como criterios de adjudicación", resultando a su parecer "necesaria, en todo caso, una mayor precisión de las condiciones que deberían reunir para

³⁹⁶ JIMÉNEZ APARICIO, 2009, p. 444.

poder actuar como tales criterios³⁹⁷. A pesar de la complejidad que pueda acarrear la inclusión de los criterios aludidos en la fase de adjudicación algunos autores subrayan que “la perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en esta fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables³⁹⁸. En esta línea, una interpretación doctrinal concluye que la integración de criterios de adjudicación de índole social constituye una acción positiva a favor de determinados colectivos a potenciar por los poderes públicos y que los mismos ofrecerían la vía para favorecer positivamente a aquellos que más aporten a la sociedad de manera general y transversal³⁹⁹. En definitiva, la integración de criterios de adjudicación de carácter social es posible siempre que se cumplan “escrupulosamente” los límites enunciados a lo

³⁹⁷ CATALÁ MARTÍ, 2008, p. 399.

³⁹⁸ GIMENO FELIÚ, 2006(b), p. 191.

³⁹⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, p. 169 y ROMÁN VACA, 2006, p. 222. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, pp. 168 y 169 menciona en este sentido lo establecido en el art. 7 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que dice lo siguiente: *1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos relacionados en el art. 1 (religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual).*

largo de este capítulo así como “por la vía de variantes⁴⁰⁰ o por la evaluación económica de los criterios sociales”⁴⁰¹.

IV.4.2. Preferencia para la adjudicación de contratos y reserva de contratos

No se va a profundizar en materia de preferencias para la adjudicación y reserva de contratos en este punto. Sin embargo, encuentro conveniente hacer una breve consideración en este sentido por lo que recogeré en las siguientes líneas lo establecido en la norma para estos dos casos.

Por un lado, la Disposición Adicional Cuarta, bajo la rúbrica *Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro* establece varias opciones de preferencias a la hora de adjudicar los contratos.

En primer lugar, los órganos de contratación pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 %, siempre que dichas proposiciones igualen en

⁴⁰⁰ El art. 147.1 TRLCSP 2011 establece lo siguiente: *Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.*

⁴⁰¹ LESMES ZABALEGUI, 2005, p. 80.

sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Si varias empresas licitadoras que hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 %, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato aquella que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

En segundo lugar, puede establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener tal consideración⁴⁰².

En tercer lugar, en la misma forma y condiciones puede establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto el órgano de contratación puede requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

En último lugar, los órganos de contratación pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la

⁴⁰² DA 4ª, apt. 3, TRLCSP 2011.

adjudicación de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Los órganos de contratación pueden definir en los pliegos otras preferencias en la adjudicación de los contratos⁴⁰³.

Parte de la doctrina considera que la Disposición Adicional Cuarta aquí analizada es un ejemplo más de cláusulas sociales entendidas en su sentido más amplio, es decir, las que abarcan la integración de personas discapacitadas así como también la estabilidad en el empleo, etc. La misma doctrina califica la preferencia analizada como una expresión más de la

⁴⁰³ LUCENA CAYUELA, 2008, p. 211, hace referencia al artículo 34.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece la posibilidad de definir tal preferencia a favor de las proposiciones presentadas por empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el empleo, siempre que tales proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios de adjudicación del contrato y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la Disposición Adicional Octava del TRLCAP; remisión esta última que, ahora, atendiendo a la literalidad y sistemática de ambas legislaciones, debe entenderse referida al primer apartado de la Disposición Adicional Cuarta TRLCSP 2011. No obstante, en el Informe 44/04 de la JCCAE se consideraba que la inclusión de una cláusula de preferencia en los pliegos para las empresas con mayor porcentaje de mujeres en su plantilla requería la modificación de la DA 8ª de la LCAP, adicionando este supuesto al de los minusválidos y entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial. La Junta concluía que tal modificación no se estimaba procedente si se tienen en cuenta los criterios del TJCE, de la Junta misma y de la Directiva 2004/18/CE. A su parecer ninguno de los criterios y ejemplos que menciona el considerando 33 de la Directiva tiene nada que ver con un criterio de preferencia de las empresas que tengan mayor porcentaje de mujeres en su plantilla.

denominada acción positiva.⁴⁰⁴ En cuanto a los supuestos que recoge la disposición, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha estimado que constituyen un *numerus clausus*⁴⁰⁵.

Es especialmente relevante lo indicado en el tercer apartado de la Disposición Adicional Cuarta, pues el objetivo prioritario del mismo es integrar al empleo las personas más excluidas o marginadas. Se busca cumplir este objetivo promocionando la contratación de las personas con graves dificultades de acceso al mercado laboral⁴⁰⁶.

Por otro lado, la Disposición Adicional Quinta, bajo el título *Contratos reservados* establece la posibilidad de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo. También se puede reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 % de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Para efectuar dicha reserva deberá hacerse referencia a esta disposición en el anuncio de licitación.

⁴⁰⁴ JIMÉNEZ APARICIO, 2009, pp. 715 y 716.

⁴⁰⁵ Informe 44/04, de 12 de noviembre de la JCCAE.

⁴⁰⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, p. 81. Sobre el régimen jurídico de las empresas de inserción y las personas que poseen la condición de excluido social véanse pp. 83 a 94 de la misma obra.

IV.5. Ofertas anormalmente bajas

En opinión de parte de la doctrina también cabe la posibilidad de atender aspectos sociales cuando se valora que *la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias*⁴⁰⁷.

Según la Directiva 2004/18/CE, si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador deberá solicitar por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta. Dichas precisiones podrán referirse a: a) *el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios*; b) *las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios*; c) *la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador*; d) *el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación* o e) *la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador*⁴⁰⁸. Además, el poder adjudicador debe consultar al licitador y debe verificar la composición de la oferta teniendo en cuenta las justificaciones aportadas⁴⁰⁹.

El artículo que viene a introducir en la legislación del Estado español esta cuestión sustituye el concepto de "baja temeraria" por el término utilizado en el Derecho comunitario de "oferta anormal". El artículo en

⁴⁰⁷ BLÁZQUEZ ROMAN y RAMÍREZ HORTELANO, 2005, p. 45.

⁴⁰⁸ Art. 55.1 de la Directiva 2004/18/CE.

⁴⁰⁹ Art. 55.2 de la Directiva 2004/18/CE.

cuestión dispone que cuando para la adjudicación *deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados (...)*⁴¹⁰. La norma estatal reproduce a continuación lo establecido por la Directiva para cuando se identifique una proposición anormal, es decir, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma. Las condiciones a precisar son exactamente las mismas cinco que menciona la Directiva⁴¹¹. Si el órgano de contratación, una vez evaluadas las justificaciones e informes realizados por el licitador, considera que la oferta no puede ser cumplida debido a la inclusión de valores anormales o desproporcionados, acordará la adjudicación provisional a favor de la siguiente proposición económicamente más ventajosa. Conforme a lo señalado en el TRLCSP 2011, esto lo hará de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas. Esta proposición también debe poder ser cumplida a satisfacción de la Administración y no ser considerada anormal o desproporcionada⁴¹².

La Comisión Europea subraya en su Comunicación del año 2001 que los poderes adjudicadores están obligados a “pedir explicaciones a cualquier licitador cuya oferta les parezca anormalmente baja con respecto a la prestación”. A modo de ejemplo la Comisión señala que es posible tomar en consideración “aspectos tales como el incumplimiento de las

⁴¹⁰ Art. 152.2 TRLCSP 2011.

⁴¹¹ Art. 152.3 TRLCSP 2011.

⁴¹² Art. 152.4 TRLCSP 2011.

normas sobre seguridad o empleo para rechazar una oferta anormalmente baja⁴¹³.

La normativa analizada ofrece pues la posibilidad de que el poder adjudicador evalúe a la hora de calificar una oferta como anormal el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación. Vista así es una disposición escueta y de contenido básico. No obstante, no veo inconveniente en que, siempre en beneficio de la protección de las personas trabajadoras, los órganos de contratación puedan especificar en los pliegos otras condiciones de contenido similar. Es más, como veíamos, el TRLCSP 2011 otorga a los órganos en cuestión la oportunidad de precisar en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. De esa manera los órganos de contratación, siempre de forma justificada y no arbitraria, podrán establecer un valor objetivo para el caso del incumplimiento de las condiciones sociales que en su caso corresponda introducir. Estas condiciones pueden hacer referencia, según el caso y a modo de ejemplo, a la prevención de riesgos laborales, condiciones laborales, etc.

IV.6. Ejecución del contrato

Como indica la Directiva 2004/18/CE los poderes adjudicadores pueden exigir *condiciones especiales en relación con la ejecución del*

⁴¹³ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, p. 16.

*contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones para la ejecución de un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social⁴¹⁴. Éstas han de ser compatibles con la Directiva, lo cual requiere que no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. La finalidad de estas condiciones especiales puede ser *favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente*. La Directiva cita como ejemplo, *entre otras, las obligaciones –aplicables a la ejecución– de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional*⁴¹⁵.*

El TRLCSP 2011, con alguna que otra pequeña modificación respecto a la Directiva, establece en el artículo 118 que los órganos de contratación pueden establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato. Éstas deben ser compatibles con el Derecho comunitario y han de indicarse en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. En cuanto al objeto de las mismas la norma estatal es más desarrollada y establece que podrán referirse, *en especial, a*

⁴¹⁴ Art. 26 de la Directiva 2004/18/CE.

⁴¹⁵ Considerando 33 de la Directiva 2004/18/CE.

consideraciones de tipo medioambiental⁴¹⁶ o a 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 145 del TFUE, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo⁴¹⁷. Igualmente, en la Exposición de motivos de la LCSP de 2007 se incorporaban como condiciones especiales de ejecución del contrato las consideraciones de Comercio Justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Ello se realizaba, según dicha Ley, con objeto de dar respuesta a los nuevos requerimientos éticos y sociales y a la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo que permitan ajustar la demanda de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales. Ha de destacarse la necesidad de incorporar consideraciones de Comercio Justo en los contratos públicos y en las políticas de compra, especialmente en contratos de suministro (compra de alimentos o textiles) o servicio (gestión de cafetería y máquinas de bebidas)⁴¹⁸. No obstante, las consideraciones de Comercio Justo no se

⁴¹⁶ En este sentido puede observarse la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

⁴¹⁷ Art. 118.1 TRLCSP 2011.

⁴¹⁸ CATALÁ MARTÍ, 2008, p. 277. El autor cita las enmiendas núm. 110, 205 y 305 de los Grupos Parlamentarios de IU, CIU y ERC, respectivamente, en idéntico sentido.

llegaron a recoger en el artículo correspondiente de la LCSP de 2007⁴¹⁹. Es por ello que el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP) formuló enmienda al artículo en cuestión, donde se proponía la siguiente redacción: "Igualmente para la adquisición de bienes y suministros podrán fijarse especificaciones técnicas de carácter social o especiales condiciones de producción relativas al desarrollo sostenible y una mayor equidad en las relaciones comerciales con los países empobrecidos o en vías de desarrollo, de modo que se asegure el respeto a los derechos de los productores y trabajadores, según los sistemas de garantía internacionalmente reconocidos para la denominación de comercio justo y la definición del artículo 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea"⁴²⁰.

Por otra parte, para el caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, la norma añade que *los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, (...), o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f)*. Asimismo, cuando el incumplimiento de estas condiciones no se haya tipificado como causa de resolución del contrato, *el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 60.2.e)*⁴²¹. Este último artículo dispone que incumplir las condiciones especiales de ejecución aludidas, *cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el*

⁴¹⁹ Art. 102 de la Ley mencionada.

⁴²⁰ Enmienda núm. 41 formulada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés al art. 102 LCSP de 2007. La referencia al artículo 177 del TCCE ha de entenderse al artículo 208 del TFUE en vigor hoy día.

⁴²¹ Art. 118.2 TRLCSP 2011.

contrato como infracción de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario será circunstancia que impedirá a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas.

Parte de la doctrina interpreta del artículo analizado que la inclusión de condiciones especiales de ejecución supone una facultad, y no una obligación, de los órganos de contratación y que la enumeración de condiciones que realiza es ilustrativa, por lo que existe la posibilidad de incorporar otro tipo de condiciones⁴²².

Según la Comisión Europea, "es ante todo en la fase de ejecución, es decir, una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales". Por ello, considera que "una posible forma de fomentar la persecución de tales fines 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"⁴²³. A modo de ejemplo explica la Comisión como "una cláusula por la que se exija que el adjudicatario emplee a un número o un porcentaje determinado de desempleados de larga duración o jóvenes aprendices, sin exigir que los desempleados o aprendices pertenezcan a una región dada o dependan de un organismo nacional, con vistas a la ejecución de un contrato de obras, no constituye *a priori* una discriminación contra los licitadores de los demás Estados miembros".

⁴²² SÁEZ LARA., 2009, p. 50.

⁴²³ *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001, pp. 3 y 16.

Varios autores resaltan que el interesado conoce con carácter previo las condiciones especiales de ejecución del contrato, de manera que con la presentación de la oferta se deben entender aceptadas las mismas y se origina el derecho por parte del adjudicador de reclamar su cumplimiento⁴²⁴.

Para una parte de la doctrina cualquier inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa debe ser considerada como una condición de ejecución contractual que establece la administración contratante y que deberá cumplir necesariamente la empresa adjudicataria. En su opinión, la vía más adecuada para la integración de las cláusulas sociales parece ser la de incluirlas como condiciones de ejecución contractual⁴²⁵. También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Recomendación 1/2001, de 5 de abril, se inclina por admitir las cláusulas sociales únicamente como condiciones de ejecución contractual⁴²⁶. Es concretamente en la Sentencia *Beentjes* donde algunos de los autores favorables a esta opinión encuentran la justificación a lo señalado anteriormente, considerando que, "realmente, lo que el órgano jurisdiccional postula en esta resolución es la compatibilidad, en principio, con el ordenamiento comunitario de cláusulas o condiciones sociales que no operen como requisitos de admisión y/ o exclusión de los procedimientos de contratación ni criterios adjudicadores del contrato, y siempre que no supongan vulneración alguna de los principios comunitarios de igualdad y publicidad; se admite , pues, una condición o cláusula específica y «adicional» a los requisitos de aptitud legalmente

⁴²⁴ MORRÁS CEPEDA y YÁÑEZ DIAZ, 2008, p. 432.

⁴²⁵ PLEITE GUADAMILLAS, 2006, p. 8; BLÁZQUEZ ROMAN y RAMÍREZ HORTELANO, 2005, p. 47; PÉREZ ALCÁNTARA, 2008, p. 3517; BERNAL BLAY, 2008, p. 241.

⁴²⁶ Véase VÉRNIA TRILLO, 2002, p. 432.

exigibles y a los criterios de adjudicación de los contratos públicos igualmente admitidos por la legislación comunitaria, esto es, una condición exigible al adjudicatario, y no al licitador, en suma una condición de ejecución del contrato y, por tanto, de preceptivo cumplimiento por el contratista⁴²⁷.

Según algunos autores el principal problema que plantea la inclusión de condiciones especiales de ejecución es respetar los principios de igualdad y no discriminación. Es decir, en su opinión, "la inclusión en la contratación de aquellas consideraciones de tipo social o medioambiental puede suponer una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, y por ello actúan como su límite"⁴²⁸. Por ello, se recuerda el deber de respetar los límites establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto Beentjes: a) tales condiciones contractuales deben entenderse con independencia de los criterios de adjudicación o de la valoración de la capacidad de los licitadores para llevar a cabo los trabajos; b) dichas condiciones no deben infringir otros principios del Derecho comunitario, especialmente el derecho de establecimiento, la libertad de prestación de servicios y la no discriminación por motivos de nacionalidad y, c) sólo pueden aceptarse las condiciones que persigan el cumplimiento de determinados objetivos en el territorio del Estado del organismo contratante⁴²⁹. Las condiciones especiales de ejecución de carácter social no podrán utilizarse falsamente con el fin de generar discriminaciones directas o encubiertas, de manera

⁴²⁷ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2003, p. 60.

⁴²⁸ MORRÁS CEPEDA y YÁÑEZ DIAZ, 2008, p. 427.

⁴²⁹ Véase BLÁZQUEZ ROMAN y RAMÍREZ HORTELANO, 2005, pp. 46 y 47.

que sólo puedan cumplirlas ciertos licitadores⁴³⁰. Sin embargo, una vez que no se sobrepasen estos límites, la administración pública no puede escudarse bajo la exigencia del respeto a tales principios para denegar la consideración y cumplimiento de estos aspectos en la ejecución de los contratos. No admitir estos aspectos como condiciones de ejecución sería, por una parte, renunciar a la posibilidad que el TRLCSP 2011 promueve y, por otra parte, en tanto en cuanto de la contratación de los poderes públicos tratamos, no cumplir con los mandatos que a éstos la CE asigna. Es decir, la contratación pública, como las políticas públicas, interviene en la vida social y económica de la sociedad. Esas políticas públicas, tanto sociales como económicas, se rigen por una serie de principios establecidos en la CE, por lo que los poderes públicos están obligados a promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, de manera especial han de realizar una política orientada al pleno empleo; deben fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales; han de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral⁴³¹ y deben realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los minusválidos físicos, sensoriales y psíquicos⁴³².

⁴³⁰ SANCHEZ MORÓN, 2008, p. 594.

⁴³¹ Art. 40.1 y 2 de la CE.

⁴³² Art. 49 de la CE.

CAPÍTULO V:

Contenido de las cláusulas sociales

Las cláusulas sociales pueden albergar contenido de diferente índole. En general, este contenido, por diferente que sea, siempre tendrá como característica la promoción y persecución de un fin social. Las cláusulas analizadas en este trabajo abarcan la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. No obstante, las cláusulas de índole social a incorporar en la contratación pública pueden referirse, entre otros, a la igualdad de género, la seguridad y salud laboral, estándares internacionales y "cadena de valor", comercio justo, etc. Podría decirse que las materias mencionadas han sido las más aceptadas o desarrolladas hasta el momento, lo que no quiere en ningún caso decir que sean las únicas. Es decir, a mi entender, y respetando ciertos límites, las cláusulas sociales podrían hacerse eco de otros objetivos sociales aparte de los ya mencionados. Cabe mencionar en este punto que, además de los fines sociales también pueden perseguirse –y se persiguen- otro tipo de objetivos mediante la incorporación de cláusulas en la contratación pública. Así, y a modo de ejemplo, podemos encontrar las cláusulas relativas al respeto del medio ambiente. Puede afirmarse que la incorporación de estas últimas en la normativa sobre contratación pública fue uno de los primeros pasos en la vía de proteger los intereses públicos a través de la contratación pública. Las cláusulas medioambientales gozan hasta el momento de la mayor aceptación y desarrollo (tanto normativo como práctico) en la contratación del sector público. Es importante destacar que estas cláusulas, como sucede hoy con las sociales, tampoco gozaban en sus primeros momentos de una total aceptación. No obstante, con el tiempo han ido adquiriendo protección y reconocimiento jurídico, y actualmente son pocos los que cuestionan la conveniencia de exigirlos en

las licitaciones públicas. Este mismo resultado es el que se augura a las cláusulas sociales⁴³³.

En este capítulo, partiendo sobre la premisa de que el objetivo primordial del presente trabajo se centra en el análisis de las cláusulas referentes a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, únicamente realizo una breve consideración sobre algunas de las demás temáticas anteriormente enumeradas.

V.1. La perspectiva de género

La desigualdad entre mujeres y hombres ha derivado en un marco normativo promovedor de medidas de acción positiva. A nivel internacional, encontramos, entre otros, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁴³⁴. En el ámbito de la Unión Europea, el TFUE establece que *con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*⁴³⁵. Además de lo establecido por el TFUE, ha de señalarse la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de

⁴³³ PÉREZ ALCÁNTARA, 2008, p. 3519. El autor destaca que los principios sociales serán con el paso del tiempo de influencia tan fundamental como lo son los de larga tradición histórica (menciona como ejemplo el principio de publicidad).

⁴³⁴ ONU, 18-12-1979.

⁴³⁵ Art. 157 del TFUE.

empleo y ocupación. En el Estado español la base y justificación de las medidas de acción positiva la encontramos en el artículo 9.2 de la Constitución Española. En lo que a la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere, el Estatuto de Autonomía recoge entre sus competencias exclusivas esta materia, aludiendo a la "Condición femenina"⁴³⁶. La pregunta que se plantea en este último caso gira en torno a qué abarca y cómo ha de interpretarse una competencia que se denomina "Condición femenina" sin más especificaciones.

La contratación pública es un instrumento o una medida de acción positiva más para el fomento de la igualdad de género⁴³⁷. En este sentido, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI) destina dos artículos a la contratación del sector público. Uno de ellos⁴³⁸ ofrece la potestad a las Administraciones Públicas para que a través de sus órganos de contratación establezcan condiciones especiales de ejecución del contrato con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. El otro artículo⁴³⁹, dirigido a la contratación de la Administración General del Estado, dispone que el Consejo de Ministros deberá determinar anualmente los contratos públicos que obligatoriamente deban incluir entre sus condiciones de ejecución medidas para la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Este mismo artículo acoge la posibilidad de establecer las

⁴³⁶ Art. 9.2 y 10 del EAPV.

⁴³⁷ Sobre la contratación pública como acción positiva y cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral LESMES ZABALEGUI, 2005, *in totum* y MEDINA ARNÁIZ, 2009, *in totum*.

⁴³⁸ Art. 33 de la LOI.

⁴³⁹ Art. 34 de la LOI.

características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos, atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad, así como la posibilidad de establecer la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por empresas que cumplan determinadas directrices y siempre que iguallen a la más ventajosa⁴⁴⁰.

En la Comunidad Autónoma del País Vasco la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres también alude a las medidas para eliminar las desigualdades y promover la igualdad en la contratación pública⁴⁴¹. Así, las administraciones públicas vascas, en la medida que la normativa de contratos lo permita, deberán incluir *entre los criterios de adjudicación uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada* así como *entre los criterios de valoración de la capacidad técnica de los candidatos o licitadores. Además valorarán la trayectoria de los mismos en el desarrollo de políticas o actuaciones dirigidas a la igualdad de mujeres y hombres* y contemplarán la obligación del adjudicatario de aplicar *medidas tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres* como condición de ejecución del contrato.

Una vez expuesto lo redactado en la normativa sobre igualdad de género, debe subrayarse que la aplicación y exigibilidad de la misma no está del todo clara. En cuanto a la LOI, algunos autores, aún reconociendo que en esta materia la LOI establece la obligación de incorporar cláusulas sociales mientras que el TRLCSP 2011 sólo expresa la potestad para ello, consideran que el cumplimiento de la misma queda en muchos casos en manos de la voluntad de las empresas, como utensilio para su marketing

⁴⁴⁰ Un examen más detallado sobre los artículos mencionados en BERNAL BLAY, 2008, pp. 245 a 252.

⁴⁴¹ Art. 20 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de la CAPV.

empresarial. Por ello, abogan por ir más allá de lo dispuesto en ambas leyes (LOI y TRLCSP 2011) y por la consecución de la igualdad a través de instrumentos reguladores más que por la vía de ambiguas e inciertas experiencias⁴⁴². En lo que a la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco se refiere las críticas aluden a la falta de concreción y ponderación determinada en las licitaciones así como a su tibieza⁴⁴³. A pesar de la valoración positiva que merece el hecho de que disposiciones de tal contenido se recojan en la legislación, comparto las críticas mencionadas, pues a mi entender de poco sirven las disposiciones normativas si pecan de generalidad y no ofrecen concreciones suficientes para que puedan llevarse a cabo eficazmente. Lo mismo he de decir sobre aquellas disposiciones que dejan su cumplimiento en manos de la voluntariedad de las empresas y no proporcionan instrumentos para su verdadero cumplimiento.

V.2. La seguridad y salud laboral

El derecho de las personas trabajadoras a la protección de su vida e integridad física se prescribe en el artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores. Este artículo viene a reflejar lo reconocido de una manera más general en los artículos 15 y 10 de la Constitución Española. La protección de la vida e integridad física de las personas trabajadoras se regula a través de las normas de seguridad y salud en el trabajo o de "prevención de riesgos laborales".

⁴⁴² MOLINA NAVARRETE, 2008, pp. 54 y 55, en referencia a la LCSP de 2007..

⁴⁴³ LESMES ZABALEGUI, 2005, p. 72.

Estas normas se recogen principalmente en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y en los Reglamentos de desarrollo. No obstante, además de los mencionados, son abundantes los textos normativos que aluden a la prevención de riesgos laborales: entre otros, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, diversas normas internacionales, tales como los Convenios de la OIT, Directivas comunitarias, etc.

Existen opiniones diversas sobre la admisibilidad de perseguir la prevención de riesgos laborales a través de la contratación pública. Interesa en este punto recordar las obligaciones que corresponden en materia de prevención de riesgos laborales a los poderes públicos y las cuales, a mi entender, evidencian y justifican la inclusión de cláusulas sobre prevención de riesgos laborales a lo largo de la normativa sobre contratación pública.

En este sentido, la Constitución Española⁴⁴⁴ obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Éstos están obligados a velar por los objetivos y principios de la política de prevención de riesgos laborales. Esta política tiene por objeto *la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo*. La política de prevención de riesgos laborales ha de llevarse a cabo a través de las normas reglamentarias y de las actuaciones administrativas que correspondan⁴⁴⁵. Las Administraciones públicas también deben fomentar la investigación de nuevas formas de protección y *la promoción de estructuras eficaces de prevención*. Para ello, las administraciones públicas

⁴⁴⁴ Art. 40.2 de la CE.

⁴⁴⁵ Art. 5.1 de la LPRL.

pueden adoptar *programas específicos dirigidos a promover la mejora del ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de protección*. La normativa señala que los programas aludidos pueden instrumentarse a través de la concesión de los incentivos que reglamentariamente se determinen⁴⁴⁶. Por todo lo hasta aquí expuesto, y sobre todo por lo dispuesto en relación a los incentivos, considero que se encuentra justificado que los poderes públicos actúen por la prevención de riesgos laborales a través de todas sus actuaciones, y entre ellas, a través de sus relaciones contractuales en el marco de la contratación pública. Si las administraciones públicas están habilitadas para conceder incentivos en aras a desarrollar programas dirigidos a promover la mejora del ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de protección, no veo por que no pueden hacerlo a través de cláusulas recogidas en sus contratos orientadas al mismo fin. De esta última manera se estaría fomentando la contratación preferente con aquellas empresas más volcadas en la salud e higiene de su personal, lo que llevaría a que las empresas se involucren más en este sentido. Esta medida resulta además más económica para las administraciones públicas que la concesión de incentivos, y permite compatibilizar el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los poderes públicos con la eficacia y control del gasto público.

Es cierto que características relacionadas con la prevención de riesgos laborales se tienen en cuenta en la LCSP a la hora de limitar el acceso a la contratación pública, pero también es cierto que la materia en cuestión no se menciona expresamente en ninguna de las demás fases del procedimiento de contratación pública. Esto, a mi parecer, no quiere decir que los parámetros relativos a esta materia no puedan atenderse en las demás fases. Es decir, y a modo de ejemplo, si entre los criterios de

⁴⁴⁶ Art. 5.3 de la LPRL.

adjudicación se observan las características medioambientales, ¿por qué no las referentes a la prevención de riesgos laborales?

La importancia del bien jurídico que mediante las normas aludidas se protege ha derivado en que la protección de la salud y seguridad de las personas trabajadoras sea una de las primordiales esferas de la hoy tan en moda "Responsabilidad Social Empresarial". No obstante, considero que se debe ir más allá de la voluntariedad que acompaña a la Responsabilidad Social Empresarial y avanzar más en la construcción de mecanismos más exigentes.

V.3. Estándares internacionales: respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción

Las cláusulas sociales también pueden hacer referencia a estándares internacionales. Es decir, mediante estas cláusulas se puede pretender lograr ciertos efectos internacionales. Se busca que una empresa o compañía establecida en un estado cumpla la normativa laboral básica a lo largo de toda su cadena de producción cuando dicha cadena opere en otro u otros estados, exigiendo que la normativa laboral básica se cumpla en toda la cadena de producción, también cuando los estados donde ésta se desarrolla no garantizan la normativa básica en cuestión. La normativa laboral básica se corresponde con la legislación nacional del estado donde se encuentra instalada la sede principal de la empresa, así como con las obligaciones a las que la empresa se someta y los principios establecidos en ciertos instrumentos internacionales⁴⁴⁷. Entre estos instrumentos internacionales son los Convenios fundamentales de la OIT los más

⁴⁴⁷ Apt. II de la norma internacional SA 8000, sobre Responsabilidad Social. Se ofrece un listado de instrumentos internacionales (Declaraciones, Convenios, etc.) a cumplir.

mencionados en las cláusulas sociales. Ejemplo de ello es lo establecido en la Directiva 2004/18/CE y en el TRLCSP 2011. Así, la Directiva 2004/18/CE cita como ejemplo de obligación a establecer como condición especial de ejecución la de *respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional*⁴⁴⁸. Muy similar es lo establecido en este sentido por la norma estatal al disponer *el respeto de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*⁴⁴⁹.

Una vez analizadas las disposiciones de la Directiva y Ley aludidas puede observarse como la única mención relativa al cumplimiento de los Convenios fundamentales de la OIT se realiza en la fase de ejecución del contrato, es decir, se constituirían como condiciones especiales de ejecución.

A raíz de estas cláusulas, por ejemplo, una empresa con sede principal en el Estado español pero que desarrolla su cadena de producción en varios países del sur de América debe cumplir, respetar y garantizar en estos últimos lo establecido en los Convenios fundamentales de la OIT. El cumplimiento de los Convenios aludidos debería ser obligatorio para todos los países, mientras la realidad demuestra que los derechos consagrados en las mismas no se garantizan ni siempre ni en todo lugar. Es más, la necesidad de recordar una obligación ya impuesta a través de cláusulas como las que aquí se han visto proviene del incumplimiento en cuestión así como del beneficio que de éste pretenden

⁴⁴⁸ Considerando 33 de la Directiva 2004/18/CE.

⁴⁴⁹ Art. 118.1 TRLCSP 2011.

obtener muchas empresas y países. No es nuevo ni aislado que una empresa o compañía, normalmente con sede principal en los denominados estados “desarrollados” con normativas laborales avanzadas y rigurosas, establezca entidades empresariales en otros países donde la tutela sociolaboral es casi inexistente. El fin de esta maniobra es obtener mayores beneficios económicos a costa de la inaplicación de derechos laborales básicos. Estamos ante el denominado “dumping social”.

El contenido de estas cláusulas puede abarcar el trabajo infantil, los trabajos forzados, la salud y seguridad en el trabajo, la libertad de asociación y derecho de negociación colectiva, la discriminación (basada en atributos de raza, casta, origen nacional, religión, discapacidad, género, orientación sexual, participación en sindicatos, afiliación política o edad al contratar, remunerar, entrenar, promocionar, despedir, o jubilar a su personal)⁴⁵⁰, etc.

Otra vía para la consecución de los mismos fines serían los Códigos de Conducta. No obstante, parte de la doctrina considera que “la voluntariedad y la autorregulación de los códigos de conducta convierten a éstos en mecanismos de eficacia muy dudosa”⁴⁵¹. Es por ello que algunos autores señalan el sistema de la cláusula social con “más ventajas en orden al incremento de las posibilidades del cumplimiento”⁴⁵², opinión que comparto. En aras a perseguir los mismos objetivos también se han desarrollado otros varios mecanismos (estrategia de “nombrar y avergonzar”, etc.). La mayoría de estos otros instrumentos dependen de la voluntariedad de las empresas y son mayormente aplicados en el mercado

⁴⁵⁰ Apt. IV, punto 5.1 de la norma internacional SA 8000, sobre Responsabilidad Social.

⁴⁵¹ DE LA FUENTE LAVÍN, 2009, p. 131.

⁴⁵² MOLINA NAVARRETE, 2008, p. 55.

privado y en la contratación entre empresas privadas. En la medida en que en este trabajo pretende ofrecerse mecanismos de obligado cumplimiento –no voluntario- y sobre todo para el ámbito del mercado público y la contratación con el sector público, se aboga por la preferencia y establecimiento de las denominadas cláusulas sociales frente a todos los demás dispositivos.

V.4. Comercio justo

Se dice que el Comercio Justo es un movimiento internacional, formado por organizaciones del Sur y del Norte. Sus objetivos son, por un lado, mejorar el acceso al mercado de los productores más desfavorecidos y, por otro lado, cambiar las injustas reglas del comercio internacional. Las principales organizaciones de Comercio Justo de ámbito internacional ofrecen la siguiente definición: “El Comercio Justo es una asociación de comercio, basada en el diálogo, la transparencia y el respeto, que busca una mayor equidad en el comercio internacional. Contribuye a un desarrollo sostenible ofreciendo mejores condiciones comerciales y asegurando los derechos de productores y trabajadores marginados, especialmente en el Sur. Las organizaciones de Comercio Justo, apoyadas por los consumidores, están implicadas activamente en apoyar a los productores, sensibilizar y desarrollar campañas para conseguir cambios en las reglas y prácticas del comercio internacional convencional”⁴⁵³.

En este sentido, las cláusulas relativas a esta temática pretenderían fomentar los principios protegidos por el Comercio Justo a través de la contratación del sector público. Hemos de advertir que son escasas las

⁴⁵³ Definición obtenida en la pág. Web de “reas – red de redes de economía alternativa y solidaria”: <http://www.economiasolidaria.org/>

cláusulas sobre Comercio Justo incorporadas hasta el momento en la normativa sobre contratación del sector público. Así, ni la Directiva ni el TRLCSP 2011 que aquí se han estado analizando contemplan cláusulas de semejante índole en los artículos destinados a las fases del procedimiento de contratación. No obstante, como se ha indicado previamente, sí se realizaban menciones expresas a la materia en otros puntos de la LCSP de 2007, concretamente, entre las exposiciones de motivos y disposiciones adicionales. Así, la Ley del 2007, a diferencia de la Directiva, sí señalaba en su Exposición de motivos la posibilidad de considerar “las exigencias de un Comercio Justo” entre los criterios de adjudicación. Según dicha Ley se preveían mecanismos que permitían introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social, “configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo 2005/2245 y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales”⁴⁵⁴.

Otra de las menciones expresas al Comercio Justo se encuentra en el apartado 5 de la Disposición Adicional 4ª de del TRLCSP 2011. Esta disposición señala que los órganos de contratación pueden establecer en los pliegos de cláusulas particulares la preferencia en la adjudicación *de los contratos que tengan como objeto productos en los que exista alternativa de*

⁴⁵⁴ Exposición de Motivos IV, apt. 3 de la LCSP. Sobre la crítica que realiza el Consejo de Estado a la mención de los requerimientos de Comercio Justo en la Exposición de motivos de la LCSP y sobre la opinión personal al respecto de la autora de este trabajo obsérvese el apartado 4 del capítulo IV de esta Parte.

Comercio Justo. Esta preferencia se otorgará siempre que las proposiciones se presenten por entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo y cuando dichas proposiciones igualen a la más ventajosa.

A mi entender son dos los principales problemas y carencias que presenta en esta materia la normativa sobre contratación pública actualmente en vigor. El primero, y el más importante, la ausencia de cláusulas relativas al Comercio Justo a lo largo del procedimiento de contratación, es decir, a lo largo del articulado de las diferentes fases del procedimiento en cuestión. La pregunta que se puede plantear es la siguiente: si la exposición de motivos de la LCSP de 2007 abría la vía y ofrecía la oportunidad para ello, porqué no se ha materializado en el articulado correspondiente a las fases? El segundo problema a destacar aquí es la falta de concreción e indicaciones por parte de la Ley para identificar tanto los productos de Comercio Justo como las organizaciones de Comercio Justo, determinaciones que como hemos visto resultan necesarias para otorgar preferencias en la adjudicación de los contratos.

Anteriormente aludía a la escasa referencia expresa que en la normativa sobre contratación pública se realiza al Comercio Justo. Sin embargo, hace tiempo que se están realizando prácticas en esta línea en la contratación efectuada por el sector público⁴⁵⁵. Para que estas prácticas sigan desarrollándose y progresando resulta necesario que la normativa las reconozca y ofrezca indicadores y determinaciones que hagan posible su efectiva aplicación por parte de los órganos de contratación, tarea que en la actualidad resulta muy peliaguda. Esta necesidad requiere todavía una mayor, contundente y real respuesta debido a la idoneidad de la

⁴⁵⁵ A estos efectos puede consultarse la siguiente pág. Web:
<http://www.comprapublicaetica.org/>

aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública como medio para la consecución de los fines protegidos por el Comercio Justo.

V.5. La inserción laboral de personas que se encuentren en riesgo o situación de exclusión social.

La mención al contenido relativo a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en último lugar es debido a que es éste el particularmente estudiado en el presente trabajo. Su análisis más profundo se desarrolla a lo largo del mismo.

CAPÍTULO VI:

Verificación y seguimiento de las cláusulas sociales

En el capítulo IV de la Parte Segunda del trabajo que aquí se está desarrollando, fueron objeto de análisis las oportunidades que proporciona la normativa sobre contratación pública para la incorporación de cláusulas sociales en cada una de las fases que componen el procedimiento de contratación. Como veíamos, la normativa ofrece diferentes posibilidades para incorporar cláusulas sociales según la fase en cuestión. Por otro lado, los órganos de contratación, siempre dentro de ciertos límites, pueden ir más allá de lo establecido mediante la normativa estudiada e introducir otras cláusulas, así como incorporarlas en otras fases. Ya sea por una u otra vía la posibilidad de encontrarnos con estas cláusulas en el procedimiento de contratación es más que probable. Partiendo de tal premisa, la siguiente cuestión a abordar es la relativa a la verificación y seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las mismas.

En este capítulo se analizan someramente algunos mecanismos o actividades dirigidos a ese fin.

VI.1. Verificación y seguimiento a través de las prerrogativas de las Administraciones

La Administración ostenta una serie de prerrogativas sobre la contratación pública. Según el TRLCSP 2011 el órgano de contratación puede interpretar y resolver las dudas que ofrezca el cumplimiento de un contrato público, modificarlo y suspenderlo por razones de interés público así como acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Los órganos de contratación han de ejercer estas prerrogativas respetando los límites, requisitos y efectos establecidos en la normativa sobre contratación pública⁴⁵⁶. Además de las prerrogativas aludidas, debemos recordar que el órgano de contratación posee la facultad para preparar y aprobar los correspondientes expedientes de contratación⁴⁵⁷. Más trascendente resulta en este punto la facultad de los órganos de contratación para dirigir, inspeccionar y controlar la ejecución de los contratos⁴⁵⁸. Así, los órganos de contratación son competentes para inspeccionar y controlar el cumplimiento de las cláusulas sociales en la ejecución de los contratos. Tanto los pliegos de cláusulas administrativas generales como particulares han de contemplar la información precisa sobre el modo de ejercer la inspección y control correspondiente al

⁴⁵⁶ Art. 210 TRLCSP 2011.

⁴⁵⁷ Art. 109 y 110 TRLCSP 2011.

⁴⁵⁸ Art. 94.1 del RGLCAP.

cumplimiento de las cláusulas sociales⁴⁵⁹. El órgano de contratación puede también, en el caso de actos u omisiones que condicionen la buena marcha del contrato, exigir la adopción de medidas dirigidas a conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución del contrato⁴⁶⁰.

A pesar de las facultades correspondientes a los órganos de contratación, resulta conveniente y necesario que los Departamentos o Ministerios, estatales o autonómicos, según corresponda, competentes en materia de empleo, asuntos sociales e inserción social, ejerzan la facultad de evaluar el cumplimiento de las cláusulas sociales. Dicha evaluación, de carácter periódico, ha de comprender las previsiones establecidas en los pliegos, su aplicación en el procedimiento de adjudicación así como en la ejecución del contrato. Con ese objetivo, los Departamentos o Ministerios en cuestión han de poseer la facultad para recabar la información y documentación que consideren necesaria de los correspondientes órganos de contratación⁴⁶¹.

Lo que en todo caso resulta imprescindible es que la Administración pública goce de la competencia suficiente para poder inspeccionar, evaluar y verificar si las empresas contratistas cumplen con las obligaciones derivadas de lo establecido en las cláusulas sociales. Por

⁴⁵⁹ Art. 91.2 del RGLCAP.

⁴⁶⁰ Art. 195 del RGLCAP.

⁴⁶¹ Las competencias referidas a los Departamentos se recogen expresamente en el apartado Segundo del Acuerdo adoptado por el Gobierno Vasco “sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público”. El Acuerdo se publica mediante Resolución 6/2008, de 2 de junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento; BOPV, nº 116, 19-06-2008.

supuesto, la Administración que ejerza dicha competencia lo hará dentro de los límites y requisitos a los que esté sometida.

En cuanto al control del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución el órgano de contratación tiene la facultad de establecer penalidades y de resolver el contrato⁴⁶². Por un lado, los pliegos o el contrato pueden establecer penalidades para los casos de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. Estas penalidades deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no puede ser superior al 10 % del presupuesto del contrato. Por otro lado, se puede atribuir a estas condiciones el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de resolución del contrato. Asimismo, cuando el incumplimiento de tales condiciones no se haya tipificado como causa de resolución del contrato, el mismo puede ser considerado en los pliegos o en el contrato como una infracción grave. En este último caso el incumplimiento será circunstancia que impedirá a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas.

En definitiva, en tanto en cuanto la normativa no se modifique en aras a ofrecer mayores facultades de control sobre el cumplimiento de las cláusulas sociales, su operatividad es prácticamente relativa pues su efectividad estaría en último término vinculada a la resolución del contrato por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución. Es más, en este contexto, como subrayan varios autores, "hemos de tener en cuenta que tanto la regulación sobre las causas de la resolución de los contratos administrativos por incumplimiento de obligaciones contractuales, como los criterios de interpretación de las mismas, atienden lógicamente a la salvaguarda del interés público que subyace a la firma de todo contrato

⁴⁶² Sobre la facultad de resolver el contrato por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución véase el apt. V.6 de esta Parte Segunda.

público⁴⁶³. Así, la resolución sólo cabe cuando sea proporcional al grado de incumplimiento revelado.

VI.2. Verificación y seguimiento a través de la auditoría sociolaboral

Parte de la doctrina defiende la conveniencia de que las empresas adjudicatarias soporten auditorías sociales externas dirigidas a controlar y verificar el cumplimiento de los compromisos sociales adquiridos por éstas⁴⁶⁴. Varios autores utilizan la denominación "auditoría sociolaboral" en lugar de "auditoría social" y la definen como "la actividad desarrollada por expertos (externos o internos) consistente en la evaluación de la gestión y política de recursos humanos, su adecuación estratégica así como de la revisión de obligaciones legales y contables relacionadas, realizada en una organización concreta, con el objeto de emitir una opinión y propuestas de mejora utilizando una serie de procedimientos y pruebas de auditoría"⁴⁶⁵. Ésta se ocuparía pues de auditar las múltiples facetas de la gestión de recursos humanos en una organización. El concepto sobre auditoría hasta ahora concebido abarca áreas como la estrategia de Recursos Humanos; reclutamiento, inserción y formación de Recursos Humanos; operativa; información contable de Recursos Humanos; cumplimiento legal y de responsabilidad social; estructura formal y de las comunicaciones; estructura informal; sistema de valoración del trabajo, evaluación del rendimiento y remuneración; clima laboral; sistema de

⁴⁶³ SÁEZ LARA y DURÁN LÓPEZ, 2007, p. 55.

⁴⁶⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009. p. 174.

⁴⁶⁵ FUENTES GARCÍA, VEROZ HERRADÓN y MORALES GUTIÉRREZ, 2005, p. 24.

prevención de riesgos laborales; la cultura; etc. La auditoría referida a la verificación del cumplimiento de los compromisos sociales adquiridos mediante cláusulas sociales en la contratación pública no está expresamente integrada en ninguna de las mencionadas áreas. Uno de los motivos puede ser la novedad que revisten las cláusulas en cuestión, pues la posibilidad de adquirir nuevas obligaciones sociales a través de cláusulas en la contratación pública ha sido reconocida normativamente en lo que al Estado español se refiere a partir del año 2007, con la aprobación de la LCSP.

Considero necesario y oportuno que los objetos a verificar mediante la auditoría sociolaboral acojan también, expresamente, el entramado de las cláusulas sociales a fin de que su verificación no quede fuera del ámbito de una herramienta tan útil como puede llegar a ser la auditoría sociolaboral. En este sentido, la verificación del cumplimiento de las cláusulas sociales podría integrarse en la que algunos autores denominan la "Auditoría de Acción Social (RSC)"⁴⁶⁶, pero partiendo de la base de que en este caso sí puede existir normativa de obligado cumplimiento (constituida por las cláusulas sociales recogidas en los pliegos de contratación). Así, al perfil de los profesionales de esta auditoría, caracterizada por una formación integral, se añaden otros

⁴⁶⁶ CAMPAMÁ, 2006, pp. 48 y 49. El autor señala que en este tipo de auditoría "no existe ningún tipo de legislación de obligado cumplimiento que nos pueda pautar o guiar en el desarrollo y aplicación de un proceso de auditoría de acción social" por lo que, "de este modo, la auditoría de acción social, como tipo de auditoría sociolaboral, deberá desarrollarse en relación con el grupo de interés correspondiente al de los trabajadores de la empresa con el fin de observar, analizar y evaluar las diversas actuaciones sociales de la organización en beneficio del personal: sus trabajadores". El autor señala algunos de los múltiples aspectos que pueden examinarse a través de la auditoría de acción social, por ejemplo: comedores, ayuda para el transporte, medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, reducciones horarias de las jornadas laborales, equidad salarial, fomento de la estabilidad contractual, etc.

conocimientos más novedosos como son los sociales (conciliación entre trabajo y familia, integración de personas en situación o riesgo de exclusión social, etc.)⁴⁶⁷.

Una vez consagrada tal verificación, el abanico de posibilidades que ofrece el sistema de auditorías puede ser muy amplio y variado. Así, según la vinculación entre auditor-auditado puede ser interna o externa, obligatoria o voluntaria y periódica u ocasional. En mi opinión, en el tema que aquí se está estudiando, es la auditoría externa (en aras a garantizar la independencia en la actuación verificadora), obligatoria y periódica la más adecuada a adoptar. La auditoría sociolaboral, en términos generales, carece actualmente de regulación, pero comparto la opinión de que en un futuro inmediato constituirá una disciplina indispensable donde los usos y procedimientos correspondientes a la misma deberán normalizarse⁴⁶⁸.

VI.3. La información social y el compromiso ético de las empresas

Otra forma de evaluar y seguir el cumplimiento de las cláusulas sociales puede realizarse a través de la información social que publican las empresas. Debe señalarse que actualmente la única información de carácter obligatorio que publican las empresas es la relacionada a sus cuentas anuales, es decir, la información financiera. Así, la información no financiera y de naturaleza social que publican las empresas es de carácter voluntario. La publicación de este tipo de información por parte de las empresas ha generado diferentes opiniones en torno a cual es el

⁴⁶⁷ REDONDO, 2005, p. 29.

⁴⁶⁸ PASCUAL FAURA, 2010, p. 1089.

verdadero fin que éstas buscan mediante la publicación de tal información. Especialmente, se reprocha a las empresas publicadoras de este tipo de información la intención de querer lograr a través de ello una determinada "imagen corporativa", es decir, una buena imagen social y reputación de la empresa en aras a conseguir mayores beneficios económicos. No obstante, parte de la doctrina considera que muchas de las empresas que publican información de índole social se encuentran muy implicadas con la responsabilidad social. En este sentido defienden que "la publicación de este tipo de información pone de manifiesto el compromiso de la empresa con el desarrollo de la sociedad; por ello adopta un comportamiento responsable hacia las personas y todos los grupos sociales que tienen una relación con ella"⁴⁶⁹.

En lo que respecta al tema objeto de investigación, cabe señalar la publicación de información social como una vía complementaria de verificación y seguimiento del cumplimiento de las cláusulas sociales regidoras de un contrato público. Eso sí, se deberá disponer de los mecanismos necesarios que garanticen que lo publicado por la empresa adjudicataria es verídico.

⁴⁶⁹ GARCÍA BÉNAU, 2005, p. 148.

CAPÍTULO VII:

La incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública y el respeto a la libre competencia

Como señalan algunos autores⁴⁷⁰ las limitaciones o restricciones fruto de las reglas de la competencia se han reflejado principalmente en el terreno de las políticas estatales de empleo. A su parecer, "tales limitaciones obedecen, en primer lugar, a la relevancia que ha adquirido la prohibición de las ayudas de Estado como instrumento del derecho de la competencia y, en segundo lugar, a la doctrina del TJCE –Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- al afirmar reiteradamente que el objetivo social perseguido con la ayuda, en ningún caso legitima la intervención económica del Estado". En esta línea, recuerdan que junto a estas ayudas al empleo también se encuentran condicionadas por los límites derivados de la libre competencia las cláusulas sociales en la contratación del sector público. Ante tal situación consideran que queda patente la descoordinación entre diferentes objetivos de la Unión Europea, situando los objetivos de la política de empleo establecidos por la Estrategia de Empleo en un segundo lugar. Comparto la opinión expuesta. No se pretende que la consecución de los objetivos perseguidos carezcan de toda problemática. Esto sería algo casi imposible e irreal pues cada política persigue fines de su ámbito correspondiente y éstos implican que para consumarlos haya que sacrificar de alguna que otra manera los objetivos de las demás. El fracaso se encuentra en la manera de dar solución a las controversias surgidas entre tales objetivos. En la mayoría de los casos en los que surge alguna contradicción entre diferentes objetivos se otorga prioridad a aquel de índole económico lo que hace que los

⁴⁷⁰ SÁEZ LARA y DURÁN LÓPEZ, 2007, p. 23.

sociales, entre ellos los de empleo y el de inserción laboral, carezcan de efectividad. En el caso aquí estudiado, cuando se busca el cumplimiento de un fin social como el de la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social a través de la contratación pública, se argumenta que éste infringe el respeto a la libre competencia y se procede en la mayoría de las situaciones a otorgar plena prevalencia a este último principio.

El TRLCSP 2011 establece desde el primero de sus artículos el objetivo de garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Para hacer efectivas la no discriminación e igualdad de trato son presupuestos indispensables la publicidad, la concurrencia y la transparencia⁴⁷¹. Estos principios son "la esencia de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias"⁴⁷². En lo que respecta al estudio en desarrollo, el respeto de la concurrencia es el que más interesa. La concurrencia conlleva un acceso libre e igualitario a las licitaciones. De esta manera, mediante la concurrencia se garantiza y promueve la libre competencia en la contratación del sector público⁴⁷³. Para que exista una "competencia perfecta", como modelo económico en términos generales, han de darse las siguientes circunstancias: "a) un número elevado de compradores y vendedores, de modo que ninguna empresa pueda por sí misma condicionar el precio del producto; b) los productos son homogéneos para que los consumidores

⁴⁷¹ PÉREZ ALCÁNTARA, 2008, p. 3512.

⁴⁷² MORENO MOLINA, 2009, p. 28.

⁴⁷³ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, 2008, p. 90.

puedan encontrar alternativas a los productos mismos; c) no existen barreras de entrada que impidan a las empresas introducirse en un determinado sector económico; y d) el mercado es transparente: consumidores y proveedores disponen de la información necesaria para adoptar correctamente sus decisiones⁴⁷⁴. Entre las circunstancias mencionadas, en la esfera de la contratación pública, interesa sobre todo una de ellas, a saber, la inexistencia de barreras de entrada a las empresas para contratar con el sector público.

Una muestra de la importancia del principio de libre competencia en la contratación del sector público es que la Comisión Nacional de Competencia haya elaborado una Guía sobre Contratación Pública y Competencia⁴⁷⁵. Esta Comisión, mediante las recomendaciones que incluye en dicha Guía, quiere contribuir al fomento y promoción de la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública. A su parecer la salvaguarda de la libre competencia es un principio inspirador de la normativa de contratación pública y está presente de forma indirecta en el resto de principios que la informan, incluyendo los de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos y los de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. Por tanto, la Comisión Nacional de Competencia publica la Guía aludida como una iniciativa orientada a mejorar la aplicación de estos principios. La mejora de tal aplicación se pretende en dos aspectos. Por un lado, destacando los elementos del proceso de contratación pública en que pueden introducirse restricciones injustificadas a la competencia. Por otro lado, previniendo posibles conductas colusorias de los licitadores en

⁴⁷⁴ BELLO MARTÍN-CRESPO, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y Otros, 2009, p. 38.

⁴⁷⁵ Hecha pública el 7 de febrero de 2011 en Madrid y accesible en:

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

estos procesos. Respecto al primero de los aspectos, la Comisión pretende resaltar ante los participantes en los procesos de contratación pública las consecuencias para la competencia de las distintas decisiones que los órganos de contratación pueden adoptar en relación con la celebración, el diseño, el procedimiento y la ejecución de los distintos contratos. Asimismo quiere orientar sobre cómo reducir o eliminar dichas consecuencias en la medida en que, a su juicio, las normas de contratación pública contemplan un amplio grado de discrecionalidad de los órganos de contratación a la hora de tomar decisiones que configuren el proceso de licitación pública. En lo correspondiente al segundo de los aspectos, en la Guía se señalan las actuaciones colusorias y que deben ser eliminadas de los procesos de licitación pública. La Guía pretende facilitar el conocimiento y erradicación de las actuaciones más dañinas a la competencia.

Ha de apuntarse que la labor interpretativa de esta Guía en ningún caso puede sustituir la realizada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (órgano consultivo específico en materia de contratación pública). En definitiva, la Guía no se elabora con el fin de realizar propuestas de modificación de la normativa sobre contratación pública. Tampoco pretende establecer criterios de carácter jurídico de cara a su aplicación. Simplemente quiere ofrecer recomendaciones que a su parecer son las opciones más favorecedoras de la competencia⁴⁷⁶.

Para controlar y evitar posibles infracciones a la legislación de defensa de la competencia, los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo

⁴⁷⁶ Véase la Introducción de la Guía, p. 4.

40 del TRLCSP 2011 deben notificar a la Comisión Nacional de la Competencia los hechos que a su juicio puedan constituir tales contravenciones⁴⁷⁷.

El principio de concurrencia en el ámbito de la contratación pública significa la prohibición de establecer obstáculos, directa o indirectamente, a las empresas interesadas en la licitación. Especialmente, ciñéndonos al efecto de esta prohibición en materia de cláusulas, se prohíbe la introducción de cláusulas que puedan obstaculizar la igualdad de las empresas licitadoras en cualquiera de los documentos que regulan el contrato. En este sentido, el principio de concurrencia exige que las cláusulas sociales a introducir en la contratación pública no actúen en contra de la libertad e igualdad de condiciones en el acceso a la contratación pública. No obstante, el respeto del principio de concurrencia no puede traducirse en una actuación del sector público guiada exclusivamente por objetivos económicos, entre ellos, la búsqueda de la mayor eficiencia económica, sino que ésta también debe y puede compatibilizarse con la promoción de condiciones favorables para el progreso social⁴⁷⁸ en virtud de lo establecido en el artículo 9.2 de la Constitución Española. A la consecución de este fin pretende precisamente contribuir la incorporación de cláusulas sociales en la contratación del sector público. A mi parecer, existen diferentes formas de incluir cláusulas de índole social en las diferentes fases del procedimiento de contratación pública sin vulnerar el principio de concurrencia, es más, opino que la

⁴⁷⁷ DA 23ª TRLCSP 2011. A su vez, se puntualiza que *en particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.*

⁴⁷⁸ MARTÍNEZ FONS, 2009 (b), pp. 7 y 8.

incorporación de estas cláusulas y el respeto del principio en cuestión son compatibles, sólo hay que saber cómo. En el presente trabajo atenderemos algunas de esas vías para introducir un cierto tipo de cláusulas sociales, es decir, las referentes a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en la contratación del sector público salvaguardando el respeto del principio de concurrencia.

CAPÍTULO VIII:

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública y su compatibilidad con el derecho Comunitario

Según varios autores “de las Directivas y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las aplica, de gran interés teórico y práctico, se deducen una serie de principios y consecuencias que van formando un Derecho común europeo en materia de contratos públicos”⁴⁷⁹. Pero el ordenamiento estatal está obligado a respetar no sólo el Derecho derivado europeo (mayoritariamente compuesto por Directivas) sino que está obligado también a respetar el Derecho originario europeo. Obligaciones que viene a recordar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 13 de octubre de 2005 (asunto C 458/2003 *Parking Brixen GMBH*) sosteniendo que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, “a condición de que respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ MORÓN, 2008, p. 573; véase en este mismo sentido MORENO MOLINA y PLEITE GUADAMILLAS, 2008. p. 61.

prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado⁴⁸⁰. Respeto que también viene a reivindicar la propia Directiva 2004/18/CE en su segundo considerando.

Así pues, contemplaremos cómo precisamente las prohibiciones derivadas de algunos principios del Derecho originario, principios íntimamente ligados al principio de libre competencia anteriormente mencionado, van a ser las que impongan los mayores impedimentos a los Estados miembros cuando decidan introducir medidas de carácter social en sus normativas sobre contratación pública. Con el fin de observar esto último, analizo en las siguientes líneas, en primer lugar, los objetivos perseguidos por las normas comunitarias sobre contratación pública, principalmente el de abrir los contratos públicos en el Mercado Único europeo; en segundo lugar, las libertades fundamentales propias del Mercado Único europeo que definen la apertura en cuestión y; por último, algunas de las interpretaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante los conflictos entre las cláusulas sociales y las libertades fundamentales del Mercado Único Europeo.

VIII.1. Los objetivos de las normas comunitarias sobre contratación pública: la apertura de los contratos públicos en el Mercado Único europeo

Las normas comunitarias sobre la contratación pública tienen como objetivo fundamental la “apertura” de los contratos públicos en el Mercado Interior europeo. Esta apertura se alcanza, principalmente, aplicando las disposiciones generales del TFUE dirigidas a garantizar el

⁴⁸⁰ Véase en este sentido CANALES GIL y HUERTA BARAJAS, 2008, p. 27.

funcionamiento del Mercado Único europeo. Estas disposiciones son además completadas a través de Directivas de armonización de las legislaciones nacionales sobre contratación pública que facilitan el ejercicio de las libertades fundamentales del Mercado Único europeo⁴⁸¹. Por ello, procede analizar, por un lado, el concepto de Mercado Único europeo y, por otro lado, el contenido de las libertades fundamentales que tienen especial influencia en la materia objeto de investigación.

Un *mercado común* es una zona en la que existe un *arancel común exterior*, y en la que, paralelamente, se verifica también una "libre circulación de los factores productivos": las mercancías, las personas, los capitales y los servicios circulan libremente en el espacio de dicho mercado común. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lo definió así: "espacio económico comprendido por el territorio de los Estados miembros en el que los diferentes factores de producción están liberalizados en unas condiciones análogas a las de un mercado interno de un Estado, comprendiendo la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con la idea de fusionar los mercados nacionales en un mercado único, realizando tanto como sea posible las condiciones similares a las de un mercado interior"⁴⁸².

⁴⁸¹ ORDÓÑEZ SOLÍS, 2002, p. 35.

⁴⁸² CALVO CARAVACA y CASCARROSA GONZÁLEZ, 2003, p. 28. Se citan el art. 2 TCCE –derogado por el TFUE- y la STJCE de 5 de mayo de 1982.

VIII.2. Breve consideración sobre las libertades fundamentales básicas del Mercado Único europeo que inciden sobre la apertura de la contratación pública

La eliminación de situaciones discriminatorias es una de las principales aspiraciones del ordenamiento comunitario en materia de contratos públicos. El principio de no discriminación se concreta a través del reconocimiento de las libertades comunitarias: libre circulación de servicios y mercancías⁴⁸³.

VIII.2.1. Libre circulación de servicios

Con arreglo al TFUE⁴⁸⁴, la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de servicios constituye una de las principales acciones de la Comunidad en aras a alcanzar los fines perseguidos por ésta. La acción de la Comunidad implicará un mercado interior caracterizado por la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de servicios. La libre circulación de servicios comprende dos libertades específicas. Por un lado, la libre prestación de servicios implica ofrecer servicios temporales en otro Estado miembro, sin la obligación o la necesidad de establecerse en él. Por otro lado, la libertad de establecimiento significa ejercer una actividad estable y continua en uno o varios Estados miembros. Mientras en este último caso el prestador de servicios se establece en otro país para prestar sus servicios, en el caso anterior se muda temporalmente de un país a otro con el fin de prestar sus

⁴⁸³ PIÑAR MAÑAS, 1993, p. 774.

⁴⁸⁴ Arts. 3 a 6 del TFUE.

servicios limitadamente en el tiempo⁴⁸⁵. Así, y en lo que aquí más interesa, la contratación con el sector público en un Estado miembro se realizaría bien con un prestador de servicios perteneciente a otro Estado miembro pero establecido de forma permanente en su territorio, o bien, con un prestador de servicios no establecido de manera estable y continua, sino temporal. A continuación se analizan ambas libertades de forma más detallada.

a) Libre prestación de servicios

Según el artículo 56 del TFUE están *prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación*. Esto significa que el prestador de un servicio podrá ejercer su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales⁴⁸⁶. En este sentido, toda restricción en razón de la nacionalidad o la residencia está prohibida por el Tratado en cuestión⁴⁸⁷. El principio de no discriminación en materia de libre prestación de servicios comprende dos consecuencias. Por un lado, la prohibición de discriminaciones por razón de la nacionalidad o de la residencia – anteriormente aludida- y, por otro lado, la prohibición de las medidas

⁴⁸⁵ Un examen más detallado sobre los conceptos, ámbitos de aplicación y contenido jurídico de ambas libertades, por GARCÍA COSO, 2010, pp. 240 a 244. El autor subraya, a modo de introducción, que en la práctica resulta a menudo complicado determinar cuándo se está ante una libertad u otra y, por consiguiente, cuándo es aplicable un régimen legal u otro. El mismo autor también señala que es el TJUE quien a través de su jurisprudencia ha elaborado una interpretación delimitadora sobre ambas libertades.

⁴⁸⁶ Art. 57 del TFUE.

⁴⁸⁷ Considerandos 1 y 2 de la Directiva 96/71/CE.

indistintamente aplicables pero que producen *restricciones* a la libre prestación de servicios⁴⁸⁸.

No obstante, es posible establecer limitaciones a la libre circulación de servicios mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado miembro de acogida, siempre que no se pueda salvaguardar el interés en cuestión mediante las normas aplicables al prestador en el Estado miembro en el que está establecido⁴⁸⁹.

En cuanto a la regulación de la libre prestación de servicios en el Derecho derivado comunitario es aplicable la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior⁴⁹⁰. Ésta se aplica a todas

⁴⁸⁸ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2003, p. 145.

⁴⁸⁹ STJCE 1999\278, apt. 34. El apt. 36 de esta Sentencia expresa que “entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia figura la protección de los trabajadores (...), en particular, la protección social de los trabajadores del sector de la construcción”. En cambio, a juicio del mismo Tribunal “las consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho Comunitario” (apt. 37). Así, la Sentencia en cuestión declara, entre otros, que “los artículos 59 y 60 del Tratado –en referencia al TCCE y que hoy día constituyen los artículos 66 y 75 del TFUE- se oponen a que, incluso mediante leyes de policía y de seguridad, un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice temporalmente obras en el primer Estado a elaborar los documentos previstos en la legislación social o laboral, como un reglamento interno de trabajo, un libro de matrícula especial de personal y, para cada trabajador desplazado, una cuenta individual, en la forma establecida por la normativa del primer Estado cuando la protección social de los trabajadores que puede justificar dichas exigencias ya esté salvaguardada a través de la presentación de los documentos previstos en las legislaciones social y laboral en poder de dicha empresa con arreglo a la normativa del Estado miembro en que esté establecida” (apt. 80.3).

⁴⁹⁰ En el Estado español la trasposición de esta Directiva se realiza mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como “Ley Paraguas”) y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de

aquellas actividades que estén abiertas a la libre competencia⁴⁹¹ y establece únicamente los requisitos que afectan al acceso a una actividad o a su ejercicio⁴⁹². Sin embargo, la Directiva en cuestión no afecta a las condiciones “esenciales” de trabajo y empleo que los Estados miembros apliquen de acuerdo con el Derecho comunitario⁴⁹³. Así, las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras “desplazadas” en el marco del ejercicio de la libertad de servicios o de establecimiento serán las establecidas por la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Según esta norma han de garantizarse a las personas trabajadoras desplazadas las condiciones de trabajo y empleo vigentes en el Estado miembro en el que se presta el servicio⁴⁹⁴. Siempre que se trate de condiciones de trabajo

servicios y su ejercicio (conocida como “Ley Ómnibus”). La trasposición se ha llevado a cabo reproduciendo literalmente en su totalidad la Directiva 2006/123/CE, salvo alguna que otra excepción.

⁴⁹¹ Considerando 8 de la Directiva 2006/123/CE. Interesa subrayar que la presente Directiva no se aplicará a los servicios no económicos de interés general (sistema de escolaridad obligatoria, protección social, etc.), a las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 51 del TFUE y a los servicios sociales relativos a la vivienda social, atención de los niños, apoyo a las familias y a las personas dependientes (apartados a, i y j del artículo 2 de la Directiva 2006/123/CE). Sobre el interés particular que presentan los servicios excluidos véase LINDE PANIAGUA, 2008, pp. 40 y 41.

⁴⁹² Considerando 9 de la Directiva 2006/123/CE.

⁴⁹³ Considerando 14 de la Directiva 2006/123/CE.

⁴⁹⁴ Art. 3.1. de la Directiva 96/71/CE. Las condiciones de trabajo y de empleo en cuestión son: a) *los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; b) la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; c) las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias (salvo en los casos de los regímenes complementarios de jubilación profesional); d) las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interino; e) la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; f) las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las*

se aplicarán aquellas que estén en vigor en el Estado de acogida, eso sí, cuando respeten el principio de no discriminación anteriormente aludido.

Debido a que a través de las cláusulas sociales objeto de este estudio no se imponen condiciones de trabajo y de empleo⁴⁹⁵, sigue siendo en todo caso y en su totalidad aplicable la Directiva 2006/123/CE, por lo que habrá de atenderse a lo dispuesto en la misma. Según el artículo 16 de la Directiva, los Estados miembros no pueden supeditar el acceso a una actividad de servicio o su ejercicio a requisitos que no respeten los principios de no discriminación, de necesidad y de proporcionalidad. El principio de no discriminación significa la prohibición de que el requisito a establecer sea *directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas*. El principio de necesidad supone que el requisito ha de estar *justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente*. Finalmente, el principio de proporcionalidad hace referencia a la "adecuación", es decir, el requisito ha de ser *el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo*. No obstante, los aludidos principios no impiden que el Estado miembro en

mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; g) la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación. Estas condiciones han de estar establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general (...). No obstante, la garantía es muy relativa en torno a lo expresado en este artículo. Así, como podrá observarse posteriormente en el apartado 3 de este capítulo, varias sentencias del TJUE demuestran que el establecimiento de las condiciones laborales del país donde se presta el servicio permitirán y protegerán finalmente el dumping social.

⁴⁹⁵ Es decir, mediante las cláusulas sociales se introducen una serie de criterios o elementos a valorar, y consiguientemente a puntuar, para la adjudicación de un contrato sin llegar a establecer directamente condición de trabajo o de empleo alguna.

el que se prestan los servicios imponga *requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente*⁴⁹⁶.

Ante la regulación hasta aquí expuesta, se plantea la cuestión de si las cláusulas sociales sobre inserción laboral deben –o no– considerarse como “requisitos” en el sentido y a los efectos de la Directiva 2006/123/CE. La Directiva define los requisitos como *cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros o derivados (...) de las prácticas administrativas*⁴⁹⁷. Si la cláusula social conlleva el establecimiento de una obligación, condición o prohibición deberían de ser escrupulosamente respetados los tres principios precedentemente aludidos. Sin embargo, de las cláusulas sociales para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social que van a presentarse y defenderse en ningún caso se derivan obligaciones, prohibiciones o condiciones. Antes de exponer por qué de las mismas no se derivan obligaciones, prohibiciones o condiciones, conviene recordar que el sistema de contratación pública vigente contempla dos formas de valorar las ofertas presentadas en aras a seleccionar la empresa adjudicataria. Una de ellas, establece que cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación éste será obligatoriamente el del precio más bajo. La otra forma de valorar las ofertas hace referencia a la determinación de “la oferta económicamente más ventajosa” donde se atienden diferentes criterios establecidos por el TRLCSP 2011, como pueden ser la calidad, el precio, el plazo de ejecución, etc. Es más, la propia norma estatal alberga entre esos criterios las características *vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas*

⁴⁹⁶ Art. 16.3 de la Directiva 2006/123/CE.

⁴⁹⁷ Art. 4.7 de la Directiva 2006/123/CE.

*en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar*⁴⁹⁸. Existe pues la posibilidad de valorar determinadas características sociales a la hora de designar la oferta económicamente más ventajosa.

Como decía en líneas precedentes, de las cláusulas sociales para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social que van a presentarse y defenderse en ningún caso nacen obligaciones, prohibiciones o condiciones. A través de estas cláusulas únicamente se establece una valoración o puntuación⁴⁹⁹ respecto a una serie de aspectos⁵⁰⁰, como puede ser, por ejemplo; la contratación de un determinado número de personas que se encuentre en situación o riesgo de exclusión social. De esta forma no se instaura ninguna obligación o condición⁵⁰¹ (o "requisito" en los términos de la Directiva 2006/123/CE) para poder contratar con el sector público, todos los prestadores de servicios, sean nacionales o no, (esto, no obstante, dependerá del tipo de procedimiento a seguir en cada caso) tienen la opción de participar en igualdad de condiciones en la licitación. Eso sí, los que más y mejor cumplan con todos aquellos criterios (no sólo los de índole social, sino los relativos al precio, calidad, etc.) requeridos por el órgano de contratación serán los que obtengan una mayor puntuación y resulten finalmente

⁴⁹⁸ Art. 150. 1 TRLCSP 2011.

⁴⁹⁹ Semejante a la que se realiza para los demás criterios mencionados, pues a todo criterio se le otorga una determinada valoración.

⁵⁰⁰ Téngase en cuenta que todo criterio correspondiente a la oferta económicamente más ventajosa conlleva la valoración de una serie de aspectos. Por ejemplo, en el criterio referente al plazo de ejecución el mismo podría ser la mayor brevedad posible.

⁵⁰¹ Al igual que sucede cuando se valoran todos los demás criterios aludidos (calidad, precio, etc.).

adjudicatarios. Interesa pues incidir en que los criterios sociales sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social que más adelante van a presentarse constituirán un aspecto más a valorar. Es decir, serán otro criterio más, como lo son los de calidad, precio, etc. Además, según la Directiva 2006/123/CE⁵⁰² es importante que la misma respete las iniciativas dirigidas a alcanzar los objetivos del artículo 151 del TFUE, es decir, *"el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (...) y la lucha contra las exclusiones"*.

En cuanto a la justificación y legitimidad para la introducción de este tipo de criterios sociales junto con los de larga tradición histórica (entre ellos, el del precio) son, a mi juicio, básicamente dos las principales razones que fundamentan su introducción en el procedimiento de contratación pública. Por un lado, el propio TRLCSP 2011 las reconoce (aunque sea en términos generales), las sitúa entre los criterios a valorar y abre una vía para su desarrollo. Por otro lado, teniendo en cuenta que se trata de aspectos dirigidos a la consecución de fines sociales y de interés público, considero que un estado social difícilmente puede negarse a contemplar este tipo de cláusulas en su normativa, políticas, actuaciones o decisiones en materia de contratación pública. Cuando un criterio como el del "precio" (aspecto que únicamente busca el menor coste económico para el sector público, que en ningún caso satisface fin social alguno y que a menudo ha derivado en un perjuicio de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de la empresa adjudicataria) no ha generado problemática alguna sobre su legitimidad o justificación a la hora de valorar una oferta no veo por qué un criterio de índole social proporcionado y adecuado haya de originarlo. Así, el criterio "precio" ha sido valorado y puntuado (a menor coste-precio para el sector público,

⁵⁰² Considerando 13 de la Directiva 2006/123/CE.

mayor puntuación) sin que en ningún caso llegara a plantearse posibilidad alguna sobre sus efectos discriminatorios o limitativos de la libre competencia, entonces ¿por qué los referentes a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social sí podrían ser considerados como generadores de tales efectos? Si en cierto modo se ha incitado a las empresas a luchar –o competir, en términos más formales-, en el plano de la libre competencia para producir y/o prestar servicios a menor coste que las demás, ¿por qué no inducirlas también a lidiar para cumplir demandas y fines sociales? A mi juicio todo gira en torno a la elección de prioridades. Es decir, puede elegirse entre valorar única y exclusivamente los aspectos y la rentabilidad económica de las contrataciones o valorar criterios y rentabilidades de otra índole, por ejemplo, sociales, teniendo en cuenta, además, que la rentabilidad social puede tener efectos económicos positivos para la colectividad. O, lo que a mi juicio resulta la mejor opción, valorar ambos aspectos y rentabilidades conjunta y equilibradamente. Este equilibrio podría lograrse, por ejemplo, mediante el establecimiento de porcentajes.

b) Libertad de establecimiento

A tenor del artículo 49 del TFUE *quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.*

La regulación de la libertad de establecimiento en el Derecho derivado comunitario se realiza, como en el caso de la libre prestación de servicios, a través de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior. En este caso, la regulación en cuestión se dirige principalmente al establecimiento de las condiciones a reunir para

supeditar el acceso a una actividad de servicio o su ejercicio a un régimen de autorización⁵⁰³.

Según la Directiva 2006/123/CE, la libertad de establecimiento implica el principio de igualdad de trato. Este principio prohíbe no sólo toda discriminación basada en la nacionalidad por parte de un Estado miembro, sino también toda discriminación indirecta basada en otros criterios que puedan conducir, de hecho, al mismo resultado. Así, según la misma Directiva, *el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio en un Estado miembro no debe estar supeditado a criterios como el lugar de establecimiento, de residencia, de domicilio o de prestación principal de una actividad. Es más, los Estados miembros no deben tener la posibilidad de conceder ventaja alguna a los prestadores que tengan un especial vínculo socioeconómico nacional o local, ni de restringir, invocando el lugar de establecimiento, la libertad del prestador de adquirir, explotar o enajenar derechos y bienes o de acceder a diversas formas de crédito y de vivienda en la medida en que dichas facultades sean necesarias para acceder a su actividad o para su ejercicio efectivo*⁵⁰⁴.

Una vez que el prestador de servicios de un Estado miembro logra la autorización para establecerse en otro Estado, y a la hora de ejercer sus servicios y contratar con el sector público del lugar de establecimiento, las cláusulas sociales para la inserción laboral que van a presentarse no pueden considerarse "requisitos" en el sentido y a los efectos de la Directiva 2006/123/CE por las mismas razones expuestas en el apartado anterior para el caso de la libre prestación de servicios. En consecuencia, la justificación y legitimidad para introducir cláusulas sociales de esta índole

⁵⁰³ Arts. 9 a 15 de la Directiva 2006/123/CE.

⁵⁰⁴ Considerando 65 de la Directiva 2006/123/CE.

en los procedimientos de contratación pública es la misma que en el marco de la libre prestación de servicios.

VIII.2.2. Libre circulación de mercancías

Según el artículo 28 del TFUE la Unión Europea se basa en una unión aduanera. Ésta abarca la totalidad de los intercambios de mercancías e implica la prohibición de los derechos de aduana de importación y exportación, así como de cualquier exacción de efecto equivalente. Están prohibidas las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como todas las medidas que tengan un efecto equivalente⁵⁰⁵. Como recuerda algún autor, "la creación de un Mercado Interior en la Unión Europea exige la eliminación de cualquier tipo de barreras al comercio: los Estados miembros de la UE deben aceptar la entrada y comercialización de todos los bienes que se producen, venden y compran legalmente en el resto de los Estados miembros"⁵⁰⁶. El principio de reconocimiento mutuo garantiza la libre circulación de mercancías sin que sea necesario armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros. No obstante, podrán establecerse *prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial*⁵⁰⁷. Eso sí, tales prohibiciones o restricciones no pueden suponer discriminaciones arbitrarias ni

⁵⁰⁵ Arts. 34 y 35 del TFUE.

⁵⁰⁶ FERNÁNDEZ EGEA, 2008, p. 129.

⁵⁰⁷ Art. 36 del TFUE.

restricciones encubiertas. En consecuencia, la cláusula social a introducir en el procedimiento de contratación pública no puede en ningún caso convertirse en una prohibición o restricción discriminatoria o arbitraria sobre la circulación de mercancías entre los Estados miembros. Sin embargo, las cláusulas sociales sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social que aquí van a presentarse no contemplan referencia alguna sobre mercancías, por lo que no procede un mayor análisis sobre la libertad en cuestión.

VIII.3. La resolución de conflictos entre las libertades comunitarias y las cláusulas sociales: la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como subrayaba en líneas precedentes, a la hora de incorporar cláusulas sociales en el procedimiento de contratación pública, se plantea la posibilidad de que éstas contradigan o limiten injustificadamente las libertades comunitarias definitorias del mercado único, es decir, las libertades de circulación de servicios (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y la libertad de circulación de mercancías.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha conocido aún conflictos entre las mencionadas libertades y cláusulas sociales sobre inserción laboral incorporados en la contratación pública. Por ello, no se cuenta con una respuesta del máximo órgano judicial a nivel comunitario al respecto. No obstante, según varios autores⁵⁰⁸ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido en algunos contratos adjudicados por Instituciones y Organismos de la Unión Europea algunos aspectos sociales

⁵⁰⁸ GOERLICH PESET, GUAMÁN HERNÁNDEZ y Otros, 2011, p. 34.

entre los criterios de adjudicación. Por tanto, en su opinión resulta llamativo “el distinto rigor que se exige a los Estados y a estas instituciones”. A tal fin mencionan, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de marzo de 2010⁵⁰⁹ y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2009⁵¹⁰. Sin embargo, a mi parecer, los aspectos valorados entre los criterios de adjudicación en el caso de la sentencia aludida en primer lugar no son de índole estrictamente social (o por lo menos no en el sentido “social” al que se hace referencia en este trabajo). En dicha sentencia el aspecto que crea el conflicto entre los criterios de adjudicación es el de “calidad” (la calidad relacionada con varios elementos, por ejemplo, “la aptitud de la estrategia propuesta para realizar las tareas del contrato”). La calidad, como criterio de adjudicación, no puede asemejarse al fin social que en materia de empleo persiguen las cláusulas sobre inserción laboral. Por tanto, la apreciación que a efectos de calidad de la oferta realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea difícilmente puede servir de argumento clave para las cláusulas defendidas en este trabajo. La sentencia mencionada en segundo lugar contempla la adjudicación de un contrato en función de los siguientes criterios: precio (55%), flota de automóviles puestos a disposición (cuantitativa y cualitativa) (30%), medidas aplicadas o propias de los automóviles para satisfacer las exigencias medioambientales (7%), política social aplicada al personal (6%) y presentación de la oferta (2%). Respecto al criterio de la política social, el licitador seleccionado proponía dos clases de contratos de trabajo de duración indefinida, uno de los cuales para el personal discontinuo, en tanto que los conductores de la demandante trabajaban

⁵⁰⁹ Asunto T-50/05.

⁵¹⁰ Asunto T-89/07.

sólo conforme a contratos de duración determinada. El Parlamento Europeo (que es el órgano que adjudica el contrato en el caso en cuestión), habida cuenta de la ponderación atribuida a ese criterio, otorga una puntuación mayor al licitador seleccionado frente a la demandante en el caso analizado. El litigio no versa en ningún momento sobre la licitud o idoneidad del criterio sobre política social aplicada al personal. La admisibilidad de tal criterio se afirma desde el momento en que no se discute sobre su conformidad a derecho y se entra a evaluar la puntuación concreta que en función a tal criterio se ha otorgado a cada uno de los licitantes. El criterio relativo a la política social aplicada al personal sí puede equipararse de alguna que otra manera al criterio sobre inserción laboral. Ambos criterios persiguen objetivos sociales en materia de empleo. El primero de ellos persigue la estabilidad laboral y, el segundo de ellos, la inserción al mercado laboral. Por tanto, siguiendo la postura del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, que acepta el criterio de política social aplicada al personal como un criterio de adjudicación, puede interpretarse que los criterios sobre inserción laboral son igualmente admisibles entre los criterios de adjudicación.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sí ha emitido su juicio en conflictos de similares características, es decir, casos en los que un Estado miembro establece cláusulas de índole social (básicamente relativas a la protección de derechos de las personas trabajadoras) en su normativa sobre contratación pública así como – y de manera más general- casos en los que la polémica surge entre las libertades en cuestión y derechos colectivos laborales (derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo)⁵¹¹. Análisis a continuación uno

⁵¹¹ Las sentencias más emblemáticas en este sentido son: STJUE 2007\356 (conocida como el caso *Viking*), STJUE 2007\390 (conocida como el caso *Laval*) y STJUE 2008\139 (conocida como el caso *Luxemburgo*). En todos ellos el TJUE consagra el sacrificio de los derechos de acción

de los casos mencionados en primer lugar con el fin de mostrar la posición que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiende a defender ante conflictos entre libertades económicas y cláusulas sociales, lo que no quiere decir que dicha postura deba de ser la misma si el conflicto surgiera en torno a las cláusulas sobre inserción laboral aquí presentadas.

El caso que analizaré a continuación, el denominado como *Rüffert*⁵¹², refleja el conflicto surgido entre la libre prestación de servicios y el establecimiento de una cláusula en la contratación pública dirigida a garantizar el salario mínimo de las personas trabajadoras. Antes de proceder a su examen, conviene recordar cuales son las excepciones que el Derecho de la Unión Europea admite a la libre prestación de servicios. En este sentido, un Estado miembro –Estado al que se desplaza el prestador de servicios- puede aplicar *de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos*⁵¹³. Más concretamente, los Estados miembros velarán por que las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las cuantías de salario mínimo que, en el

colectiva frente a la prohibición de obstaculizar la libre prestación de servicios y hace prevalecer el ejercicio de la libertad de prestación de servicios.

⁵¹² STJUE 2008\60, asunto C-346/06.

⁵¹³ Art. 16.3 de la Directiva 2006/123/CE. Es más, la Directiva en cuestión *no afecta a las condiciones de trabajo incluidas las cuantías de salario mínimo* (Considerando 14º de la Directiva 2006/123/CE). Así, *no se aplica a las condiciones de trabajo y empleo que, en virtud de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se aplican a trabajadores desplazados para prestar un servicio en territorio de otro Estado miembro* (Considerando 86 de la Directiva 2006/123/CE).

Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y/o por convenios o laudos arbitrales declarados de aplicación general⁵¹⁴. En base a ello, un Estado podría razonablemente considerarse legitimado para incorporar cláusulas en su normativa sobre contratación pública con el objetivo de garantizar, por ejemplo, la protección de las personas trabajadoras. Con ese fin podría establecer, por ejemplo, que la entidad adjudicadora sólo podrá adjudicar contratos a empresas que abonen a sus trabajadores y trabajadoras los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en el mencionado caso *Rüffert*⁵¹⁵ que “una medida de ese tipo no puede considerarse justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores y que la misma se opone al principio de libre prestación de servicios reconocido en el artículo 49 del TCE (actualmente artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) puesto que impone a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”⁵¹⁶. ¿No está el Tribunal incentivando de este modo el dumping social⁵¹⁷? Llamamos la atención dos aspectos. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera como “una carga económica adicional” la obligación de abonar a todas las personas

⁵¹⁴ Art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE.

⁵¹⁵ Sobre este caso véase GALLEGO CÓRCOLES, 2011 (b), pp. 67 a 69.

⁵¹⁶ STJCE 2008\60.

⁵¹⁷ Sobre las normas de trabajo y *dumping social* puede observarse ANTÓN (Coord.) y Otros, 2000, pp. 73 a 77.

trabajadoras los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios. Por otro lado, la argumentación usada por el Tribunal no se fundamenta en razones exclusivamente jurídicas, sino más bien en razones jurídico-económicas⁵¹⁸ cuando rechaza la validez de la cláusula en cuestión haciendo alusión a que la misma puede “hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”. De esta manera puede observarse cómo los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dejan en una posición absolutamente subordinada a los derechos sociales. Asimismo, los criterios en cuestión constituyen una “restricción de la capacidad imperativa del derecho-nacional-estatal en la tutela de los derechos laborales asegurados en el territorio del mismo frente a la prestación de servicios por empresas provenientes de otros países comunitarios (...)”⁵¹⁹

Por el contrario, el Abogado General plantea al Tribunal de Justicia que la norma nacional en cuestión no vulnera el principio de libre prestación de servicios consagrado en el artículo 49 del TCE (actualmente artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). A su juicio la norma es adecuada para prevenir el dumping social en la medida en que tiene como objeto en especial igualar las condiciones en las que los prestadores de servicios, se hallen en ese Estado o no, tendrán que remunerar a los trabajadores en el marco de la ejecución de un contrato público. La norma respeta en su opinión el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad pues impone a los prestadores de servicios la misma obligación de pago de las cuantías de salario mínimo aplicables en

⁵¹⁸ Razones jurídico-económicas pues se usa una libertad (sobre prestación de servicios) consagrada jurídicamente con el fin de hacer prevalecer intereses de carácter económico.

⁵¹⁹ BAYLOS GRAU, 2010, p. 113.

el lugar de ejecución de las prestaciones, ya se hallen establecidos en ese Estado o bien en otro Estado miembro⁵²⁰.

Coincido con la interpretación realizada por el Abogado General del caso *Rúffert*, así como con aquella postura defendida por varios autores en el sentido de que la sentencia en cuestión legitima “de forma abierta y descarnada el uso del *low cost* salarial como mecanismo de competencia entre contratistas nacionales”⁵²¹. A su vez, otras autoras subrayan que en la argumentación de la sentencia en cuestión no se atiende a la normativa sobre contratación pública lo que “probablemente hubiera permitido abordar esta problemática adoptando una solución distinta”⁵²² Es más, la Comisión Europea, que en el caso analizado se mostró contraria al establecimiento de la cláusula social sobre obligaciones salariales por motivos que no procede profundizar, subraya dos años después claramente en su guía *Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement* que la sentencia *Rüffert*, por el hecho de pronunciarse en el contexto de la contratación pública, no prohíbe o limita la posibilidad de atender consideraciones sociales otorgada por las Directivas sobre contratación pública. La Comisión Europea apunta que la

⁵²⁰ Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 20 de septiembre de 2007, Asunto C-346/06, en especial apt. 119. Sobre el mismo Asunto véase OIT, 2008, p. 101.

⁵²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, 2008, p. 233. El mismo autor añade a continuación que la mencionada sentencia da vía libre a lo que en su día fue la mayor objeción a la hora de aprobar la Directiva 2006/123/CE, es decir, a su juicio está sentencia confirma y promueve “la competencia transnacional entre empresas basada en los costes salariales” a través de la consagración de la libre prestación de servicios. Coinciden con la misma opinión, entre otros, ALAMEDA CASTILLO, 2009, p. 10 (versión electrónica de LA LEY) y FERREIRO REGUEIRO, 2009, pp. 6 y 7 (versión electrónica de LA LEY).

⁵²² GALLEGO CÓRCOLES, 2011 (b), p. 68.

sentencia *Rüffert* solo “aclara” que las cláusulas sociales han de ser compatibles con el Derecho de la Unión Europea⁵²³.

Una vez más “la realización del mercado interior a través del derecho de la competencia y de las libertades de circulación ha incidido directamente en el desarrollo de las competencias sociales de los Estados (...) -y- las instituciones y entidades estatales de carácter social han sido discutidas a la luz del derecho comunitario de la competencia”⁵²⁴.

Ha podido observarse cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus interpretaciones, hace prevalecer las libertades inherentes al Mercado Interior -la libre prestación de servicios en el caso analizado- sobre una cláusula social establecida en el ámbito de un Estado miembro dirigida a garantizar una condición laboral – salarial- mínima.

En este sentido, son dos las cuestiones que quiero destacar. Primero, la política social, en la mayoría de los campos, no es una política exclusiva de la Unión Europea, sino compartida. La Unión Europea y los Estados miembros, “teniendo presentes derechos fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea (...), tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”⁵²⁵. El artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que, para la consecución de esos objetivos, *la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros* en determinados ámbitos de esta materia, entre

⁵²³ *European Commission, “Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement”, Commission staff working document, Brussels, 19.10.2010, p. 53.*

⁵²⁴ GUAMÁN HERNÁNDEZ, 2008, pp. 477 y 478.

⁵²⁵ Art. 151 del TFUE; véase DÍEZ MORENO, 2006, pp. 640 a 647.

ellos, las condiciones laborales y la integración de las personas excluidas del mercado laboral. Segundo, cuando se aprobó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hoy día derogado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) se proclamó la misión de promover un alto nivel de empleo y de protección social; la elevación del nivel y de la calidad de vida y la cohesión económica y social. A su vez, se subrayó que, para alcanzar esos fines, la acción de la Unión Europea implicaría un Mercado Interior caracterizado por la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. En consecuencia, los que llamaremos con carácter general fines de la Unión Europea (alto nivel de empleo y de protección social; la elevación del nivel y de la calidad de vida y la cohesión económica y social) tienen como función principal orientar la actividad de la Unión Europea, es decir, la acción y el ejercicio de las competencias de la Unión Europea deben orientarse en todo caso a la realización de los fines que con carácter genérico o específico se deducen de los Tratados. Pero, a su vez, tales fines actúan como límite, es decir, la acción y las competencias aludidas no pueden actuarse sino en la persecución de los citados fines⁵²⁶.

Por estas razones considero que, por un lado, un Estado puede, y debe, desarrollar acciones para garantizar derechos e intereses sociales, integrando cláusulas de este carácter en la normativa sobre contratación pública, y que, por otro lado, es la consecución de los fines sociales que la Unión Europea tiene por misión promover lo que ha de guiar y condicionar el ejercicio de las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales⁵²⁷.

⁵²⁶ LINDE PANIAGUA, 2001, p. 41.

⁵²⁷ De no ser así se seguiría reproduciendo, treinta años después del comienzo de la aplicación de las políticas económicas neoliberales, “la cartografía del empleo y de la desigualdad” que al

En esta línea, parece que el Parlamento Europeo⁵²⁸ también aboga y se muestra favorable a la introducción de cláusulas sociales en la contratación pública. Así, solicita a la Comisión Europea “que deje claro que las autoridades públicas podrán tomar como base para los contratos públicos los criterios sociales, tales como el pago de salarios con arreglo a los correspondientes convenios y otros requisitos pertinentes”. Asimismo, insta a la Comisión “a elaborar directrices u otras medidas prácticas adoptadas para asistir a las autoridades y otros organismos públicos en relación con los procedimientos de contratación pública sostenible”. El Parlamento exige un proceso transparente en el que participen los Estados miembros y las autoridades locales y subraya que, “en el caso concreto de los criterios sociales, un proceso de este tipo es especialmente prometedor”. Finalmente, el órgano en cuestión llama la atención sobre las modificaciones que el Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales han introducido en el marco legal por lo que “espera que la Comisión Europea las tenga debidamente en cuenta”.

Pues bien, parece que la Comisión Europea ha querido responder al Parlamento Europeo a través de su *Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*⁵²⁹. La Comisión Europea recuerda que se estableció el objetivo indicativo de que en 2010 el 50 % de toda la contratación pública en la Unión Europea debía cumplir

parecer de ANTÓN (Coord.) y Otros, 2000, p. 66, “no puede ser más inquietante” debido a la “persistencia del desempleo; el aumento de las desigualdades y la caída a la baja de las normas de trabajo”.

⁵²⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública (2009/2175(INI)); DOUE 31.5.2011; apts. 31 y 32.

⁵²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; Bruselas, 25.10.2011; pp. 12 y 13.

criterios medioambientales. No se establecía objetivo indicativo similar para el caso de las cláusulas sociales y tampoco se aclaraba por qué se ofrecía tal tratamiento diferenciado con respecto a unas y otras cláusulas. La Comisión Europea, en su respuesta al Parlamento, hace alusión a la guía que publicó sobre una contratación pública socialmente responsable⁵³⁰. Como se ha podido observar, en esta guía se explica cómo integrar aspectos sociales en la contratación pública, respetando al mismo tiempo el marco jurídico vigente de la Unión Europea. En este sentido, la Comisión Europea subraya que la contratación pública socialmente responsable “puede incluir acciones positivas por parte de los poderes públicos para ayudar a las empresas subrepresentadas, como las PYME, a acceder al mercado de la contratación pública”. En el mismo plano pueden situarse, aunque la Comisión nada diga explícitamente al respecto, las Empresas de Inserción. En la medida en que estas empresas también se encuentran subrepresentadas y, además, contribuyen de forma efectiva en la consecución de fines sociales –como el de inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social- pueden establecerse cláusulas sociales para ayudar a que accedan al mercado de la contratación pública.

De esa forma, la Comisión Europea “invita a los Estados miembros y los poderes públicos a todos los niveles a aprovechar plenamente todas las posibilidades que ofrece el actual marco jurídico sobre contratación pública”. Eso sí, a su juicio, la integración de criterio sociales en la contratación pública debe seguir realizándose de forma que se respeten las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre no discriminación, igualdad de trato y transparencia. No obstante, el gran problema viene después, cuando la Comisión pretende que todo lo mencionado anteriormente se realice “sin añadir cargas administrativas

⁵³⁰ Sobre esta guía véase el apt. IV.2.2 de la Parte Segunda de este trabajo.

para los poderes adjudicadores o las empresas ni cuestionar el principio de la adjudicación de los contratos a las propuestas económicamente más rentables". ¿Es posible convertir una contratación pública motivada fundamentalmente en parámetros económicos en una especie de política pública con fines sociales sin sufrir carga administrativa alguna? Ante tal incertidumbre la Comisión debería aclarar que entiende en este caso por carga administrativa y si, en caso de tener que afrontar alguna carga de este tipo, no es mayor el beneficio y fin social a obtener que el de la carga administrativa impuesta. Para concluir, ¿qué significa no cuestionar el principio de adjudicación de los contratos a las propuestas económicamente más rentables? ¿Se quiere aludir a la oferta económicamente más barata? Es decir, ¿a aquella que presente el precio más bajo? Parece que ello no casa muy bien con la idea de integrar y valorar aspectos sociales en la contratación pública e impide realizar acciones positivas a los poderes públicos en dicho sentido.

VIII.4. Conflictos entre libertades económicas y cláusulas sociales, ¿cómo afrontarlos?

La problemática existente sobre la posibilidad de conculcar las libertades económicas mediante la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública no deja de ser uno de los otros muchos "pequeños" daños colaterales de una batalla mayor: la postura de la mayoría de los poderes gobernantes de que toda normativa de índole social que pueda repercutir o limitar de forma negativa cualquier aspecto del mercado económico no puede prosperar.

Algunos autores⁵³¹ destacan que en el desarrollo de la discusión sobre la Constitución Europea la dimensión social y la libre competencia han sido los “polos” objeto de mayor atracción. Esta Constitución, que sigue siendo centro de discusión y polémica, evidencia así, a su parecer, “lo difíciles que son las relaciones entre socialidad y competencia”. No obstante, en su opinión, dicha dificultad representaría “un paso fatigoso hacia delante en un camino ya iniciado”.

Ha de situarse aquí en el contexto de la globalización o internalización. Puede decirse que existe una globalización económica de circulación de bienes y servicios por todo el mundo. Es más, puede apreciarse un derecho mercantil internacional uniforme. No obstante, “el derecho del trabajo sigue siendo un producto de los estados nacionales, en función de las circunstancias históricas y sociales que los mismos han atravesado”⁵³². Así, mientras que en materia de derechos y principios económicos se ha llegado a un nivel elevado de estandarización o armonización mundial, no ha sucedido lo mismo en lo relativo a derechos y principios sociales⁵³³. Las libertades económicas principales existen y se conocen, con similar contenido, en la inmensa mayoría de los estados y países del planeta. Su reconocimiento, promoción, defensa y garantía es casi algo incuestionable en todos los lugares. La salvaguarda de estas libertades económicas no conoce ni límites ni fronteras, ni geográficas ni de otro tipo. Si se habla de los derechos de las personas, entre ellos los

⁵³¹ GUIDO BALANDI, 2006, pp.133 y 145.

⁵³² LILLO PÉREZ, 2005, p. 72.

⁵³³ Es más, como señala MONEREO PÉREZ, 1996, p. 189, “los países desarrollados han venido respondiendo a la crisis estructural” del Estado del Bienestar “aplicando políticas de intervención mínima (recuperación del «Estado mínimo») que aseguren la eficacia económica descuidando, empero, la protección social”.

derechos sociales, la situación cambia radicalmente. Estos derechos no existen de forma homogénea a lo largo del mundo. En algunos países existen unos derechos y en otros no, en unos con un significado y en otros con alcance diferente. En cuanto a su reconocimiento, promoción y garantía cada país tiene sus peculiaridades, no se funciona de una forma tan uniforme como se hace con respecto a las libertades económicas.

Como se adelantaba en la Parte Primera de este trabajo, el derecho al trabajo se encuentra entre los derechos sociales. Ese derecho al trabajo engloba a su vez el derecho a la inserción laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social. Tanto el derecho al trabajo como su vertiente relativa a la inserción laboral no gozan del reconocimiento ni de la garantía global que ostentan las libertades económicas, ¿cómo se ha llegado a semejante situación? Es decir, ¿cómo es posible que unas libertades económicas hayan superado todo tipo de límites y barreras, consagrándose como fines fundamentales tanto en los derechos estatales como internacionales, y los derechos sociales (como el derecho al trabajo y a la inserción laboral) ni siquiera gocen de un pleno reconocimiento a nivel global? Ni qué hablar sobre sus garantías.

Por tanto, ante tal situación de desregulación y desprotección de los derechos sociales, entre ellos, el derecho al trabajo y a la inserción laboral y en la medida en que el Derecho del Trabajo y la regulación de los mercados de trabajo están en manos de los estados nacionales, resulta imprescindible la intervención de los estados⁵³⁴ para garantizar el

⁵³⁴ En referencia a la necesidad de que los estados intervengan y reorienten los mercados económicos véase ESPINA MONTERO, 2005, p. 165. En opinión del autor “Cruzarse de brazos y no hacer nada «dejando actuar al mercado» —en un mundo con mercados imperfectos— no suele resultar inocuo”. Como subraya MONEREO PÉREZ, 1996, p. 194, opinión que comparto, “no parece posible que el libre juego de las fuerzas económicas consiga superar las situaciones de pobreza (...)”.

reconocimiento y respeto de tales derechos⁵³⁵. Esta intervención no debe permitir que la flexibilización de los mercados de trabajo convierta los derechos sociales en derechos débiles, ambiguos y de segunda categoría. Los derechos sociales han de ser reconocidos a través de normas imperativas, claras y de aplicación inmediata⁵³⁶. Su reconocimiento y garantía ha de empezar en los ámbitos estatales hasta extenderse a todo ámbito internacional. Y aún más importante, su reconocimiento y garantía no puede someterse a la supremacía de las libertades económicas y situarse en un segundo plano. De poco o nada sirve contar con una regulación de derechos sociales imperativa si en todos los casos en los que se vean “afectadas” las libertades económicas se va a acabar primando estas últimas⁵³⁷. En consecuencia el “asalto al modelo social europeo se está produciendo en un momento en el que existe una mayoría de Gobiernos conservadores dentro de la Unión Europea, que pretenden

⁵³⁵ Sobre el reconocimiento y eficacia de los derechos véase SEVILLA MERINO y VENTURA FRANCH, 2005, p. 88. A juicio de las autoras “el reconocimiento de los derechos resulta insuficiente si no va acompañado de unas garantías para la debida protección y, en definitiva, realización de los mismos. Para la eficacia de los derechos resulta fundamental establecer, en primer lugar, la diferencia de lo que son realmente derechos de otras figuras como los principios; en segundo lugar, determinar su ámbito de aplicación y, en tercer lugar, concretar las garantías judiciales o extrajudiciales”.

⁵³⁶ LILLO PÉREZ, 2005, p. 76.

⁵³⁷ En esta línea, que mantiene la opinión de que es necesario establecer otra lógica en la regulación global, véase BAYLOS GRAU, 1999, p. 46. El autor dice así: “ello exige imponer otra lógica en la regulación global, basada en la recuperación de la igualdad y en la repolitización democrática de la economía-mundo. Desde la pérdida de influencia del Estado-Nación y de la soberanía estatal sobre la que hasta ahora se volcaban los esfuerzos de nivelación social, son precisas iniciativas dirigidas a la construcción de entidades supranacionales, espacios integrados económica y políticamente (...)”.

someter los derechos sociales fundamentales a las libertades económicas y las normas de la competencia”⁵³⁸.

En la medida en que el desempleo –como causa fundamental de la exclusión social- continua siendo uno de los mayores problemas de nuestra sociedad, ha de verse compensado “con el surgimiento de nuevos valores sociales que favorezcan una mayor valorización social del individuo sin trabajo”⁵³⁹

Por tanto, a mi parecer, el derecho al trabajo y a la inserción laboral, como derecho social, ha de reconocerse tanto a nivel nacional como internacional mediante normas imperativas. Asimismo, este derecho ha de impulsarse y garantizarse a través de políticas sociolaborales adecuadas con el fin de materializar de forma efectiva aquello que la norma estipula de manera imperativa. Precisamente a esa labor puede contribuir la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público. Será la norma que regula dicha actividad la encargada de regular, de forma imperativa, la inclusión de estas cláusulas. Será la introducción de las cláusulas sobre inserción laboral en los pliegos correspondientes, así como su posterior aplicación, la que materialice y otorgue efectividad real al derecho a la inserción laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social.

⁵³⁸ ZUFIAUR NARVAIZA, 2008, p. 81.

⁵³⁹ LANDA ZAPIRAIN, 2000, p. 160.

PARTE TERCERA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO POLÍTICA ACTIVA PARA LA INSERCIÓN LABORAL DE PERSONAS EN SITUACIÓN O RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL

En la Parte Segunda se han observado las posibilidades que la normativa vigente sobre contratación pública ofrece para la inclusión de cláusulas de contenido social, en general, en los diferentes tipos y procedimientos de contratación así como en las diferentes fases del procedimiento de contratación. En esta Parte Tercera corresponde contemplar y analizar de manera más exhaustiva el uso de la contratación pública como un instrumento de política activa para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. A tal fin, se estudia a continuación la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en los diferentes contratos y fases del procedimiento de contratación. A su vez, se presentan determinadas propuestas de redacción de cláusulas sobre inserción laboral en dicho sentido.

CAPÍTULO I:

Breve consideración sobre las principales razones presentadas como impedimentos para su implantación y desarrollo: razones de carácter jurídico y de otra índole

En las siguientes líneas expondré algunas de las principales razones –algunas de ellas ya citadas en páginas precedentes– que dificultan en la práctica la introducción de cualquier tipo de cláusulas sociales –y no sólo de las referidas a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social– en la contratación del sector público. En el título del presente capítulo se realiza una referencia expresa a los “impedimentos” en ese sentido. No obstante, y como posteriormente podrá comprobarse más detenidamente, las razones a analizar no siempre van a ser “impedimentos” en sentido estricto. Es decir, algunas de las razones que van a mencionarse no impiden por sí mismas la introducción de este tipo de cláusulas en los contratos del sector público, aunque haya querido pretenderse lo contrario. En primer lugar, se hará mención a las razones de carácter jurídico y, en segundo lugar, a aquellas otras de diferente índole.

1.1. Razones de carácter jurídico

Las principales razones que se presentan como obstáculos a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación del sector público son, en efecto, los principios rectores de la misma. En primer lugar, los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, más concretamente, la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento y la circulación de mercancías anteriormente

mencionadas⁵⁴⁰. En segundo lugar, los principios que emanan de estas libertades, entre los más significativos, el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. En definitiva, se teme que una cláusula social en la contratación pública pueda atentar contra las libertades y principios aludidos. Así, tendrá que garantizarse el respeto a cada una y cada uno de ellos a la hora de establecer cualquier tipo de cláusula social. En lo que respecta a las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, su significado e incidencia está abordado a lo largo del capítulo VIII de la Parte Segunda de este trabajo, por lo que me remito al mismo. En lo que se refiere a los demás principios conviene observar el significado de cada uno de ellos a efectos de conocer la incidencia que puedan tener sobre la introducción de cláusulas sociales en la contratación del sector público.

El principio de igualdad de trato –y el de no discriminación, que no es sino una expresión del principio en cuestión- supone la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Así, no pueden tratarse de forma diferente situaciones equivalentes, a no ser que la diferencia de trato esté justificada por razones objetivas⁵⁴¹. Por ello, una discriminación no sería contraria al principio de igualdad si tuviera una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y efectos de la medida en cuestión. Ha de subrayarse que las libertades de servicios anteriormente mencionadas no son más que especificaciones de este principio. En cuanto a la normativa del Estado español, el principio de igualdad de trato está reflejado tanto por los artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española como por los artículos 1 y 139 del TRLCSP 2011.

⁵⁴⁰ Véase el capítulo VIII de la Parte Segunda de este trabajo.

⁵⁴¹ Entre otras, STJCE 2005\53, Asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03.

El principio de proporcionalidad, por su parte, exige que la medida a adoptar sea adecuada y necesaria en relación con el objetivo que busca dicha medida⁵⁴². Este principio rige en cualquier aspecto de la contratación pública, por ejemplo, en los plazos (plazos para recurrir, plazos de recepción de ofertas, etc.), requisitos de solvencia técnica (estos requisitos deberán ser proporcionales al contrato)⁵⁴³, etc. Así, la cláusula social a introducir en la contratación del sector público ha de ser adecuada y necesaria en relación con el objetivo que la misma persigue. En el caso de cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social tendrá que valorarse si la misma resulta necesaria y adecuada para promover la inserción laboral de aquellas personas excluidas o en riesgo de exclusión social.

El principio de concurrencia comporta la libertad e igualdad de acceso de todos los licitadores en la contratación pública. De esta manera se persigue promover y garantizar la libre competencia en el ámbito de la contratación del sector público. Está prohibido establecer cualquier tipo de obstáculo, sea directa o indirectamente, que disminuya o perjudique la libertad e igualdad de acceso a los contratos públicos. Así, una cláusula social establecida en cualquiera de las fases del procedimiento de contratación no podrá en ningún caso obstaculizar o dañar la igualdad entre los licitadores, es decir, de la misma no podrá derivarse una ventaja injustificada hacia uno o varios licitadores con respecto a los demás. El principio de concurrencia ha sido, y es, el principal argumento presentado como objeción a la introducción y aplicación de cláusulas sociales en la

⁵⁴² A título de ejemplo, STJCE 2003\50, Asunto C-327/00 sobre “plazos razonables” para recurrir en el ámbito de la contratación pública.

⁵⁴³ Art. 62.2 TRLCSP 2011.

contratación del sector público. Las diferentes entidades⁵⁴⁴ que dedican su trabajo diario a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, y así, a la exigencia y defensa de la conveniencia de incorporar cláusulas destinadas a la inserción laboral en la contratación pública, obtienen como principal respuesta que sus pretensiones conculcarían el principio de libre competencia. En esta línea, desde algunas organizaciones del sector público se niegan a introducir este tipo de cláusulas por temor a obstaculizar la libre competencia. A modo de ejemplo, se pueden traer a colación los argumentos recogidos en el recurso de reposición interpuesto contra el Ayuntamiento de Avilés con respecto a un pliego de cláusulas administrativas particulares y otro de prescripciones técnicas⁵⁴⁵. Los pliegos aludidos introducen como criterio de adjudicación una “cláusula de discriminación positiva”⁵⁴⁶, valorando y puntuando con dos puntos a aquellas empresas que comprometan la adscripción a la obra de un número de mujeres (que podría asemejarse a la adscripción de un número de personas en situación o riesgo de exclusión social). Sin proceder a analizar por completo el razonamiento recogido a lo largo del recurso, interesa señalar lo recogido en su tercera

⁵⁴⁴ Sin ánimo de ofrecer una lista exhaustiva y sólo a modo de ejemplo: ENSIE –European Network for Social Integration Enterprises-, FAEDEI –Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción-, REAS –red de Redes de Economía Alternativa y Solidaria-, Gizatea –Asociación de Empresas de Inserción del País Vasco-, etc.

⁵⁴⁵ Recurso de reposición interpuesto el 11 de mayo del 2010, en nombre y representación de la Confederación Asturiana de la Construcción, frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas reguladores del expediente de contratación de las obras de mejora de eficiencia energética de colegios públicos del Ayuntamiento de Avilés, publicado por Anuncio BOPA de 15 de abril de 2010.

⁵⁴⁶ La inclusión de esta cláusula se realiza en base a la “Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés”, publicada en el BOPA el 13 de agosto del 2009.

alegación⁵⁴⁷. En la misma se apunta que el requisito de adscripción impugnado “choca frontalmente con los principios fundamentales consagrados en el Considerando 2º y 3º de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 1 de la LCSP –actualmente artículo 1 del TRLCSP 2011-, al vulnerar principios como el de igualdad y no discriminación, así como el de libre acceso a las licitaciones”. Se añade asimismo que , “no solo se está primando , sin motivación de ninguna clase, la adscripción a la obra de mujeres en detrimento de los hombres, sino que, con su exigencia, y al tener que producirse tal adscripción en unas determinadas categorías profesionales, se está produciendo un efecto discriminatorio respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías profesionales de la legislación española, o que se verán imposibilitados, o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos, produciéndose en consecuencia una vulneración del principio de libre acceso a las licitaciones”. De lo hasta aquí expuesto sobre el recurso se van a subrayar dos cuestiones. En primer lugar, se alega que la cláusula introducida vulnera los principios de igualdad y no discriminación así como el de libre acceso, pero no ofrece a su vez fundamentación alguna para justificar el porqué de esa vulneración. En segundo lugar, cuando se menciona el efecto discriminatorio respecto de otros empresarios de los restantes Estados miembros, llama la atención, al igual que sucedía en el caso *Rüffert* anteriormente analizado, la referencia a que los mismos pueden verse “imposibilitados” o “en condiciones muy difíciles de cumplir” los requisitos establecidos en la cláusula. ¿No pueden ser, también, razones para esa “imposibilidad” o de “difícil cumplimiento” otro tipo de

⁵⁴⁷ Denominada “Del sometimiento de tales consideraciones sociales al Derecho Comunitario”.

disposiciones o cláusulas y sin que resulten, simplemente por ello, contrarias al principio de libre acceso a las licitaciones? En este sentido, comparto lo recogido en la respuesta del Ayuntamiento de Avilés al recurso de reposición⁵⁴⁸, donde se expresa lo siguiente: “Todas las empresas se encuentran en igualdad de condiciones para, si así lo desean introducir en su oferta el compromiso de adscribir a la obra un determinado número de mujeres. Y es que dicho compromiso se considera cumplido a través de una gran pluralidad de formas, compatibles con cualquier estructura empresarial, no siendo necesario ni que la empresa cuente previamente con ese volumen de mujeres en su plantilla, ni siquiera que lleguen a integrarse efectivamente en la plantilla de la contratista principal (...). Se trata de una mejora de carácter meramente voluntario cuya no proposición por parte de un licitador ni tiene como efecto su exclusión del procedimiento licitatorio, ni, tampoco, le impide convertirse en el adjudicatario de la contratación (...)”⁵⁴⁹. En mi opinión, una cláusula social no limita o vulnera *a priori* y en todo caso el principio de libre concurrencia. Todos los licitantes participan en igualdad de condiciones y pueden acceder en igualdad de condiciones a la contratación puesto que desde el instante en que la cláusula social se publica en su correspondiente pliego todos ellos son concedores del requisito a valorar y por lo tanto poseen la opción y la libertad de cumplirla o no.

A pesar de las mencionadas reticencias, como ha podido comprobarse en la Parte Segunda, hay varios sujetos, órganos e instancias del sector público que abogan y apuestan por la introducción de este tipo de cláusulas en sus procedimientos de contratación, ya sea mediante la

⁵⁴⁸ Respuesta recogida en el Decreto del Ayuntamiento de Avilés de 7 de junio del 2010, Expediente AYT/652/2010.

⁵⁴⁹ Pág. 8 del aludido Decreto del Ayuntamiento de Avilés.

demostración de apoyos o posturas explícitas ya sea mediante la integración de cláusulas sociales en las diferentes fases de los procedimientos de contratación de su competencia.

1.2. Razones de otra índole

Las dificultades o impedimentos para introducir cláusulas sociales en la contratación pública no son siempre y exclusivamente de orden jurídico. Es decir, en muchos casos no se cuestiona la posibilidad jurídica de introducir unos tipos concretos de cláusulas sociales en determinadas fases y, aún así, en base a otras razones, no se ha procedido a su introducción. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las cláusulas sociales en la fase de ejecución del contrato. Como se señalaba en el apartado 6 del capítulo IV de la Parte Segunda de este trabajo, el TRLCSP 2011 menciona expresamente la posibilidad de introducir cláusulas sociales en esta fase del procedimiento de contratación, y es más, como veíamos la doctrina se muestra casi unánime a la hora de admitir su compatibilidad con el Derecho, lo que no sucede de manera tan mayoritaria respecto a la inclusión de las cláusulas sociales en las demás fases del procedimiento de contratación. Así, podría decirse que la principal razón en estos casos para obrar de determinada manera, más que jurídica, resulta en mi opinión de otra índole, ya sea por falta de voluntad, falta de concienciación, miedo a integrar nuevos fines y aspectos en todas las actividades del sector público, etc. Consecuencia directa de ello es que unos órganos de contratación no hayan procedido a la inclusión de este tipo de cláusulas en sus contratos mientras que otros órganos de contratación de la misma Comunidad Autónoma y en similitud de circunstancias sí las han incorporado y desarrollado. Muestra de ello son las experiencias señaladas en la Parte Segunda. Si el Ayuntamiento de Gasteiz, por ejemplo, ha

introducido como condición especial de ejecución “promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral (mínimo 20%)” mediante la aprobación de una “Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz”⁵⁵⁰ cualquier ente público de similares características es capaz, y debería de, efectuar el mismo paso. Eso sí, recuérdese que lo establecido en una Instrucción ha de ser posteriormente incorporado en los pliegos concretos de cada contrato por parte de los órganos de contratación. En otro caso estaríamos ante un acto exclusivamente formal y sin ninguna repercusión práctica. Esto último es precisamente lo que sucede con la Instrucción 6/2008 del Gobierno Vasco sobre la introducción de cláusulas sociales en sus contratos públicos⁵⁵¹. Después de más de dos años de vigencia sigue sin darse vigor y aplicación a gran parte de su contenido⁵⁵².

⁵⁵⁰ Aprobada en Junta de Gobierno del 18 de julio del 2010 y en vigor desde el 1 de noviembre del 2010.

⁵⁵¹ Mencionada y analizada en el apartado 4 del capítulo III de la Parte Segunda de este trabajo.

⁵⁵² El de 30 de noviembre de 2010 se presentó, por el grupo parlamentario de Aralar una Proposición no de Ley, para su debate en el pleno del Parlamento Vasco, relativa a la incorporación de criterios sociales en la contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público. En la misma se exige el cumplimiento de parte del contenido recogido en la Instrucción 6/2008 anteriormente aludida. *Dicha Proposición no de Ley fue discutida en el Parlamento Vasco el día 10 de febrero del 2011 y concluyó con empate de votos. Puede consultarse información al respecto en:*

http://www.parlamento.euskadi.net/fr_iniciac/DDW?W=INI_NUMEXP=%2709\11\02\01\0456%

CAPÍTULO II:

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral a través de diversos instrumentos jurídicos

Una vez superados los impedimentos de carácter no jurídico, y respetando los límites derivados de razones exclusivamente jurídicas, la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública resulta una opción jurídicamente protegible e incluso exigible de acuerdo con los fines que un Estado social debe perseguir y garantizar.

La introducción de cláusulas sociales sobre inserción laboral en el ordenamiento jurídico puede realizarse a través de las diferentes fuentes del mismo así como mediante otro tipo de instrumentos de carácter jurídico y extrajurídico.

Se atiende en las siguientes líneas la función, idoneidad y conveniencia de las distintas fuentes e instrumentos del ordenamiento jurídico como mecanismos de previsión, promoción y garantía de la contratación del sector público como política activa para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

II.1. La incorporación de cláusulas sociales sobre inserción laboral mediante la Ley

El establecimiento de cláusulas sobre inserción laboral está explícitamente amparado por la ley, y más concretamente, por el TRLCSP 2011. La norma sobre contratación pública, ya prevé expresamente el establecimiento de las cláusulas en cuestión. Así, el artículo 118 del TRLCSP 2011 señala que las condiciones especiales de ejecución pueden

referirse, en especial, a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral. El artículo 150 de la misma norma, sobre criterios de adjudicación, recoge la posibilidad de atender criterios vinculados con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Esta última disposición, mucho más ambigua y general que la primera analizada, no hace alusión expresa a la inserción laboral, pero tampoco impide interpretar que en su seno abarque la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Por ello, en materia de criterios de adjudicación, sería necesaria una disposición más clara y expresa sobre la posibilidad en cuestión. De manera más global, también resulta necesaria la mención expresa respecto a la posibilidad de atender criterios sobre inserción laboral en las demás fases del procedimiento de contratación en aras a evitar cualquier tipo de interpretación dudosa o equivocada.

A mi entender, la función de la norma sobre contratos del sector público en este sentido ha de ser la de ofrecer el marco jurídico general a través del cual podrán introducirse las cláusulas sobre inserción laboral. En primer lugar, debería, ya sea entre sus disposiciones generales ya sea entre los principios generales que rigen la contratación pública, mencionar expresamente su compromiso y función como herramienta de inserción laboral de personas en riesgo o situación de exclusión social. De esta forma, no cabría duda alguna de que a través de la contratación del sector público se puede, y debe, perseguir el mencionado fin social que a la administración pública compete. En segundo lugar, la norma sobre contratación pública ha de indicar de forma clara y explícita la posibilidad de incluir cláusulas sobre inserción laboral en cada una de las fases del

procedimiento de contratación. No es necesario que la Ley establezca el tipo de cláusulas concretas que pueden introducirse, ni que realice mención detallada sobre el contenido de las mismas, esto habrá de realizarse mediante otras fuentes y/o instrumentos del ordenamiento jurídico más idóneos a tal fin.

II.2. La incorporación de cláusulas sociales sobre inserción laboral mediante el Reglamento.

Los Reglamentos en vigor en materia de contratación pública son dos. Por un lado, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y, por otro lado, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El mencionado en primer lugar es anterior a la LCSP de 2007 y no establece nada en lo que a cláusulas sociales (sobre inserción laboral o sobre cualquier otro contenido de índole social) se refiere. El desarrollo parcial de la Ley en cuestión tampoco ahonda en materia de cláusulas sociales, y puede comprobarse que su desarrollo en este sentido es más bien nulo. No obstante, este último se trata de un "desarrollo parcial" de la LCSP de 2007, por lo que no ha de descartarse el debido y adecuado desarrollo reglamentario en materia de cláusulas sociales en un futuro. A mi juicio, no solo es conveniente, sino que se está ante la obligación de establecer un desarrollo reglamentario en este sentido, ya que la función primordial del Reglamento ha de ser la de desarrollar las disposiciones legales y esto no ha sucedido aún en materia de cláusulas sociales. Siguiendo la premisa indicada en el anterior epígrafe, es decir, una vez que estemos ante una Ley que claramente implante entre

sus fines la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social y que establezca la posibilidad de adoptar criterios sobre inserción laboral en cada una de las fases del procedimiento de contratación, el reglamento es el mejor instrumento jurídico destinado a ofrecer una regulación más amplia y exacta. No obstante, no debe ser el reglamento el medio que agote totalmente el desarrollo y regulación de las cláusulas sobre inserción laboral. Es decir, el reglamento deberá ofrecer un marco jurídico suficientemente desarrollado y específico sobre la introducción de cláusulas de inserción laboral pero no puede llegar a ser el instrumento que abarque y delimite todas las posibilidades en este sentido. No puede olvidarse que cada contrato público es diferente a los demás (diferente objeto, diferente plazo, diferente precio, etc.) lo que hace difícil, o casi imposible, un establecimiento totalmente específico y detallado de cláusulas sobre inserción laboral igualitario y de carácter general para todos y cada uno de los contratos. Cada contrato se desarrollará en un ámbito y con una envergadura diferente, por lo que ha de existir la posibilidad de adecuar y adaptar las cláusulas sobre inserción laboral al contrato concreto de forma flexible –respetando, lógicamente, lo establecido en la Ley y el Reglamento-. Así, la inclusión de una cláusula concreta sobre inserción laboral deberá establecerse siempre para cada contrato público en particular, buscando siempre la cláusula más idónea, compatible, proporcionada y coherente con el contrato en cuestión. Esta labor corresponderá a los órganos de contratación, pues son ellos los que deciden los términos concretos del contrato en particular y quienes han de establecer las condiciones particulares y las especificaciones técnicas del mismo⁵⁵³.

⁵⁵³ Tal como establecen los arts. 115 y 116 TRLCSP 2011.

II.3. La incorporación de cláusulas sociales sobre inserción laboral mediante otros instrumentos jurídicos y no jurídicos:

II.3.1. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral mediante la Instrucción

Los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones⁵⁵⁴. Partiendo de la premisa anterior, es decir, de la existencia de una Ley que establezca fase a fase las posibilidades de introducir cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública y de un Reglamento que desarrolle la Ley en ese sentido, los órganos administrativos pueden aprobar instrucciones con el fin de dirigir y ordenar las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes destinadas a la incorporación y aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral. Ante una Ley y unos Reglamentos carentes de una regulación suficiente en la materia en cuestión, se ha procedido a aprobar una Instrucción en aras a ofrecer una regulación más amplia y detallada sobre la manera de incorporar cláusulas sociales en los procedimientos de contratación⁵⁵⁵. Sin embargo, ha de subrayarse que, por un lado, las instrucciones no son normas⁵⁵⁶ y que, por

⁵⁵⁴ Art. 21.1 de la LRJPAC.

⁵⁵⁵ Como son los casos, ya citados, del Gobierno Vasco y del Ayuntamiento de Avilés.

⁵⁵⁶ Sobre la naturaleza de las instrucciones, véase lo señalado en el apartado 4.1 del capítulo III de la Parte Segunda. Conviene principalmente recordar el carácter interno de las instrucciones, que su eficacia se despliega dentro del servicio al que va destinada, así como que la aprobación de instrucciones para la elaboración de los pliegos particulares de cada contrato tiene efectos únicamente en el orden interno. Es decir, para que el contenido de dichas instrucciones tenga efecto en el orden externo resulta necesaria la aprobación por el órgano de contratación del pliego del concreto contrato en el que aquellas se inserten, sólo a partir de entonces adquirirá naturaleza contractual en relación con los sujetos contratantes.

otro lado, únicamente pueden estar destinadas a dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes. Así, la instrucción puede ser un instrumento para dirigir las actividades de los órganos de contratación encaminadas a la introducción y aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral, pero es necesario que el marco general que prevé la incorporación de estas cláusulas esté previamente recogido en una norma.

II.3.2. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en los pliegos de cláusulas administrativas.

En la contratación del sector público existen dos tipos de pliegos de cláusulas administrativas: los pliegos de cláusulas administrativas generales y los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Ambos pliegos "son documentos que establecen los pactos y condiciones, los derechos y obligaciones que asumen las partes, es decir, el contexto en el que se desarrollará el vínculo jurídico que entre ambas se formaliza por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación del contrato"⁵⁵⁷. Los pliegos de cláusulas generales son de carácter potestativo mientras que los pliegos de cláusulas particulares son de carácter preceptivo.

a) Pliegos de cláusulas administrativas generales

En el ámbito del Estado español, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, y previo dictamen del Consejo de Estado, el Consejo de Ministros podrá aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales.

⁵⁵⁷ Informe 71/99, de 11 de abril de 2000, de la JCCA.E.

Éstos deberán ajustarse en su contenido al TRLCSP 2011 y a sus disposiciones de desarrollo⁵⁵⁸.

En el ámbito autonómico y local, corresponde a las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales de acuerdo con sus normativas específicas. Previamente han de contar con el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en cuestión, si lo hubiera⁵⁵⁹.

En lo que respecta al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas generales *contendrán las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas, que serán de aplicación, en principio, a todos los contratos de un objeto análogo además de las establecidas en la legislación de contratos de la Administraciones públicas*⁵⁶⁰. Los pliegos en cuestión han de referirse a ciertos aspectos de los efectos del contrato: ejecución del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes, régimen económico; modificaciones del contrato; recepción, plazo de garantía y liquidación⁵⁶¹.

Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado "(...) la opinión más generalizada coincide en que tales pliegos carecen de carácter de norma jurídica y se limitan a determinar las cláusulas administrativas típicas a las que, en principio, se acomodará el contenido de los contratos, expresando respecto de los mismos las declaraciones

⁵⁵⁸ Art. 114.1 TRLCSP 2011.

⁵⁵⁹ Art. 114.3 TRLCSP 2011.

⁵⁶⁰ Art. 66.1 del RGLCAP.

⁵⁶¹ Art. 66.2 del RGLCAP.

jurídicas, económicas y administrativas de análogo objeto, cláusulas que podrán ser estipuladas en sentido contrario por los pliegos de cláusulas administrativas particulares conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy, artículo 115.5 TRLCSP 2011), a decisión del órgano de contratación, lo que no sería posible si aquellos tuvieran el carácter de norma jurídica de rango del mismo orden de la que los aprueba⁵⁶².

b) Pliegos de cláusulas administrativas particulares

La aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponde al órgano de contratación⁵⁶³. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado debe informar con carácter previo sobre todos los pliegos particulares en los cuales se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales⁵⁶⁴. La aprobación de estos pliegos requiere el informe previo del Servicio Jurídico respectivo⁵⁶⁵. Tales pliegos deben aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, eso sí, siempre antes de la licitación del contrato y si ésta no existiera, antes de su adjudicación provisional⁵⁶⁶.

En cuanto a su contenido, *se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las*

⁵⁶² Informe 65/96, de 20 de marzo de 1997, de la JCCAE.

⁵⁶³ Art. 115.4 TRLCSP 2011.

⁵⁶⁴ Art. 115.5 TRLCSP 2011.

⁵⁶⁵ Art. 115.6 TRLCSP 2011.

⁵⁶⁶ Art. 115.1 TRLCSP 2011.

*demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo*⁵⁶⁷. Concretamente, estos pliegos contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate⁵⁶⁸. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben contener, con carácter general, los siguientes datos: definición del objeto del contrato; necesidades administrativas a satisfacer; presupuesto base de licitación; mención expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración del cumplimiento del contrato hasta su conclusión; plazo de ejecución o duración del contrato; importe máximo de los gastos de publicidad de licitación; documentos a presentar por los licitadores; criterios para la adjudicación del concurso; indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas; garantías provisionales y definitivas; derechos y obligaciones específicas de las partes; referencia al régimen de pagos; causas especiales de resolución del contrato; en su caso, parte o tanto por ciento de las prestaciones susceptibles de ser subcontratadas por el contratista; los restantes datos y circunstancias que se exijan para cada caso concreto por otros preceptos del TRLCSP 2011 y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o que el órgano de contratación estime necesario para cada

⁵⁶⁷ Art. 115.2 TRLCSP 2011.

⁵⁶⁸ Art. 78.1 TRLCSP 2011.

contrato singular; etc.⁵⁶⁹. En cuanto a la posibilidad de que la Administración pueda introducir en los mencionados pliegos cualquier otra previsión no enumerada en la lista de contenidos de los pliegos de cláusulas administrativas particulares ofrecida por la norma sobre contratación pública, el Tribunal Supremo estima que la Administración podrá incluir los pactos o condiciones que tenga por conveniente, "siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración"⁵⁷⁰. Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, "el órgano de contratación, concededor del ordenamiento jurídico y del objeto del contrato que desea celebrar, debe exponer con la mayor claridad en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en pliego de prescripciones técnicas particulares, los pactos y condiciones por los que se desarrollará la adjudicación y ejecución del contrato"⁵⁷¹.

En principio, cuando exista un pliego de cláusulas administrativas generales, el pliego de cláusulas administrativas particulares debe ajustar su contenido al mismo. No obstante, es posible que el órgano de contratación establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales. En este último caso, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado debe informar con carácter previo todos los pliegos de cláusulas particulares en cuestión⁵⁷². Eso sí, los contratos habrán

⁵⁶⁹ Art. 67.2 del RGLCAP. Los datos han sido expuestos de forma breve y no se enumeran todos los que el RGLCAP menciona en el artículo en cuestión.

⁵⁷⁰ STS 2004\1878, de 16 de febrero de 2004.

⁵⁷¹ Informe 65/96, de 20 de marzo de 1977, de la JCCAE.

⁵⁷² Art. 115.5 TRLCSP 2011.

de ajustarse siempre al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares⁵⁷³.

El pliego de cláusulas administrativas particulares es *lex contractus*⁵⁷⁴, es decir, vincula a la Administración, a los licitadores y al contratante.

A mi entender, una vez que se cuente con una Ley, un Reglamento y, mejor todavía, también con una Instrucción sobre la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público, el pliego de cláusulas administrativas particulares resulta el mejor instrumento regulador – y además, el último- para ofrecer la regulación más exacta y detallada de cada una de las cláusulas sobre inserción laboral que vayan a incluirse en cada uno de los contratos a celebrar por el sector público. Tres son las razones que motivan la opinión en este sentido. En primer lugar, y como se manifestaba en líneas anteriores, el órgano de contratación puede incluir los pactos o condiciones que tenga por conveniente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Por

⁵⁷³ Art. 115.3 TRLCSP 2011.

⁵⁷⁴ Respecto al carácter de *lex contractus* de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, a modo de ejemplo, el Informe 65/96, de 20 de marzo de 1997, de la JCAE establece que “los pliegos adquieren (...) su relevante importancia en el contrato como ley del mismo, una vez aprobado y adjudicado el contrato al licitador seleccionado como contratista y en este sentido, como «ley del contrato», han sido reiteradamente caracterizados los pliegos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Sobre la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo en referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares como ley entre las partes del contrato sirve, a modo de ejemplo, y entre otras muchas, lo redactado en la STS 1999\5202 (FJ 5º): “(...) el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo, teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento del mismo, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en los Pliegos de Condiciones, puesto que en la contratación se regulan los derechos y obligaciones de la contrata, dando lugar a lo que se considera la Ley del Contrato (criterio jurisprudencial reiterado [...]) (...)”.

ello, y basándose en la posibilidad jurídica y con el deber de cumplir con un deber social que a la Administración corresponde –expuestos y analizados a lo largo de todo el trabajo- puede, y debe, incluir cláusulas sobre inserción laboral concretas en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. En segundo lugar, el pliego en cuestión resulta la herramienta mas adecuada para la inclusión de cláusulas de este tipo debido a su idoneidad. Las cláusulas sobre inserción laboral han de ser muy concretas, específicas para cada contrato singular. Así, esta regulación tan detallada no puede venir de la mano de la ley o del reglamento, sino de una disposición particular y específica como lo es un pliego de cláusulas administrativas particulares. El tercer motivo radica en el carácter vinculante de estos pliegos, ya que como se mencionaba anteriormente son *lex contractus*. De esta forma, la cláusula sobre inserción laboral incorporada en el pliego formará parte de la “ley del contrato”, por lo que será exigible y deberán cumplirla ambas partes del contrato.

c) Modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares

Como se señalaba con respecto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares corresponde también al órgano de contratación aprobar modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares *para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga*⁵⁷⁵. Se observaba en líneas precedentes la necesidad del informe previo del Servicio Jurídico respectivo para la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. El mismo informe previo es también necesario para la aprobación de los modelos de cláusulas administrativas particulares⁵⁷⁶. No obstante, dicho informe *no será necesario cuando el*

⁵⁷⁵ Art. 115.4 TRLCSP 2011.

⁵⁷⁶ Art. 115.6 TRLCSP 2011.

*pliego de cláusulas administrativas particulares se ajuste a un modelo de pliego que haya sido previamente objeto de este informe*⁵⁷⁷. Como recuerdan algunos autores⁵⁷⁸, la existencia de los modelos tipo de pliegos merece mención especial “ya que su aprobación es una práctica constante en todas las Administraciones Públicas”.

A juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁵⁷⁹, “el establecimiento de modelos tipo de pliegos (...) constituye una mera posibilidad que debe referirse a contratos que, con reiteración y en número significativo, celebra el órgano de contratación (...)”. Según la mencionada Junta Consultiva “constituyen una facilidad de tramitación que no pretende hurtar al informe del Servicio Jurídico aspectos esenciales del contrato, sino que persigue una finalidad más sencilla y procedimental de evitar, por innecesarios, pronunciamientos reiterados del Servicio Jurídico sobre aspectos concretos, ya que si lo expresa en relación con un pliego tipo no tiene por que volver a reiterarlos en relación con un pliego particular”. Ello supone que el pliego tipo ha de contener las determinaciones necesarias para el pronunciamiento del Servicio Jurídico y también que el pliego de cláusulas administrativas particulares no debe estipular cláusulas contrarias o distintas en los aspectos considerados como esenciales del contrato.

Si en líneas anteriores se defendía la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la posibilidad de aprobar modelos tipo de pliegos resulta en este sentido una opción fuente de máximas ventajas. Las cláusulas sobre

⁵⁷⁷ Art. 115.6 TRLCSP 2011.

⁵⁷⁸ DONDERIS ROMERO y KONINCKX FRASQUET, 2009, p. 2 (versión electrónica de LA LEY).

⁵⁷⁹ Informe 8/01, de 3 de julio de 2001, de la JCCAE.

inserción laboral deberían introducirse en los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares. De esta forma se evitaría que cada órgano de contratación tenga que establecer contrato por contrato (mediante el pliego de cláusulas administrativas particulares) cada cláusula sobre inserción laboral concreta. Su establecimiento en el modelo tipo de cláusulas administrativas particulares facilitaría ya el marco concreto relativo a las cláusulas sobre inserción laboral a introducir agilizando y disminuyendo la labor de los órganos de contratación. Éstos, solo tendrán que incorporar lo dispuesto en el modelo tipo en el pliego de condiciones particulares del contrato particular. Además, al ajustar su contenido a lo establecido en un modelo tipo, no se verán obligados a solicitar previamente el informe del Servicio Jurídico correspondiente. Es más, si respetan lo establecido en el modelo tipo y no contradicen el contenido esencial del mismo, y en base al margen de discrecionalidad de la que gozan los órganos de contratación, pueden incluso adaptar y moldear de la mejor manera posible las cláusulas sobre inserción laboral recogidas en los modelos tipo a cada uno de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cada contrato. Por lo tanto, las cláusulas sobre inserción laboral deberían introducirse en los modelos tipo de pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Debido a las oportunidades e idoneidad que ofrecen los pliegos de cláusulas administrativas particulares, así como los modelos tipo de cláusulas administrativas particulares, para la previsión y regulación de las cláusulas sobre inserción laboral se procederá en posteriores capítulos a la proposición y defensa de determinadas cláusulas sobre inserción laboral en aras a ser integradas en determinados modelos tipo de pliegos⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ Las cláusulas que van a proponerse en las próximas páginas de este trabajo se presentan y clasifican de acuerdo con cada una de las fases del procedimiento de contratación. Es decir, se

CAPÍTULO III:

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral a través de los diferentes tipos de contratos

El objeto del presente capítulo es estudiar la posibilidad de introducir cláusulas sobre inserción laboral en los diferentes tipos de contratos públicos. A tal fin, se realiza en las siguientes líneas un breve análisis sobre el objeto y principales características de cada uno de los diferentes tipos de contratos públicos, así como una conclusión general sobre la idoneidad de cada uno de ellos para incorporar cláusulas sobre inserción laboral para personas en situación o riesgo de exclusión social.

Antes de proceder a dicho análisis, conviene realizar una consideración de carácter general en relación a los diferentes tipos de contratos que van a mencionarse pues el régimen aplicable a los contratos del sector público variará según el carácter de éstos. Los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o privado⁵⁸¹. Los contratos administrativos se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por el TRLCSP 2011 y sus disposiciones de desarrollo⁵⁸². Los contratos privados se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por la mencionada norma y sus disposiciones

realiza una o varias propuestas de cláusulas sobre inserción laboral para cada una de las fases del procedimiento de contratación. No obstante, también existen propuestas realizadas según los diferentes tipos de contratos. Una exhaustiva lista de propuestas de modelos tipo de pliegos clasificadas por tipos de contratos es la que ofrece FAEDEI en:

<http://www.faedei.org/cl%C3%A1usulas-sociales/recursos-legislativos/pliegos-tipo>

⁵⁸¹ Art. 18 TRLCSP 2011.

⁵⁸² Art. 19.2 TRLCSP 2011. El artículo dispone también la regulación supletoria.

de desarrollo cuando no existan normas específicas. En lo que respecta a los efectos y extinción de los contratos privados regirá el derecho privado⁵⁸³. Los contratos de carácter administrativo son los contratos celebrados por una Administración Pública⁵⁸⁴. Se considerarán contratos privados *los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas*⁵⁸⁵.

III.1. Contratos de obras

Los contratos de obras son *aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I -del TRLCSP 2011- o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante*⁵⁸⁶. El contrato de obra, además de las prestaciones mencionadas, puede comprender, en su caso, *la redacción del correspondiente proyecto*⁵⁸⁷. Ha de entenderse por "obra" *el resultado de un conjunto de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí*

⁵⁸³ Art. 20.2 TRLCSP 2011. El artículo dispone también la regulación supletoria

⁵⁸⁴ Art. 19.1 TRLCSP 2011. El artículo, a su vez, especifica qué tipo de contrato ha de ser y recoge los casos excepcionales.

⁵⁸⁵ Art. 20.1 TRLCSP 2011. El artículo matiza que cierto tipo de contratos celebrados por una Administración Pública serán considerados, también, contratos privados.

⁵⁸⁶ Art. 6.1 TRLCSP 2011. El Anexo I en cuestión relaciona una serie de actividades, entre ellas, la construcción; demolición de inmuebles y movimientos de tierras; construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos; obras hidráulicas, instalación eléctrica; fontanería; revocamiento; instalaciones de carpintería; pintura y acristalamiento; etc.

⁵⁸⁷ Art. 6.1 TRLCSP 2011.

*mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble*⁵⁸⁸.

Según su objeto y naturaleza las obras se clasifican en los siguientes grupos: a) *obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación*; b) *obras de reparación simple, restauración o rehabilitación*; c) *obras de conservación y mantenimiento* y d) *obras de demolición*⁵⁸⁹.

III.2. Contrato de concesión de obras públicas

Mediante el contrato de concesión de obras públicas el concesionario realizará las prestaciones mencionadas en referencia al contrato de obra, *incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos*⁵⁹⁰. Ello se hará, en todo caso, a riesgo y ventura del contratista⁵⁹¹. La contraprestación a favor del contratista *consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*⁵⁹². Puede decirse que este tipo de contratos se utiliza en el caso de grandes obras de infraestructura. En opinión de algún autor, los objetivos que pueden motivar la realización de este tipo de contratos son, entre otros: la realización de grandes obras con el menor impacto sobre el erario público, transferir al sector privado los

⁵⁸⁸ Art. 6.2 TRLCSP 2011.

⁵⁸⁹ Art. 122.1 TRLCSP 2011.

⁵⁹⁰ Art. 7.1 TRLCSP 2011.

⁵⁹¹ Art. 7.2 TRLCSP 2011. Este mismo punto menciona el contenido que, además, podrá contener este tipo de contrato.

⁵⁹² Art. 7.1 TRLCSP 2011.

riesgos económicos derivados de la explotación de infraestructuras públicas, el aumento y mejora de la eficiencia, etc.⁵⁹³

III.3. Contrato de gestión de servicios públicos

Los contratos de gestión de servicios públicos son aquellos mediante los cuales una Administración Pública *encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante*⁵⁹⁴. La prestación en cuestión ha de ser siempre susceptible de explotación por particulares⁵⁹⁵. No obstante, la regulación de la Ley de Contratos del Sector Público referida a este tipo de contrato no se aplicará en dos casos. En primer lugar, cuando la gestión del servicio público se realice mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a tal fin. En segundo lugar, cuando la gestión del servicio público se asigne a una sociedad de derecho privado con capital de titularidad pública en su totalidad⁵⁹⁶.

La contratación de la gestión de los servicios públicos puede adoptar cuatro modalidades diferentes: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la creación de una sociedad de economía mixta⁵⁹⁷. En la concesión, el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura (servicios objeto de esta modalidad pueden ser, por ejemplo: el

⁵⁹³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2010, p. 123.

⁵⁹⁴ Art. 8.1 TRLCSP 2011.

⁵⁹⁵ Art. 275.1 TRLCSP 2011.

⁵⁹⁶ Art. 8.2 TRLCSP 2011.

⁵⁹⁷ Art. 277 TRLCSP 2011.

abastecimiento de agua, los transportes públicos, correos, etc.). Mediante la gestión interesada la Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación en la proporción establecida en el contrato (por ejemplo, salvamento marítimo). El concierto se celebrará con una persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones de carácter análogo al servicio en cuestión (por ejemplo: la gestión de hospitales, polideportivos, colegios, etc.). La creación de una sociedad de economía mixta implica la participación de la Administración, por sí o a través de una entidad pública, en unión de personas naturales o jurídicas (por ejemplo, el abastecimiento de combustible).

III.4. Contrato de suministro

Los contratos de suministro tienen por objeto *la adquisición, el arrendamiento financiero o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles*⁵⁹⁸. Además de los contratos en los que el empresario se obligue a entregar una cantidad de bienes definidos y por precio unitario establecido de antemano también se considerarán contratos de suministro cualquiera de los tres que se mencionan a continuación⁵⁹⁹. Primero, *aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente*⁶⁰⁰. Segundo, los contratos que tengan por objeto *la adquisición y el*

⁵⁹⁸ Art. 9.1 TRLCSP 2011.

⁵⁹⁹ Art. 9.3 TRLCSP 2011.

⁶⁰⁰ Art. 9.3. a) TRLCSP 2011.

*arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos (...)*⁶⁰¹. Tercero, y último, los de fabricación, a través de los cuales el bien o los bienes a entregar deben ser elaborados con arreglo a características especiales establecidas de antemano por la entidad contratante⁶⁰².

III.5. Contrato de servicios

La LCSP de 2007 extinguió la categoría específica de contratos de consultoría y asistencia. Éstos, se integran, en la actualidad, en la categoría general de "contratos de servicios". Los contratos de servicios son los que tienen como objeto prestaciones de hacer. Estas prestaciones consisten en el desarrollo de una actividad o están dirigidas a la obtención de un resultado no considerado como obra o suministro⁶⁰³. Los contratos de servicios pueden dividirse en varias categorías, entre ellas: servicios de mantenimiento y reparación; servicios de transporte por vía terrestre; servicios de transporte aéreo; servicios de telecomunicación; servicios financieros; servicios de investigación y desarrollo; servicios de publicidad; servicios de limpieza de edificios y servicios de administración de bienes raíces; servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios: servicios de saneamiento y servicios similares; servicios de hostelería y restaurante, servicios sociales y de salud, etc.⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Art. 9.3. b) TRLCSP 2011.

⁶⁰² Art. 9.3. c) TRLCSP 2011.

⁶⁰³ Art. 10 TRLCSP 2011.

⁶⁰⁴ Véase el Anexo II TRLCSP 2011.

La diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios radica en el destinatario del servicio en cuestión. Es decir, a través del contrato de gestión de servicios públicos las necesidades a satisfacer mediante el servicio ofrecido son las de las personas ciudadanas, mientras que el de servicios persigue satisfacer directamente las necesidades de la Administración.

III.6. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado fue una de las novedades incorporadas por la LCSP de 2007. Como se decía en la Parte Segunda, dicha Ley venía a trasponer la Directiva 2004/18 pero a su vez también ofrecía innovaciones, como es el caso del contrato aludido. Este contrato puede abarcar cualquiera de las prestaciones correspondientes a las modalidades anteriormente observadas. Será la prestación considerada como la principal la que determine el régimen jurídico aplicable al contrato.

Como sucedía en el caso del contrato de concesión de obra pública, también en este caso uno de los principales motivos para su celebración puede ser obtener financiación privada para la realización de servicios a prestar por el sector público.

Estos, como su propio nombre indica, son aquellos de colaboración entre el sector público y el sector privado. A través de ellos una Administración Pública *encarga a una entidad de derecho privado, por periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización*

*de una actuación global e integrada*⁶⁰⁵. La financiación de inversiones inmateriales, de obras o suministros necesarios para el cumplimiento de los objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general en cuestión ha de incluir, además, alguna de las siguientes prestaciones: a) *la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o gestión*; b) *la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas*; c) *la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado* y d) *otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado*⁶⁰⁶.

Ha de señalarse que este tipo de contratos solamente podrá celebrarse cuando previamente se haya manifestado que la satisfacción de las finalidades públicas no puede cumplirse mediante otras fórmulas alternativas de contratación⁶⁰⁷. El contratista colaborador recibirá como contraprestación un precio. Este precio será satisfecho durante toda la duración del contrato y podrá, asimismo, estar vinculado al cumplimiento de objetivos de rendimiento específicos⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Art. 11.1 TRLCSP 2011.

⁶⁰⁶ Art. 11.1 TRLCSP 2011.

⁶⁰⁷ Art. 11.2 TRLCSP 2011.

⁶⁰⁸ Art. 11.4 TRLCSP 2011.

III.7. Contrato mixto

Los contratos mixtos son aquellos que contienen prestaciones correspondientes a otro u otros contratos tipificados de distinta clase. A la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a este contrato, ha de atenderse *al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico*⁶⁰⁹. Ha de subrayarse que, a través de este tipo de contrato, sólo podrán fusionarse las prestaciones correspondientes a diferentes contratos cuando las mismas *se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante*⁶¹⁰. Se observa pues que es posible la celebración de contratos con más de un objeto, es decir, con pluralidad de objeto. Eso sí, cada una de las prestaciones ha de estar claramente definida de manera independiente⁶¹¹. En el pliego de cláusulas administrativas particulares ha de detallarse el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción. Para ello, ha de atenderse a las normas aplicables a las diversas prestaciones incorporadas en el contrato⁶¹². No pueden acumularse las prestaciones propias de un contrato privado con las de un contrato administrativo⁶¹³.

⁶⁰⁹ Art. 12 TRLCSP 2011.

⁶¹⁰ Art. 25.2 TRLCSP 2011.

⁶¹¹ Art. 2.1 del RGLCAP.

⁶¹² Art. 115.2 TRLCSP 2011.

⁶¹³ Informe 43/99, de 12 de noviembre de 1999, de la JCCA.E.

III.8. Conclusión general sobre la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en todos los diferentes tipos de contratos

Se ha estimado oportuno recoger de manera separada, a modo de conclusión general en relación a todos los diferentes tipos de contratos, la posibilidad de introducir cláusulas sobre inserción laboral debido a que la conclusión es la misma para cada tipo de contrato observado. Una vez expuestos los objetivos y las principales características de cada tipo de contrato ha de subrayarse que todos y cada uno de ellos gozan de la legitimidad e idoneidad más que suficientes para albergar cláusulas sobre inserción laboral. Es decir, sea cual sea el objeto del contrato, siempre cabe la posibilidad de introducir cláusulas destinadas a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. La diferencia que se deriva del diferente objeto de cada contrato se refleja en ciertas peculiaridades del régimen jurídico aplicable al procedimiento de contratación. Sin embargo, en la medida en que la "configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos"⁶¹⁴; la "preparación"⁶¹⁵; la "selección del contratista y adjudicación"⁶¹⁶; los "efectos, cumplimiento y extinción"⁶¹⁷, analizados a lo largo de diferentes capítulos de este trabajo y que como se observaba posibilitan la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en diferentes fases del procedimiento de contratación, son idénticos para

⁶¹⁴ Regulación recogida en el Libro I TRLCSP 2011, arts. 22 a 108.

⁶¹⁵ Regulación recogida en el Libro II TRLCSP 2011, arts. 109 a 137.

⁶¹⁶ Regulación recogida en el Libro III TRLCSP 2011, arts. 138 a 207.

⁶¹⁷ Regulación recogida en el Libro IV TRLCSP 2011, arts. 208 a 228. No obstante, sólo es de aplicación general para todo tipo de contrato la regulación recogida entre los arts. 192 a 211.

todos los tipos de contratos ha de concluirse que en todos ellos pueden introducirse las cláusulas en cuestión. Aparte de esta afirmación en razón a la posibilidad jurídica existente, la aseveración también ha de realizarse en razón a las diferentes prestaciones objeto de cada contrato. Sea para la realización de una obra, sea para la prestación de un servicio público o para la realización de cualquier tipo de prestación siempre es posible que la empresa adjudicataria contrate a personas en situación o riesgo de exclusión social, o que subcontrate parte de su prestación con una Empresa de Inserción.

CAPÍTULO IV:

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en los diferentes procedimientos de contratación

Como sucedía con los diferentes tipos de contratos públicos, resulta de interés analizar los diferentes procedimientos de contratación pública así como las posibilidades –y, en su caso, peculiaridades- que ofrecen a la hora de introducir cláusulas sociales sobre inserción laboral en la contratación del sector público. A tal fin, se observan a continuación los procedimientos de contratación regulados por el TRLCSP 2011. Debido al principal objetivo del presente capítulo (estudiar la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en los procedimientos de contratación), únicamente se realizará una breve descripción sobre los aludidos procedimientos y se subrayarán los aspectos más relevantes para el estudio en cuestión.

IV.1. Procedimiento abierto

Antes de observar el procedimiento abierto, ha de destacarse que los procedimientos ordinarios a seguir para adjudicar contratos públicos son el abierto o el restringido⁶¹⁸. En el procedimiento abierto puede presentar una proposición cualquier empresa que esté interesada. Queda excluida cualquier tipo de negociación con los licitadores sobre los términos del contrato⁶¹⁹. La información sobre pliegos y cualquier documentación complementaria se proporcionará, bien facilitando el acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, bien enviándola a los interesados⁶²⁰. En cuanto al examen de las proposiciones, el órgano competente ha de calificar previamente los documentos relatados en el artículo 146 del TRLCSP 2011 (a saber, los que acrediten la personalidad jurídica del empresario; los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional; la declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar; en el caso de empresas extranjeras, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden; etc.)⁶²¹. Dicho órgano, una vez abiertas y examinadas las proposiciones formulará la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación. A tal fin, ponderará los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario y se producirá, en su caso, la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado mencionados en el artículo

⁶¹⁸ Art. 138.2 TRLCSP 2011.

⁶¹⁹ Art. 157 TRLCSP 2011.

⁶²⁰ Art. 158.1 TRLCSP 2011.

⁶²¹ Art. 160.1 y 146 TRLCSP 2011.

150.2 del TRLCSP 2011. A la hora de valorar las proposiciones, cuando hayan de valorarse criterios distintos al del precio, el órgano competente puede solicitar los informes técnicos que considere oportunos. También podrán solicitarse tales informes a fin de verificar que las ofertas cumplen las especificaciones técnicas recogidas en el pliego⁶²².

IV.2. Procedimiento restringido

La principal diferencia entre el procedimiento abierto y el restringido es que en el primero únicamente existe una fase, la de admisión y, en el segundo, dos fases, la de admisión y selección. Según la norma sobre contratación pública en el procedimiento restringido *sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación*⁶²³. Al igual que en el procedimiento abierto, también en éste está prohibida cualquier negociación sobre los términos del contrato con los candidatos⁶²⁴. El órgano de contratación debe establecer los criterios objetivos de solvencia (de entre los señalados en los artículos 75 a 79 del TRLCSP 2011) previamente al anuncio de licitación. Así mismo, el órgano de contratación ha de señalar en el anuncio de licitación el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento. Este número no puede ser inferior a cinco. El órgano de contratación también puede señalar el número máximo de candidatos a los que invitará

⁶²² Art. 160.1 TRLCSP 2011.

⁶²³ Art. 162 TRLCSP 2011.

⁶²⁴ Art. 162 TRLCSP 2011.

a presentar su oferta⁶²⁵. Las solicitudes de participación han de ir acompañadas de los documentos señalados en el artículo 130 anteriormente mencionado⁶²⁶.

Una vez que el órgano de contratación haya comprobado la personalidad y solvencia de los solicitantes procederá a seleccionar a aquellos que pasarán a la siguiente fase. Posteriormente, los invitará a presentar sus proposiciones⁶²⁷.

En cuanto al contenido de las invitaciones, éstas contendrán una referencia al anuncio de licitación en cuestión e indicarán, entre otros, los criterios de adjudicación del contrato a tener en cuenta así como su ponderación relativa. Tal invitación ha de incluir un ejemplar de los pliegos y copia de la documentación complementaria o explicará la forma de acceder a éstos⁶²⁸.

En cuanto al examen de las proposiciones y la propuesta de adjudicación se seguirá lo expuesto al respecto en el procedimiento abierto⁶²⁹.

Debido a que los criterios de capacidad y solvencia obtienen una función selectiva en este tipo de procedimiento (en el abierto tendrían una función de "filtro"), algunos autores subrayan la idoneidad del procedimiento restringido para apreciar aspectos sociales al valorar la capacidad de los candidatos. Así, comparto que "(...) debe destacarse

⁶²⁵ Art. 163.1 y 163.3 TRLCSP 2011.

⁶²⁶ Art. 164.3 TRLCSP 2011.

⁶²⁷ Art. 165.1 TRLCSP 2011.

⁶²⁸ Art. 166.1 y 166.2 TRLCSP 2011.

⁶²⁹ Art. 168 TRLCSP 2011.

como importante novedad el que, en este tipo de procedimiento, al valorar la capacidad, se pueda tener en cuenta el esfuerzo del contratista por contribuir a la estabilidad del personal laboral, incluso, el grado de incorporación de discapacitados en su plantilla. Dato relevante a la hora de decidir el procedimiento de adjudicación y más concretamente, la conveniencia de utilizar el procedimiento restringido, pues ha de permitir utilizar la contratación pública como potestad o instrumento al servicio del interés general y no como un fin en sí mismo⁶³⁰.

IV.3. Procedimiento negociado

Antes de analizar las principales características del procedimiento negociado es importante recordar que la adjudicación de los contratos públicos se realizará, ordinariamente, a través del procedimiento abierto o el procedimiento restringido⁶³¹. No obstante, puede seguirse, por un lado, el procedimiento negociado en los casos enumerados en los artículos 170 a 175 del TRLCSP 2011 y, por otro lado, el diálogo competitivo en los supuestos señalados en el artículo 180 de la misma norma.

En el procedimiento negociado la adjudicación ha de recaer *en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos*⁶³². En ciertos casos la publicidad previa

⁶³⁰ GIMENO FELIÚ, 2010, p. 204.

⁶³¹ Art. 138.2 TRLCSP 2011.

⁶³² Art. 169.1 TRLCSP 2011.

resulta obligatoria en este tipo de procedimiento mientras que en otros casos no⁶³³.

En lo referente a cuándo puede aplicarse el procedimiento negociado, como ya se adelantaba en líneas precedentes, sólo podrá seguirse en los supuestos que el TRLCSP 2011 prevé. Ha de insistirse en que se trata de un procedimiento no ordinario, únicamente aplicable en los casos que la norma determine. En este sentido, el TRLCSP 2011 establece, por un lado, los supuestos generales de aplicación del procedimiento en cuestión y, por otro lado, los supuestos concretos en relación a cada tipo de contrato (contratos de obras, contratos de gestión de servicios públicos, etc.)⁶³⁴. Tan solo se atenderán aquí y de manera resumida, en aras a evitar una desmesurada extensión, los supuestos generales de aplicación del procedimiento negociado. Así, y en los términos que se establezcan para cada tipo de contrato, los contratos celebrados por las Administraciones Públicas pueden adjudicarse mediante este procedimiento en los siguientes supuestos: a) cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables en base a diferentes motivos; b) en casos excepcionales, cuando por diferentes razones no pueda determinarse previamente el precio global del contrato; c) cuando, tras haberse seguido un procedimiento abierto o restringido, no se haya presentado ninguna oferta o candidatura o las ofertas no sean adecuadas, siempre que se den ciertas condiciones; d) cuando, por motivos diferentes, el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado; e) cuando debido a

⁶³³ Al respecto véase el art. 169.2 TRLCSP 2011.

⁶³⁴ Los supuestos generales de aplicación se indican en el art. 170 TRLCSP 2011 y los supuestos particulares relativos a cada tipo de contrato en los arts. 171, 172, 173, 174 y 175 TRLCSP 2011.

una imperiosa urgencia resulte necesaria una pronta ejecución del contrato; f) cuando el contrato se haya declarado secreto o reservado o cuando su ejecución exija medidas de seguridad especiales y g) cuando se trate de contratos incluidos en el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Como bien refleja la denominación de este procedimiento, se trata de un procedimiento en el que ciertos aspectos podrán ser objeto de negociación con las empresas. Los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, sean objeto de negociación se establecerán en el pliego de cláusulas administrativas particulares⁶³⁵.

En el procedimiento negociado han de solicitarse ofertas al menos a tres empresas capacitadas para la realización del contrato⁶³⁶. Durante la negociación de los términos del contrato todos los licitadores han de recibir igual trato, concretamente, no puede facilitarse información que de forma discriminatoria produzca ventajas a determinados licitadores⁶³⁷. Finalmente, los órganos de contratación y los licitadores negociarán las ofertas presentadas por estos últimos "con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa"⁶³⁸.

⁶³⁵ Art. 176 TRLCSP 2011.

⁶³⁶ Art. 178.1 TRLCSP 2011.

⁶³⁷ Art. 178.3 TRLCSP 2011.

⁶³⁸ Art. 178.4 TRLCSP 2011.

IV.4. Contratos menores

Los contratos se denominan menores atendiendo al importe de los mismos. Son contratos menores, en el caso de contratos de obras, aquellos de importe inferior a 50.000 euros y, en el caso de otros contratos, los de importe inferior a 18.000 euros. Estos contratos pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y con la habilitación profesional necesaria⁶³⁹.

Los contratos menores no pueden durar más de un año ni pueden ser objeto de prórroga⁶⁴⁰. La tramitación de este tipo de contratos sólo exige la aprobación del gasto e incorporar al mismo la factura correspondiente⁶⁴¹. Se trata, en general, de un procedimiento simplificado. En el contrato menor de obras, ha de añadirse, además, el presupuesto de las obras y debe solicitarse un informe de supervisión⁶⁴².

IV.5. Diálogo competitivo

El diálogo competitivo fue otra de las novedades introducidas por la LCSP de 2007. Mientras que el procedimiento negociado gozaba de precedentes en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2002, este procedimiento de contratación basado en el diálogo fue fruto de la Ley aprobada en el 2007. En la actualidad, según el TRLCSP 2011, *en el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los*

⁶³⁹ Art. 138.3 TRLCSP 2011.

⁶⁴⁰ Art. 23.3 TRLCSP 2011.

⁶⁴¹ Art. 111.1 TRLCSP 2011.

⁶⁴² Art. 111.2 TRLCSP 2011.

*candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta*⁶⁴³. Como sucedía con el procedimiento negociado el diálogo competitivo sólo podrá seguirse en los determinados casos establecidos por la norma sobre contratos del sector público. Así, puede utilizarse *en el caso de contratos particularmente complejos, cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o del restringido no permite una adjudicación adecuada del contrato*⁶⁴⁴.

El procedimiento de contratación se abrirá con la publicación del anuncio de licitación. En el mismo se darán a conocer sus necesidades y requisitos⁶⁴⁵. Las invitaciones dirigidas a participar en el diálogo competitivo harán referencia al anuncio de licitación publicado e indicarán, entre otros, la ponderación relativa de los criterios de adjudicación del contrato⁶⁴⁶.

El diálogo se desarrollará entre el órgano de contratación y los candidatos seleccionados. El diálogo perseguirá la determinación y definición de los medios adecuados para satisfacer las necesidades del órgano de contratación. Pueden ser objeto de diálogo todos los aspectos del contrato⁶⁴⁷. Al igual que en el procedimiento negociado, el TRLCSP 2011 hace especial hincapié en el deber de salvaguardar el trato igualitario

⁶⁴³ Art. 179.1 TRLCSP 2011.

⁶⁴⁴ Art. 180.1 TRLCSP 2011. Para conocer cuándo se considerará que un contrato es particularmente complejo obsérvese el art. 180.2 TRLCSP 2011.

⁶⁴⁵ Art. 181.1 TRLCSP 2011.

⁶⁴⁶ Art. 181.3 TRLCSP 2011.

⁶⁴⁷ Art. 182.1 TRLCSP 2011.

entre los licitadores así como en la prohibición de facilitar información que de forma discriminatoria pueda derivar en ventajas para determinados licitadores con respecto al resto⁶⁴⁸. El debate con los candidatos ha de desarrollarse hasta que sea posible determinar las soluciones que respondan a las necesidades del órgano de contratación. Una vez cerrado el diálogo los participantes presentarán su oferta final en base a la solución especificada durante la fase de diálogo⁶⁴⁹.

A la hora de examinar las ofertas el órgano de contratación puede solicitar cuantas precisiones, aclaraciones, ajustes o información relativa a la oferta considere oportunas. Posteriormente, evaluará las ofertas presentadas en base a los criterios de adjudicación previamente establecidos (en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo) en aras a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. En dicha valoración han de considerarse varios criterios, nunca podrá tomarse el precio como único criterio de adjudicación. Finalmente, el licitador cuya oferta se considere la económicamente más ventajosa puede ser requerido a aclarar determinados aspectos o a ratificar los compromisos recogidos en su oferta⁶⁵⁰.

IV.6. Normas especiales aplicables a los concursos de proyectos

Los concursos de proyectos no resultan, como procedimiento de contratación y en relación al objeto de investigación del presente trabajo,

⁶⁴⁸ Art. 182.2 TRLCSP 2011.

⁶⁴⁹ Art. 182.4 TRLCSP 2011.

⁶⁵⁰ Art. 183 TRLCSP 2011.

de interés especial alguno. Éstos son procedimientos dirigidos a la obtención de planos o proyectos. Los mismos se desarrollan, principalmente, en el ámbito de la arquitectura, urbanismo, etc.⁶⁵¹. Por el motivo aludido, no se procede aquí a mayor análisis al respecto.

IV.7. Adjudicación de otros contratos del sector público

En el presente apartado se atenderán, por un lado, las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas⁶⁵² y, por otro lado, las normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público⁶⁵³.

A) Normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas

Los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas adjudicarán los contratos sujetos a regulación armonizada siguiendo las normas observadas a lo largo de los capítulos anteriores de este trabajo. No obstante, las mismas serán objeto de algunas modificaciones sin que interese profundizar en las mismas⁶⁵⁴. Para la adjudicación de contratos que no estén sujetos a regulación armonizada han de observarse, en todo caso, los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, etc. Así mismo, se aprobarán instrucciones *en las que se regulen los procedimientos de contratación de forma que quede*

⁶⁵¹ Art. 184 TRLCSP 2011. Para conocer las normas correspondientes a los concursos de proyectos obsérvense los arts. 184 a 188 TRLCSP 2011.

⁶⁵² Normas recogidas entre los arts. 189 y 191 TRLCSP 2011.

⁶⁵³ Normas recogidas entre los arts. 192 y 193 TRLCSP 2011.

⁶⁵⁴ Las adaptaciones pueden consultarse en el art. 190 TRLCSP 2011.

*garantizada la efectividad de los principios enunciados (...) y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa*⁶⁵⁵.

B) Normas aplicables por otros entes, organismos y entidades del sector público

Los entes, organismos y entidades del sector público que no tienen la consideración de poderes adjudicadores han de respetar varios principios en la adjudicación de contratos, entre ellos, el de concurrencia, el de igualdad y el de no discriminación. En este caso la adjudicación también recaerá sobre la oferta económicamente más ventajosa. Al igual que sucede en la adjudicación de los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de administraciones públicas, mediante las instrucciones internas en materia de contratación aprobadas por estas entidades se garantizará la efectividad de los principios anteriormente referidos⁶⁵⁶.

IV.8. Racionalización técnica de la contratación

Existen varios sistemas para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos públicos. En este sentido, se pueden concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados⁶⁵⁷. Se analizan a

⁶⁵⁵ Art. 191 TRLCSP 2011.

⁶⁵⁶ Art. 192 TRLCSP 2011.

⁶⁵⁷ Art. 194 TRLCSP 2011. La normativa correspondiente a los sistemas para la racionalización en cuestión se encuentran en el Título II del Libro III TRLCSP 2011, arts. 194 a 207. Las normas señaladas en dicho Título están dirigidas a la contratación de las Administraciones Públicas. No obstante, también han de ajustar sus normas e instrucciones a las normas de dicho Título las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas (art. 195 TRLCSP 2011).

continuación de manera breve y separada cada uno de los sistemas aludidos.

A) Acuerdos marco

Los órganos de contratación pueden elaborar acuerdos marco con uno o varios empresarios. El objetivo de los acuerdos marco es fijar las condiciones a las que han de ajustarse los contratos a adjudicar durante un determinado periodo de tiempo. Eso sí, este sistema no puede usarse de forma abusiva o de manera que obstaculice o restrinja la competencia. En general, un acuerdo marco no puede durar más de cuatro años⁶⁵⁸.

El procedimiento de celebración de acuerdos marco es el establecido en el Libro II y en el Capítulo I del Título I del Libro III del TRLCSP 2011. El órgano de contratación debe publicar en su perfil de contratante la celebración de los acuerdos marco en un determinado plazo⁶⁵⁹. En lo que respecta a la adjudicación de contratos basados en un acuerdo marco, los contratos sólo pueden celebrarse entre los órganos de contratación y las empresas que originariamente hayan participado en el acuerdo marco. No es posible introducir modificaciones sustanciales respecto de las condiciones establecidas en el citado acuerdo.

Si el acuerdo marco se celebra, bien con una única empresa o con varias empresas, los contratos se adjudicarán según los términos establecidos en el mismo. En el segundo de los casos, cuando todos los términos no hayan sido establecidos en el acuerdo se convocará a las partes a una nueva licitación siguiendo el procedimiento que la Ley de

⁶⁵⁸ Art. 196.1 y 196.3 TRLCSP 2011.

⁶⁵⁹ Art. 971.1 y 197.2 TRLCSP 2011.

Contratos del Sector Público establece a tal fin⁶⁶⁰. La adjudicación recaerá sobre la mejor oferta según los criterios recogidos en el acuerdo marco.

B) Sistemas dinámicos de contratación

Existe la posibilidad de que los órganos de contratación articulen sistemas dinámicos para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente. Se trata de obras, servicios y suministros que generalmente están disponibles en el mercado. Al igual que con los acuerdos marco, tampoco los sistemas dinámicos de contratación pueden usarse de manera que se obstaculice o restrinja la competencia. Un sistema dinámico de contratación no puede durar, en general, más de cuatro años⁶⁶¹.

Este sistema ha de desarrollarse a lo largo de todas sus fases siguiendo las normas del procedimiento abierto. Se admitirán todos los licitadores que cumplan los criterios de selección y que presenten una oferta indicativa ajustada a los pliegos correspondientes. La implementación de un sistema dinámico ha de seguir ciertas normas, entre ellas, la publicación de un anuncio de licitación, la precisión en los pliegos de la naturaleza de los contratos que podrán realizarse mediante el sistema y toda la información necesaria para incorporarse al sistema, etc.⁶⁶².

Mientras el sistema esté en vigor, en aras a ser incluida en el mismo, puede presentar una oferta indicativa cualquier empresa que esté

⁶⁶⁰ Art. 198 TRLCSP 2011.

⁶⁶¹ Art. 199 TRLCSP 2011.

⁶⁶² Art. 200 TRLCSP 2011.

interesada⁶⁶³. Todos los empresarios admitidos serán invitados a presentar una oferta para el contrato específico que se esté licitando⁶⁶⁴. Finalmente, el contrato se adjudicará a la mejor oferta⁶⁶⁵.

C) Centrales de contratación

La contratación de obras, servicios y suministros puede ser centralizada mediante servicios especializados. Estos servicios especializados son las centrales de contratación. Éstas pueden, por un lado, adquirir los suministros y servicios para otros órganos de contratación y, por otro lado, adjudicar contratos o celebrar acuerdos marco. Las centrales de contratación han de respetar las disposiciones del TRLCSP 2011 en lo respectivo a adjudicación de contratos y acuerdos marco⁶⁶⁶.

Las Comunidades Autónomas pueden crear centrales de contratación siguiendo la forma establecida por las normas de desarrollo del TRLCSP 2011 dictadas por la Comunidad Autónoma en cuestión. También las Diputaciones Provinciales gozan de la facultad para crear centrales de contratación⁶⁶⁷. Además, tanto las Comunidades Autónomas como las Entidades locales, así como los Organismos Autónomos y entes públicos dependientes de ellas pueden adherirse al sistema de contratación centralizada estatal⁶⁶⁸. En el sistema de contratación

⁶⁶³ Art. 201.1 TRLCSP 2011.

⁶⁶⁴ Art.202.3 TRLCSP 2011.

⁶⁶⁵ Art. 202.4 TRLCSP 2011.

⁶⁶⁶ Art. 203 TRLCSP 2011.

⁶⁶⁷ Art. 204 TRLCSP 2011.

⁶⁶⁸ Art. 205 TRLCSP 2011.

centralizada de ámbito estatal el Ministro de Economía y Hacienda puede declarar de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contraten de manera general y con características homogéneas. Tales obras, servicios y suministros han de contratarse a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado. Ésta operará como central de contratación única y ha de seguir los procedimientos concretos que la Ley de Contratos del Sector Público le establece⁶⁶⁹.

IV.9. Conclusión general sobre la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en los diferentes procedimientos de contratación

Requisito común que comparten todos los diferentes procedimientos de contratación es que en todos ellos han de aprobarse pliegos de condiciones administrativas particulares. En el capítulo II de esta Parte se señalaban la oportunidad e idoneidad de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, así como de los modelos tipo de cláusulas administrativas particulares, para la previsión y regulación de las cláusulas sobre inserción laboral. Por ello, todos los procedimientos de contratación, en la medida que requieren la aprobación de pliegos de condiciones administrativas particulares, son propicios y pueden albergar cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Sea cual sea el procedimiento a seguir los mencionados pliegos siempre pueden introducir cláusulas de dicho carácter. No obstante, partiendo de tal premisa y más allá de ella, algunos procedimientos,

⁶⁶⁹ Art. 206 TRLCSP 2011. Este artículo establece cuales son los procedimientos concretos mencionados, a saber, la conclusión del correspondiente contrato y el procedimiento especial de adopción de tipo.

debido a sus características, pueden ofrecer más posibilidades a la hora de incorporar cláusulas sobre inserción laboral.

En primer lugar, el procedimiento restringido, como ya se adelantaba en líneas precedentes y por los motivos allí expuestos, idóneo para contemplar aspectos de índole social –como puede ser la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social- a la hora de valorar la capacidad de los candidatos.

En segundo lugar, en el procedimiento negociado se puede proceder a mejorar o adaptar durante la negociación con los licitadores las cláusulas sobre inserción laboral recogidas en los pliegos de condiciones administrativas particulares. Como se señalaba en el análisis de este procedimiento los aspectos que en su caso vayan a ser objeto de negociación han de establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por lo tanto, puede establecerse en el pliego en cuestión que las cláusulas sobre inserción laboral serán objeto de negociación, lo que podrá derivar en una mejora o adecuación de las mismas a la realidad del determinado contrato. Recuérdese, además, que los órganos de contratación y los licitadores han de negociar con el fin de determinar la oferta económicamente más ventajosa. Esto puede dar lugar a que, en tal negociación, los órganos de contratación hagan saber a los licitadores que la oferta económicamente más ventajosa no es la más barata, animándoles a mejorar los mínimos establecidos en las cláusulas sobre inserción laboral.

En tercer lugar, los contratos menores, en la medida en que respetando los importes anteriormente señalados pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario, resultan propicios para promover y valorar el compromiso de los empresarios a la hora de integrar laboralmente personas en situación o riesgo de exclusión social. Así, podrá adjudicarse el contrato a aquellas empresas que contraten para la

ejecución del mismo a personas en situación o riesgo de exclusión social o directamente a Empresas de Inserción.

En cuarto lugar, pudiendo ser objeto de diálogo todos los aspectos del contrato, también el diálogo competitivo puede ofrecer diversas posibilidades. En este procedimiento, el órgano de contratación realiza un diálogo con los candidatos seleccionados a fin de obtener una o varias soluciones. Estas soluciones servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta. Así, en el diálogo para la obtención de tales soluciones pueden ser objeto de discusión las cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Por último, ya que los acuerdos marco fijan las condiciones a las que han de ajustarse los contratos a adjudicar durante un determinado periodo de tiempo, pueden prever de manera explícita la introducción de cláusulas sobre inserción laboral.

CAPÍTULO V:

La incorporación de las cláusulas sobre inserción laboral en las diferentes fases del procedimiento de contratación

En la Parte Segunda de este trabajo se observaba la posibilidad de introducir cláusulas sociales –en referencia a cualquier cláusula de contenido social- en las diferentes fases del procedimiento de contratación. No obstante, de entre todas las cláusulas sociales que pueden incorporarse en la contratación del sector público interesan principalmente aquí las cláusulas destinadas a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. En consecuencia,

corresponde analizar la incorporación de este tipo de cláusulas en cada una de las diferentes fases del procedimiento de contratación, a saber, en la definición del objeto del contrato, en la definición de los requisitos del contrato, en la selección de licitadores, en la adjudicación del contrato y en la ejecución del contrato.

V.1. Cláusulas sobre inserción laboral en la definición del objeto del contrato

En la Parte Segunda se destacaba cómo los órganos de contratación pueden tener en cuenta aspectos sociales a la hora de decidir el objeto del contrato. Eso sí, debe recordarse que tales aspectos sociales han de estar vinculados a los verdaderos suministros, servicios o trabajos que forman el objeto así como el debido respeto a los principios de no discriminación y de libre circulación de servicios⁶⁷⁰. Partiendo de tal premisa, interesa en este punto estudiar la incorporación de la inserción laboral –como aspecto social- en la definición del objeto del contrato.

En primer lugar, ha de señalarse que lo pretendido aquí es la inclusión de la inserción laboral –como contenido social- en contratos públicos que en principio nada tienen que ver con objetivos sociales (por ejemplo, incluir la inserción laboral en un contrato de obras). Es decir, lo que principalmente se persigue no es la introducción de la inserción laboral en contratos cuyo objeto u objetivo esencial sea de índole social (por ejemplo, la inclusión de aspectos referentes a la inserción laboral en un contrato de un servicio de atención a personas en situación de desempleo), sino a objetos ordinarios en la actividad de las empresas.

⁶⁷⁰ En la aludida “Parte Segunda” puede obtenerse un análisis más detallado al respecto.

En segundo lugar, parece resultar necesaria la mención expresa a la exigencia de la inserción laboral en la definición del objeto del contrato correspondiente. Por un lado, se cumpliría de esta forma con el principio de transparencia (los licitadores conocerán desde el principio las características del contrato) y, por otro lado, posibilitaría la posterior inclusión de criterios de adjudicación con la misma perspectiva social mencionada en el objeto ya que es imprescindible que aquéllos estén vinculados al objeto del contrato. En esta línea, no “debe extrañar que un objeto contractual sea mixto o múltiple, o que exista un objeto principal y otro adicional, resultando indiferente si la característica social es prioritaria o accesoria”⁶⁷¹. A modo de ejemplo puede citarse lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, conocido como Fondo Estatal de Inversión Local: *Este Real Decreto-ley tiene por objeto la dotación de dos fondos extraordinarios. Uno destinado a promover la realización por parte de los Ayuntamientos de inversiones creadoras de empleo y otro cuyo finalidad es llevar a cabo actuaciones encaminadas a mejorar la situación coyuntural de determinados sectores económicos estratégicos y acometer proyectos con alto impacto en la creación de empleo*⁶⁷².

⁶⁷¹ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, pp. 38 y 39.

⁶⁷² Pueden consultarse varios ejemplos sobre incorporación de características referidas a la inserción laboral en la “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, pp. 38 y 39. Entre ellos merece subrayarse el siguiente del Ayuntamiento de las Gabias: “Constituye el objeto de este contrato el establecimiento de las estipulaciones económico-administrativas con arreglo a las cuales ha de efectuarse la concesión de la contratación del servicio de limpieza de los edificios municipales, que posteriormente se relacionan. 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

Según la Comisión Europea “en contratos de servicios, la entidad adjudicadora puede especificar en el objeto que los servicios provistos deben satisfacer las necesidades de todas las categorías de usuarios, incluidas las personas socialmente desfavorecidas o excluidas” ⁶⁷³. Aunque la Comisión Europea se refiera expresamente a los contratos de servicios, nada impide que la entidad adjudicadora proceda de igual manera en los demás tipos de contratos públicos.

Se defiende también la posibilidad de incorporar características sociales de inserción laboral en la definición del objeto del contrato, en aras a facilitar, en la fase de valoración y en los criterios de solvencia técnica, una selección adecuada de empresas, entre las que gozarían de mejor posición las empresas de inserción. Se propone así definir, por ejemplo, contratos del tipo: “Prestación de un servicio de inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social (...) mediante la realización de... (jardinería, mantenimiento de equipos informáticos, mensajería, hostelería y catering, etc.). El servicio incluye las prestaciones de: Itinerarios personalizados de inserción, con formación en el puesto de trabajo y adquisición de hábitos personales y sociales relacionados con el trabajo; acompañamiento social durante el proceso de inserción; acompañamiento en la posible incorporación posterior a un empleo en empresas ordinarias y, realización de las labores propias de... (jardinería,

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”.

⁶⁷³ “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, Comisión Europea, octubre de 2010, p. 23.

mantenimiento de equipos informáticos, mensajería, hostelería y catering, etc.)⁶⁷⁴.

En definitiva, el objeto del contrato puede –y debe– mencionar expresamente los aspectos sobre inserción laboral que servirán de base para introducir cláusulas de esa índole, por ejemplo, en la fase de adjudicación y de ejecución del contrato.

V.2. Cláusulas sobre inserción laboral en las especificaciones técnicas

Tras analizar la posibilidad de tener en cuenta aspectos sociales a la hora de decidir y definir el objeto del contrato se estudiaba también en la Parte Segunda del presente trabajo esa misma posibilidad en el ámbito de las especificaciones técnicas. Se señalaba así que algunos autores destacan cómo los aspectos sociales establecidos en las especificaciones técnicas pueden cumplir diferentes funciones. Permitirían en unos casos que el objeto del contrato se defina conforme a las normas sociales de carácter obligatorio (como pueden ser las normas sobre accesibilidad). En otros casos serían mecanismos destinados a promover ciertos fines o intereses sociales. Se mencionaban posteriormente varios ejemplos en uno y otro sentido. No obstante, en este instante interesa estudiar específica y únicamente la posibilidad de incorporar la inserción laboral –como aspecto social– a la hora de definir las especificaciones técnicas. Con ese fin, se atenderá en primer lugar dicha posibilidad en el diseño de las especificaciones técnicas y, en segundo lugar, el uso de variantes.

⁶⁷⁴ “Hacia una contratación responsable. Propuestas para la incorporación de Criterios Sociales en la Contratación Pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid”, Observatorio de la Exclusión Social y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid, febrero de 2010, p. 20.

V.2.1. Diseño de las especificaciones técnicas

Conviene comenzar rememorando que la regulación vigente permite incorporar consideraciones sociales en las especificaciones técnicas sólo si están vinculadas al objeto del contrato (tanto si se trata de exigencias de solvencia técnica y profesional como de los criterios de adjudicación). Por ello, se resaltaba en la Parte Segunda de este trabajo la importancia de la definición del objeto del contrato en las especificaciones técnicas así como la exigencia de integrar tales aspectos en todas y cada una de las fases del procedimiento de contratación. Asimismo, como ya se decía, las especificaciones técnicas no pueden reducir la competencia, han de ser transparentes y no pueden ser discriminatorias.

La Comisión Europea, en base a dicha vinculación con el objeto del contrato, ha manifestado que “los requisitos que se refieran, por ejemplo, a la contratación de personal de determinados grupos (personas con discapacidad, mujeres, etc.) no califican como especificaciones técnicas”⁶⁷⁵. Es decir, a tenor de la Comisión Europea la contratación de personas procedentes de determinados grupos, como pueden ser, por ejemplo, las personas que se encuentren en situación o riesgo de exclusión social, no es un elemento vinculado al objeto del contrato y por ello no puede entenderse como una especificación técnica. Sin embargo, a mi juicio, una vez que el criterio referido a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social haya sido expresamente incorporado en la definición del objeto del contrato queda cumplida la vinculación en cuestión, por lo que las especificaciones técnicas darían lugar a especificar con mayor precisión los aspectos sobre inserción laboral aludidos. Así, en la medida en que los pliegos de prescripciones técnicas establecen los

⁶⁷⁵ “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, Comisión Europea, octubre de 2010. p. 29.

aspectos relativos a la ejecución del contrato, podrán delimitar aquellas características técnicas de las prestaciones relacionadas con los criterios sobre inserción laboral incorporados en la definición del objeto del contrato.

V.2.2. Uso de variantes

Cuando en la adjudicación se atiendan criterios distintos al precio el órgano de contratación puede tener en cuenta las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores. Esta posibilidad ha de preverse expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares⁶⁷⁶. Sobre qué elementos y en qué condiciones se autoriza su presentación habrá de indicarse en el anuncio de licitación⁶⁷⁷.

Según la Comisión Europea realizar diálogos con los oferentes antes de finalizar las especificaciones técnicas puede ayudar a identificar oportunidades para promover los principios de igualdad de oportunidades y sostenibilidad. Es más, en su opinión "incluso después de realizar una investigación de mercado, es posible que la entidad adjudicadora aún no esté segura sobre como integrar las normas sociales en la especificaciones técnicas concretas. Si este fuera el caso, sería útil solicitar a los posibles oferentes que presenten variantes socialmente responsables"⁶⁷⁸. De esta forma, el órgano de contratación puede utilizar variantes para tomar en consideración las propuestas de los licitadores que incluyan un "plus" o mejora en materia de inserción laboral de personas en situación o riesgo

⁶⁷⁶ Art. 147.1 TRLCSP 2011.

⁶⁷⁷ Art. 147.2 TRLCSP 2011.

⁶⁷⁸ "Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas", Comisión Europea, octubre de 2010. p. 30.

de exclusión social. Este mecanismo ofrece la posibilidad de evaluar si las propuestas presentadas ofrecen algún tipo de ventaja adicional en la consecución de la inserción laboral de las personas aludidas.

Ejemplos de criterios relacionados con la inserción laboral a introducir pueden ser, entre otros, los siguientes: a) “la empresa adjudicataria ha de reservar entre los puestos de ejecución de la obra como mínimo la contratación de 5 trabajadores a jornada completa exclusivamente para la incorporación de trabajadores ofertados por el dispositivo de inserción sociolaboral del ayuntamiento”; b) “el 60% del personal contratado deberá ser personas con convenio de inserción” y c) “acompañamiento individual y grupal de los trabajadores de inserción que deberá ser realizado por un profesional titulado”⁶⁷⁹.

En consecuencia, es posible considerar aspectos relacionados con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social tanto a la hora de definir las especificaciones técnicas –siempre que en el objeto del contrato se haya realizado mención expresa a tales aspectos– como a través de las variantes o mejoras presentadas por los licitadores.

V.3. Cláusulas sobre inserción laboral en la selección de licitadores

Para contratar con el sector público los licitadores han de tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en una prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica, financiera, técnica o

⁶⁷⁹ Ejemplos presentados por GIZATEA en la “I Jornada de intercambio de experiencias sobre el fomento de las empresas de inserción”, Madrid, 20 de octubre de 2009.

profesional o estar debidamente clasificadas en los casos en que la Ley así lo exija⁶⁸⁰.

Al igual que en la Parte Segunda de este trabajo, sólo se hará referencia aquí a las posibilidades que ofrecen las causas de prohibición para contratar y los criterios relativos a la solvencia técnica. Concretamente, se estudia a continuación la posibilidad de introducir cláusulas sobre inserción laboral entre las causas de prohibición y los criterios de solvencia técnica.

V.3.1. Prohibiciones para contratar

Como se constataba en la aludida Parte Segunda la normativa sobre contratación pública enumera un listado de causas que fundamentan la prohibición para contratar con el sector público. Se observaba que algunas de las causas tienen cierta índole social. Por ejemplo, las empresas licitadoras pueden ser excluidas por haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos relativos a la protección del medio ambiente⁶⁸¹ así como por haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden

⁶⁸⁰ Art. 54.1 TRLCSP 2011.

⁶⁸¹ Art. 60.1.a) TRLCSP 2011.

Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto⁶⁸². En consecuencia, en lo que respecta a criterios sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, la única referencia expresa que realiza la normativa como causa de prohibición para contratar es la sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral.

Si se entendiese que las prohibiciones para contratar establecidas en la normativa de contratación pública constituyen una "lista cerrada" no podrían añadirse otras causas diferentes y, por ende, tampoco las relacionadas con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Sin embargo, como ya se constataba en la aludida Parte Segunda, a pesar de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considere que en la normativa comunitaria sobre contratos públicos las causas de exclusión se enumeran "de manera exhaustiva", este carácter no excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de adoptar normas materiales para garantizar, en particular, que se respete el principio de igualdad de trato⁶⁸³. En esta línea, se concluía afirmando que la normativa comunitaria permite a los Estados una amplia facultad de configuración de la lista de causas de prohibición⁶⁸⁴. Por lo tanto, el legislador posee la facultad necesaria para configurar tal lista de manera que incluya causas directamente relacionadas con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. No obstante, aunque tal causa se estableciera, "se trata de una inclusión retórica con mínimos efectos prácticos, y que resulta inoperativa para el objetivo de incorporar cláusulas y contenidos sociales, ya que el órgano de

⁶⁸² Art. 60.1.c) TRLCSP 2011.

⁶⁸³ STJCE 2008\312, apts. 43 y 44.

⁶⁸⁴ Véase el apartado 3.1. "Prohibición de contratar" del capítulo IV de la Parte Segunda del presente trabajo.

contratación no puede declarar por sí mismo la procedencia de la prohibición, sino que requiere la existencia de una infracción grave con carácter firme y declarada por el órgano competente en la materia⁶⁸⁵.

V.3.2. Solvencia técnica

La normativa española sobre contratación pública establece que para celebrar contratos con el sector público ha de acreditarse estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se establezcan por el órgano de contratación. Este requisito se sustituirá por el de clasificación cuando así lo exija la Ley⁶⁸⁶. A su vez, los requisitos mínimos de solvencia que debe reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato. Éstos han de estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo⁶⁸⁷.

Procede recordar que los criterios establecidos para valorar la solvencia técnica y profesional ostentan una finalidad diferente que la de los criterios fijados para la adjudicación del contrato.

En la Parte Segunda se hacía referencia a dos conclusiones tras el análisis de la normativa comunitaria y española sobre contratación pública. Por un lado, se aludía a la diferenciación entre las exigencias de capacidad técnica y los medios o pruebas para su acreditación y, por otro lado, se

⁶⁸⁵ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, p. 42.

⁶⁸⁶ Art. 62.1 TRLCSP 2011.

⁶⁸⁷ Art. 62.2 TRLCSP 2011.

señalaba que las exigencias han de estar directamente relacionadas con el objeto del contrato así como que los medios de acreditación han de demostrar la capacidad técnica para ejecutar un determinado contrato. Se exponía también la existencia de diferentes opiniones sobre la admisibilidad y posibilidad de incorporar criterios sociales en esta fase del procedimiento de contratación. Se constataban así posturas favorables a la integración de los aspectos sociales en esta fase, aunque sea muy limitadamente. Me posicionaba allí favorable a esa opinión, donde defendía la idea de que la exigencia de una determinada "solvencia social" es lícita siempre que se cumplan ciertas condiciones. Por consiguiente, esta "solvencia social" debe estar siempre relacionada con el objeto del contrato, debe servir como indicador de la capacidad técnica de la empresa y no puede ser discriminatoria.

En la Parte Segunda analizaba cómo encajan en la solvencia técnica determinados aspectos, tales como, el grado de estabilidad en la plantilla, la subcontratación, la experiencia, la prevención de riesgos laborales y la siniestralidad laboral. No obstante, en este punto interesa únicamente analizar la posibilidad de incorporar criterios sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en la fase de selección de los licitadores.

A juicio de la Comisión Europea, "los aspectos sociales pueden incluirse en los criterios de selección técnicos sólo si el cumplimiento del contrato exige «conocimientos» específicos en el ámbito social" y "es importante encontrar un equilibrio entre la necesidad de que la entidad adjudicadora cuente con prueba suficiente en cuanto a la capacidad del contratista de cumplir con el contrato y la necesidad de evitar imponer

cargas excesivas en los contratistas⁶⁸⁸. Por tanto, si el contrato exige una capacidad social concreta, por ejemplo, experiencia en materia de inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, pueden incluirse criterios en aras a demostrar la capacidad técnica para ejecutar el contrato en cuestión. Eso sí, ello “no puede hacerse como norma general ni para todos los contratos, puesto que vulneraría los principios básicos de igualdad, no discriminación y libre concurrencia de los licitadores”⁶⁸⁹. En definitiva, no es desproporcionado, en el caso de un contrato que exija la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social, por ejemplo, admitir únicamente a aquellas entidades con acreditada experiencia en la materia, como pueden ser las empresas de inserción⁶⁹⁰. Recuérdese que el criterio en cuestión, en este caso el relacionado con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, ha de especificarse debidamente en el correspondiente pliego. En cuanto al sistema de acreditación de dicha solvencia técnica deben respetarse ciertos requisitos. Primero, el sistema de acreditación debe adaptarse al criterio sobre inserción laboral concreto. Segundo, la exigencia ha de plantearse a través de parámetros objetivos y cuantificables. Tercero, y último, el criterio sobre inserción laboral no

⁶⁸⁸ “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, Comisión Europea, octubre de 2010. p. 36.

⁶⁸⁹ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, p. 43.

⁶⁹⁰ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, p. 43. Se cita como ejemplo lo redactado en el apartado “VI.4. Experiencia, conocimientos y medios técnicos” del “Acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco, sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la comunidad autónoma y de su sector público”, ya mencionado en el apartado 4 del capítulo III, “Normativa de la Comunidad Autónoma del País Vasco” de Parte Segunda.

puede restringir la libre concurrencia por lo que han de evitarse exigencias relativas a categorías concretas de empresas o inscripciones en registros determinados, como podría ser, por ejemplo, la dirigida a empresas de inserción⁶⁹¹.

Una propuesta de redacción en materia de criterios sobre inserción laboral a incorporar en la solvencia técnica de un determinado contrato puede ser la siguiente:

“1. Exigencia de experiencia, conocimientos, equipos y medios técnicos en el desarrollo de formación e integración sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social si el tipo de contrato y el objeto contractual está enfocado a la inserción laboral y, por lo tanto, se requiere experiencia y solvencia profesional en esta materia que aseguren la prestación correcta del contrato (se indicarán en las especificaciones técnicas).

Como medios de acreditación de dicha solvencia técnica:

2. Exigencia de experiencia, conocimientos, equipos y medios técnicos en igualdad de hombres y mujeres y perspectiva de género si el tipo de contrato y el objeto contractual requiere aptitudes específicas en esta materia que aseguren la prestación correcta del contrato (se indicarán en las especificaciones técnicas).

a) Que la empresa cumpla los requisitos exigidos en la Ley 44/2007 de regulación de las empresas de inserción y esté registrada como empresa de inserción.

⁶⁹¹ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, p. 45.

Que el CEE cumpla con los requisitos exigidos en el RD 368/1985 y esté registrado como Centro Especial de Empleo.

b) Compromiso de la empresa licitante, con carácter de obligación contractual a efectos de resolución, de adscribir a la ejecución del contrato medios personales y materiales suficientes para la ejecución del contrato en materia de inserción sociolaboral de personas en situación o riesgo de exclusión social con medios propios o mediante contratación de los servicios especializados con una empresa de inserción. (Especialmente indicado para contratos de gestión de servicios públicos en el ámbito de los servicios sociales y de acción social)⁶⁹².

En resumen, en lo correspondiente a las prohibiciones para contratar con el sector público, el legislador puede configurar la lista de prohibiciones de manera que incluya causas directamente relacionadas con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. En lo que respecta a la solvencia técnica, cuando la realización de un contrato exija una capacidad concreta ligada con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, es posible establecer criterios en aras a demostrar la capacidad técnica para ejecutar el contrato en cuestión.

⁶⁹² “Hacia una contratación responsable. Propuestas para la incorporación de Criterios Sociales en la Contratación Pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid”, Observatorio de la Exclusión Social y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid, febrero de 2010, p. 21.

V.4. Cláusulas sobre inserción laboral en la adjudicación del contrato

Corresponde en este apartado estudiar qué oportunidades otorga la regulación sobre los criterios de adjudicación para valorar los aspectos relacionados con la inserción laboral en esta fase. Se señalaba en la Parte Segunda de este trabajo que a juicio de varios autores la incorporación de cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación ha sido precisamente el medio más utilizado. En ese mismo lugar, se explicaban los criterios de adjudicación: el criterio de la oferta económicamente más ventajosa y el criterio del precio más bajo⁶⁹³.

El criterio del precio más bajo sólo ofrece la posibilidad de valorar un aspecto: el precio. En consecuencia, a la hora de analizar el protagonismo de los criterios sociales en la valoración de la oferta conviene centrarse en el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

Como se anunciaba en líneas anteriores, el fin del presente apartado es analizar la posibilidad de introducir aspectos sobre inserción laboral en la fase de adjudicación del contrato. Para ello, se analizan a continuación las posibilidades existentes en el denominado "criterio de la oferta económicamente más ventajosa" así como en la preferencia para la adjudicación y reserva de contratos.

⁶⁹³ Para obtener información detallada sobre los criterios aludidos obsérvese el apartado 4 del capítulo IV de la Parte Segunda de este trabajo.

V.4.1. Criterio de la oferta económicamente más ventajosa

Se indicaba en la Parte Segunda que este criterio da lugar a la valoración de distintos elementos vinculados al objeto del contrato. Así, ha de buscarse la oferta que presenta la mejor relación calidad/precio. Conviene recordar que “la oferta económicamente más ventajosa” no tiene porqué coincidir con la oferta económicamente más “barata”.

Por su parte, se mencionaba en la misma Parte Segunda que a pesar de que la Directiva 2004/18/CE no recoge los criterios sociales entre los criterios de adjudicación correspondientes a la oferta económicamente más ventajosa, se ofrece una postura favorable a dicha inclusión en su articulado. Eso sí, como también se veía, los criterios de adjudicación deben tener relación con el objeto del contrato, no pueden atribuir a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, han de mencionarse expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y deben respetar los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

La LCSP de 2007 introdujo novedades a la hora de trasponer la Directiva 2004/18/CE –que actualmente mantiene el TRLCSP 2011–, pues, como ya se observaba en el capítulo dedicado específicamente a este tema, incorpora aspectos que la Directiva no menciona. El avance reflejado en la normativa estatal, como ya se adelantaba, no alcanza a mi juicio el máximo grado que podía haberse logrado.

En las próximas líneas se procede a analizar de forma exclusiva la incorporación de aspectos sobre inserción laboral en la fase de adjudicación.

A tenor de la Comisión Europea los criterios que se refieran al grado en que los licitadores empleen a una determinada categoría de personas

son ajenos al objeto del contrato. En esta línea, la Comisión Europea hablaba de los "criterios adicionales" -concepto desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea- manifestando que el criterio de contratar a desempleados de larga duración no guarda relación con los criterios de adjudicación, pero que este criterio puede admitirse si respeta todos los principios del Derecho Comunitario. A su parecer, "un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo (y otros criterios que no estén vinculados al objeto del contrato) puede tenerse en cuenta en la etapa de adjudicación sólo como un «criterio adicional» para poder elegir entre dos licitaciones equivalentes. Según lo dictaminado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2001 en el «caso Wienstrom»⁶⁹⁴ todos los demás criterios de adjudicación (que no sean el criterio adicional) deben estar vinculados al objeto del contrato.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictaminado que el hecho de que uno de un conjunto de diversos criterios de adjudicación impuestos por la entidad adjudicadora sólo pueda ser cumplido por un número reducido de empresas no le convierte en un acto discriminatorio en sí mismo. A su juicio, deberán tenerse en cuenta todos los hechos del caso para decidir si ha existido o no discriminación alguna⁶⁹⁵.

Resulta importante y necesario que los criterios sobre inserción laboral a incorporar entre los criterios de adjudicación guarden estricta relación con la ejecución del contrato. Así, es posible valorar que la empresa licitadora se comprometa, por ejemplo, a que el 30% de la

⁶⁹⁴ "Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas", Comisión Europea, octubre de 2010. p. 40.

⁶⁹⁵ STJUE en el caso C-513/99, *Concordia Bus*.

plantilla destinada a la ejecución del contrato sean personas en situación o riesgo de exclusión social. No obstante, no podrá valorarse –ni exigirse– que la empresa licitadora posea tal porcentaje en la totalidad de su plantilla, es decir, no se tendrá en cuenta el personal de la empresa destinado a trabajos ajenos al del contrato público en cuestión. Sucede lo mismo cuando pretende valorarse la subcontratación con una Empresa de Inserción. En este caso, se estimará “el porcentaje presupuestario del contrato adjudicado, pero nunca respecto al volumen total de facturación de la empresa o a otros contratos con terceros”⁶⁹⁶.

Una propuesta para introducir aspectos de inserción laboral entre los criterios de adjudicación puede ser la siguiente:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, este órgano de contratación atenderá, entre otros, al criterio del número de trabajadores/as (...) con especiales dificultades de acceso al empleo en situación de desempleo que contratarían los licitadores de resultar adjudicatarios para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada.

2. A este criterio se le atribuirá una ponderación del 10 por 100 del total de baremación de las ofertas presentadas para la adjudicación del presente contrato, otorgándose un 5 por 100 por el compromiso de incorporar 2 trabajadores/as y otorgándose también el otro 5 por 100 si el compromiso es de incorporar más de 2 trabajadores/as”⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, pp. 57 y 58.

⁶⁹⁷ “Hacia una contratación responsable. Propuestas para la incorporación de Criterios Sociales en la Contratación Pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid”, Observatorio de la Exclusión Social y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid, febrero de 2010, p. 29.

Se aconseja otorgar al criterio de adjudicación sobre inserción laboral una ponderación entre el 10% y el 25% del total del baremo de adjudicación.

En definitiva, la introducción de criterios sobre inserción laboral en la fase de adjudicación de contratos públicos descrita en líneas anteriores constituye una acción positiva dirigida a paliar la situación de inferioridad que sufren las personas en situación o riesgo de exclusión social. Por tanto, coincido plenamente con la opinión de que "en toda licitación pública se pueda discriminar positivamente o favorecer a quien más aporta a la sociedad en su conjunto, como un criterio de valoración transversal y general"⁶⁹⁸.

V.4.2. Preferencia para la adjudicación de contratos y reserva de contratos

A continuación se estudiará, por un lado, la introducción de cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social como criterio de preferencia para la adjudicación de contratos y, por otro lado, la reserva de contratos para empresas dedicadas a la inserción laboral (por ejemplo, Empresas de Inserción) o que se comprometan a contratar personas en la situación anteriormente descrita.

a) Preferencia para la adjudicación de contratos

La Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP 2011, bajo la rúbrica "Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo

⁶⁹⁸ ROMÁN VACA, 2008, p. 122.

de lucro”, establece la preferencia a la hora de adjudicar contratos cuando se den unas determinadas circunstancias⁶⁹⁹. Así, los órganos de contratación pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, *para las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.*

Como subrayaba en la Parte Segunda de este trabajo, los órganos de contratación pueden establecer otras preferencias de adjudicación en los pliegos.

La preferencia que recoge la Disposición Adicional Cuarta no es más que la regulación legal del ya mencionado “criterio adicional”, concepto desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el apartado anterior de este trabajo se observaba como a juicio de este Tribunal un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo puede valorarse en la fase de adjudicación sólo como un criterio adicional en aras a elegir entre dos ofertas equivalentes.

En la medida en que el criterio de preferencia se presenta como un criterio de desempate entre dos ofertas equivalentes, en la práctica resulta una preferencia de excepcional aplicación puesto que difícilmente se dan situaciones de empate entre ofertas. Ello conlleva que la preferencia, en la manera legalmente establecida, resulte ineficaz, por lo que conviene

⁶⁹⁹ Puede observarse la regulación completa de la DA 4ª, así como un breve análisis al respecto, en el apartado 4.2 del capítulo IV de la Parte Segunda.

añadir y establecer disposiciones adicionales para garantizar una verdadera preferencia de adjudicación⁷⁰⁰.

A juicio de alguna autora debe entenderse que la Ley de Contratos del Sector Público “no sólo otorga prioridad en el desempate entre ofertas equivalentes a las empresas de inserción en sentido estricto, sino también a aquellas entidades que, sin serlo, se comprometan a contratar excluidos sociales por encima del parámetro indicado”⁷⁰¹.

En cuanto a posibles propuestas de redacción de cláusulas sobre preferencia de adjudicación se recomienda recoger lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP 2011 junto con disposiciones adicionales que otorguen una verdadera eficacia a lo regulado legalmente. En esta línea, puede establecerse por ejemplo que, si la diferencia entre dos ofertas radica sólo en centésimas, pueda adjudicarse el contrato a la empresa que se comprometa a contratar personas en situación o riesgo de exclusión social por encima del parámetro legalmente establecido.

b) Reserva de contratos

La reserva de contratos se regula en la Disposición Adicional Quinta del TRLCSP 2011. La misma establece que puede *reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 % de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones*

⁷⁰⁰ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, pp. 52 y 53.

⁷⁰¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2009, p. 87.

normales. La ley añade que en el anuncio de licitación ha de hacerse referencia a dicha disposición.

La reserva de contratos es, como se decía anteriormente, una de las novedades más importantes introducida por la LCSP de 2007 –que, hoy día, mantiene el TRLCSP 2011-. La misma supone no someter a concurrencia pública un determinado contrato y reservarlo o “guardarlo” para cierto tipo de entidades. Como ha podido observarse, la norma estatal únicamente menciona entre tales entidades a los Centro Especiales de Empleo, lo que plantea la siguiente cuestión: ¿es posible establecer una reserva de contratos para las Empresas de Inserción?

Pues bien, aunque el TRLCSP 2011 no menciona las Empresas de Inserción explícitamente no hay motivo alguno para sostener que la alusión a los Centro Especiales de Empleo sea *numerus clausus*. Es más, en mi opinión llama la atención que la norma aludida no menciona a las Empresas de Inserción en la disposición analizada al igual que hacía en la disposición sobre preferencias para la adjudicación. Al fin y al cabo, si se estima que este tipo de empresas son merecedoras de una preferencia a la hora de adjudicar los contratos públicos, existe argumentación similar para pensar que procede también una reserva de mercado a su favor. Parece más lógico interpretar que la norma estatal sobre contratación pública se ha ceñido a la mención que la Directiva 2004/18/CE realiza al “empleo protegido”, pues ésta no puede especificar las figuras concretas que existen en cada estado miembro en esta materia, y que lo que indica la Disposición Adicional Quinta ha de interpretarse conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Cuarta⁷⁰². En la medida en que el TRLCSP 2011 es posterior a la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del

⁷⁰² “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, p. 47.

régimen de las empresas de inserción, tampoco cabe hoy día justificar la ausencia de tal referencia expresa bajo el pretexto de que este tipo de empresas carecen de personalidad jurídica⁷⁰³. Esta situación pudo ser motivo para no realizar una mención expresa a las Empresas de Inserción en la Ley del 2007. Si fue esta la causa, en la actualidad no existe tal impedimento, por lo que se debería modificar la Disposición Adicional Quinta de manera que haga alusión expresa a las Empresas de Inserción.

En la medida en que la Directiva 2004/18/CE⁷⁰⁴ se aplica a los contratos públicos cuyo importe es igual o superior al mínimo establecido y las figuras del contrato menor y el procedimiento negociado sin publicidad se encuentran por debajo de tales umbrales, se ha procedido a establecer reservas a favor de las Empresas de Inserción de forma exclusiva en este tipo de procedimientos. Esta práctica ha sido desarrollada, entre otras, por la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Cataluña. No obstante, existen experiencias que abogan por la reserva en cualquier tipo de procedimiento de contratación, sin limitación alguna. Este es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Foral de Navarra. A mi parecer, no existe argumento de peso para limitar la reserva al procedimiento negociado sin publicidad y al contrato menor. Si no existe tal limitación para los Centros Especiales de Empleo tampoco debería existir para el caso de las Empresas de Inserción pues ambas coinciden en función social. Por tanto, parece necesaria la corrección de la Disposición Adicional Quinta, acogiendo expresamente a las Empresas de Inserción entre las entidades beneficiarias

⁷⁰³ Esta disculpa fue una de las más utilizadas a fin de explicar la falta de referencia expresa a las empresas de inserción en el articulado de la LCSP de 2007, aprobada mes y medio antes que la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

⁷⁰⁴ Véase el art. 7 de la Directiva en cuestión.

de la reserva así como la desaparición de cualquier tipo de límite vinculado al tipo de procedimiento para su aplicación.

Ha de señalarse que la facultad de establecer la reserva de contratos está en manos de la voluntad de la Administración Pública. Es decir, es competencia del órgano adjudicador decidir si establece o no la reserva en los pliegos correspondientes a cada contrato particular. En este sentido, resulta posible y positivo que los órganos de contratación asuman el compromiso de adjudicar anualmente un importe o un porcentaje determinado a través de los contratos reservados a las Empresas de Inserción. Esto último ha sido adoptado en varias administraciones públicas de algunas Comunidades Autónomas, entre ellas, la Comunidad Autónoma del País Vasco. Sin embargo, aunque haya procedido a establecerse cupos o reservas de este tipo mediante acuerdos o disposiciones de diferente índole, no ha llegado a reflejarse en la realidad de actuación de los órganos de contratación. Por ello, estimo necesaria la aplicación práctica y real de este tipo de acuerdos y disposiciones para que no se conviertan en simples manifestaciones de voluntades.

Una propuesta de redacción de una cláusula sobre reserva de contratos puede ser, entre otras, la siguiente:

“Los departamentos, organismos autónomos, entes públicos de derecho privado y entidades pertenecientes al sector público de la Administración de la Comunidad de (...) deben reservar anualmente determinados contratos a empresas de inserción registradas, a centros especiales de empleo o entidades sin ánimo de lucro que tengan como objeto la inserción social y laboral de personas desfavorecidas o en situación de exclusión social.

La cuantía económica global de la referida reserva se fijará anualmente por la Consejería de Economía y Hacienda. A tal efecto, los departamentos competentes en materia de inserción laboral de los colectivos beneficiarios de la reserva, previa consulta con las asociaciones empresariales representativas de dichos sectores, presentarán al Departamento de Hacienda la cifra de negocios correspondiente al año anterior de los distintos sectores empresariales beneficiarios de la reserva.

En todo caso, la reserva no podrá ser menor a 3.000.000 € ni superior al 10% del importe contratado en el ejercicio anterior por los procedimientos menores y negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Se facilitarán a todas las consejerías, departamentos, organismos autónomos y empresas públicas una relación de estas empresas y sus productos y servicios con el fin de facilitar el cumplimiento de esta reserva de mercado.

La reserva a empresas de inserción registradas y a las entidades sin ánimo de lucro de inserción sociolaboral se aplicará únicamente a través de contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía económica. (...).

Únicamente podría justificarse el incumplimiento del indicado porcentaje de reserva en la falta de presentación de ofertas aceptables en los expedientes en los que se solicitaron o en la no inscripción en el Registro de Contratistas de empresas que cumplan los requisitos se adecuen al objeto contractual reservable⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ “Hacia una contratación responsable. Propuestas para la incorporación de Criterios Sociales en la Contratación Pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid”, Observatorio de la Exclusión Social y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid, febrero de 2010, pp. 35 y 36.

En definitiva, en referencia a la preferencia de adjudicación de contratos, se debe cumplir con lo establecido por el TRLCSP 2011. A su vez, se debe desarrollar o complementar la misma con disposiciones que garanticen la eficacia de la preferencia a favor de las Empresas de Inserción en aras a evitar su aplicación como una mera cláusula de desempate de empates casi imposibles. En segundo lugar, en lo que corresponde a los contratos reservados, procede interpretar la normativa de manera que posibilite también la reserva a favor de las Empresas de Inserción y no exclusivamente a favor de los Centros Especiales de Empleo. En la misma línea, sería positivo eliminar los límites vinculados a los tipos de procedimientos de contratación aludidos, evitando que las disposiciones adoptadas se conviertan en simples manifestaciones de intenciones y que los órganos de contratación asuman el compromiso de destinar un determinado porcentaje o importe anual para la realización de las reservas de mercado.

V.5. Cláusulas sobre inserción laboral a la hora de valorar la ofertas anormalmente bajas

Cuando para la adjudicación se tenga en cuenta más de un criterio de valoración, pueden establecerse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se considerará que la proposición no puede ser cumplida debido a la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Se mencionaba en la Parte Segunda de este trabajo que en opinión de parte de la doctrina también cabe la posibilidad de atender aspectos sociales cuando se valoran las ofertas anormalmente bajas. De la normativa analizada en el capítulo IV de dicha Parte se concluía la posibilidad de evaluar el cumplimiento de las disposiciones relativas a la

protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar de ejecución del contrato para calificar si la oferta es o no desproporcionada. Mencionaba en este sentido que no veo inconveniente para que los órganos de contratación establezcan en los pliegos otras condiciones de contenido similar. No obstante, en lo correspondiente a la introducción de criterios sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, ha de señalarse que difícilmente puede atenderse esta temática a la hora de valorar la anormalidad proporcional de la oferta presentada. Es decir, como se ha comprobado a lo largo del estudio aquí expuesto, a través de la incorporación de criterios sobre inserción laboral se pretende un "plus" o la incorporación de un elemento "añadido" al cumplimiento obligatorio de la normativa en vigor. Por tanto, mientras puede defenderse con firmeza que la inclusión de criterios sobre inserción laboral constituye un elemento a valorar de forma positiva en todas las fases del procedimiento de contratación, resulta inadecuado –y, quizá, excesivo– valorar la no inclusión de tales criterios de manera negativa, es decir, restando puntos a las ofertas que no incorporen criterios sobre esta materia. Es posible, incluso plausible, "premiar" o reconocer de alguna manera las ofertas que contribuyen a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, pero no procede, en cambio, "castigar" o menospreciar a aquellas que no lo hagan. Por tanto, no se realizará en este lugar análisis alguno sobre la posibilidad de introducir elementos sobre inserción laboral para valorar las ofertas como anormalmente desproporcionadas.

V.6. Cláusulas sobre inserción laboral en la ejecución del contrato

Los órganos de contratación pueden exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato. Éstas deben ser compatibles con el Derecho comunitario y han de indicarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Como se mencionaba en la Parte Segunda del presente trabajo, las condiciones de ejecución de un contrato pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social. Eso sí, tales condiciones no pueden ser directa o indirectamente discriminatorias.

Entre las finalidades a perseguir mediante la introducción de este tipo de condiciones, en la Directiva 2004/18/CE se señalaban, entre otras, las siguientes: favorecer el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción y combatir el paro.

El TRLCSP 2011, por su parte, en cuanto al objeto de las mismas establece que pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral y combatir el paro.

Ha de recordarse que para el caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución los pliegos o el contrato pueden establecer penalidades o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales, así como carácter de infracción grave. En este sentido, el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción, puede llegar a ser circunstancia que impida a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas.

En la Parte Segunda se subrayaba que en opinión de una gran parte de la doctrina y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del

Estado, la vía más adecuada para la integración de las cláusulas sociales es su inclusión como condiciones de ejecución del contrato.

A tenor de algunos autores el principal problema que plantea la inclusión de condiciones especiales de ejecución es respetar los principios de igualdad y no discriminación. A pesar de ello, y como ya aludía en su momento⁷⁰⁶, es casi unánime la opinión favorable a la inclusión de este tipo de cláusulas en la ejecución del contrato, opinión que también comparto.

En esa línea, la introducción de criterios sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social entre las condiciones de ejecución del contrato goza de un gran respaldo, es más, ésta es la vía más utilizada hoy día para la introducción de aspectos sobre inserción laboral.

En definitiva, la normativa sobre contratación pública en vigor señala expresamente la posibilidad de incorporar condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral, es aconsejable que el Pliego incluya un Anexo-Modelo para que las empresas adjunten junto a la documentación administrativa una declaración jurada manifestando su conocimiento y conformidad con las condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral y conviene indicar en el Pliego que las condiciones de ejecución sobre inserción laboral ostentan carácter de obligaciones contractuales esenciales⁷⁰⁷.

La Comisión Europea destaca que “las entidades adjudicadoras cuentan con un amplio margen de posibilidades a la hora de elaborar las

⁷⁰⁶ Véase el apartado 5 del capítulo IV de la Parte Segunda de este trabajo.

⁷⁰⁷ “Guía práctica para la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública”, Diputación de Granada, 2010, p. 61.

cláusulas contractuales en materia social” y enumera algunos ejemplos, entre ellos, la obligación de dar trabajo a desempleados⁷⁰⁸.

Otros ejemplos en la misma línea que el mencionado por la Comisión Europea pueden ser la obligación de que el adjudicatario emplee en la plantilla que ejecutará el contrato un porcentaje o un número determinado de personas en situación o riesgo de exclusión social o que subcontrate un porcentaje del importe de adjudicación con una Empresa de Inserción⁷⁰⁹.

Cabe precisar que las cláusulas que obliguen con carácter general a las empresas adjudicatarias a contratar personas en un determinado municipio o comunidad autónoma así como a personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo de un lugar determinado lesionan el principio de no discriminación e igualdad de trato⁷¹⁰

Una propuesta de redacción de una condición especial de ejecución sobre inserción laboral puede ser la siguiente:

“Exigencia de incorporación, en la ejecución de la prestación del servicio contratado, de al menos un 20% de personas desempleadas, con especiales dificultades de acceso al empleo (...).

⁷⁰⁸ “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”, Comisión Europea, octubre de 2010. p. 45.

⁷⁰⁹ Ejemplos recogidos en la página web de FAEDEI, concretamente en el siguiente enlace: <http://www.faedei.org/clausulas-sociales/contratación/ejecución>. La misma página ofrece ejemplos reales, entre ellos, el siguiente del ayuntamiento de Girona: “El contractista adjudicatari està obligat a reservar 3 llocs de treball per èsser ocupat per tres treballadors seleccionat per la pròpia empresa entre els proposats per l'Ajuntament. L'expressada clàusula es configura com a condició de compliment del contracte ja adjudicat i no actuarà com a criteri de participació ni d'adjudicació en el procés selectiu”.

⁷¹⁰ CUBA VILA, 2011, p. 1376.

Debería quedar concretado por los órganos de contratación un número mínimo de, por ejemplo, un trabajador o trabajadora (...) con especiales dificultades de acceso al empleo en situación de desempleo (absolutamente asumible por todas las empresas) que deba ser contratado como condición para la ejecución del contrato.

Se entiende necesario fijar al menos este número mínimo para que esta medida no quede vacía de contenido, sin perjuicio de que pueda determinarse un número superior, en función del contrato de que se trate.

La medida sería de obligado cumplimiento para todas aquellas empresas que resulten adjudicatarias del contrato en cuestión.

No obstante, puede darse el caso de que la empresa adjudicataria al tratar de contratar a esa o esas personas no las encuentre por no haberlas podido proporcionar las oficinas de empleo o tampoco haberse podido contratar a través de otros procedimientos de selección habituales. Ante ello, y siempre que se acredite debidamente tal imposibilidad, el órgano de contratación podría autorizar la sustitución de la obligación fijada por alguna otra medida como, por ejemplo, subcontratar el 5% del importe del contrato a Empresas de Inserción o a Centros Especiales de Empleo, siempre que exista oferta de productos y servicios por parte de estas empresas.

Para ello, la Comunidad de (...) pondrá a disposición de las empresas adjudicatarias una relación de estas empresas y sus productos y servicios con el fin de facilitar el cumplimiento de la condición obligatoria de ejecución. O bien, por un importe equivalente a la contratación de una persona (...) con especiales dificultades de acceso al empleo.

Si se diera el supuesto extremo de que realmente por la naturaleza o características del contrato a celebrar no pueda incluirse esta obligación,

sería deseable que el propio órgano de contratación motivara esa imposibilidad por escrito en los mismos pliegos⁷¹¹.

En resumen, la fase de ejecución del contrato es la fase que mayores oportunidades otorga para atender aspectos sobre inserción laboral. Debido a ello, son abundantes los ejemplos prácticos desarrollados en este sentido, lo que no impide en modo alguno que se avance más en esta línea y se establezcan condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral más detalladas y comprometidas.

V.7. Breve conclusión sobre la inclusión de cláusulas sobre inserción laboral en las fases del procedimiento de contratación pública

Con la inclusión de la inserción laboral en la definición del objeto del contrato, se pretende la integración de dicha temática en contratos públicos que en principio no tienen objetivos sociales. Es decir, sumar la inserción laboral –como fin- a contratos cuyo objetivo esencial no sea de índole social. En este sentido, resulta necesaria la mención expresa a la exigencia de la inserción laboral en la definición del objeto del contrato correspondiente. Por tanto, el objeto del contrato ha de mencionar expresamente los aspectos sobre inserción laboral que servirán de base para introducir cláusulas de esta índole en las demás fases del contrato.

⁷¹¹ “Hacia una contratación responsable. Propuestas para la incorporación de Criterios Sociales en la Contratación Pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid”, Observatorio de la Exclusión Social y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid, febrero de 2010, pp. 25 y 26.

También se pueden introducir aspectos relacionados con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en las especificaciones técnicas. Por un lado, a la hora de definir las especificaciones en cuestión, eso sí, siempre que el objeto del contrato haya realizado mención expresa a dichos aspectos. Por otro lado, mediante las variantes o mejoras presentadas por los licitadores.

En lo relativo a la inclusión de cláusulas sobre inserción laboral en la selección de los licitadores, es recomendable configurar la lista de prohibiciones para contratar con el sector público aludiendo a motivos directamente relacionados con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. A su vez, se pueden establecer criterios con el fin de demostrar la capacidad técnica para ejecutar un contrato que exige una capacidad concreta sobre inserción laboral. En general, la exigencia de una determinada "solvencia social" es, a mi juicio, lícita siempre que se cumplan ciertas condiciones, a saber: estar relacionada con el objeto del contrato, servir como indicador de la capacidad técnica de la empresa y no ser discriminatoria.

A la hora de introducir elementos sobre inserción laboral en la adjudicación de contratos públicos han de subrayarse, sobre todo, tres posibilidades. En primer lugar, han de introducirse aspectos sobre inserción laboral entre los criterios que determinan la oferta económicamente más ventajosa en la medida en que constituyen una acción positiva destinada a atenuar la situación de inferioridad de las personas en situación o riesgo de exclusión social. En segundo lugar, en cuanto a la preferencia de adjudicación de contratos, ha de cumplirse lo establecido por el TRLCSP 2011. Eso sí, se estima necesario el desarrollo de dicha normativa con disposiciones que aseguren la eficacia de la preferencia a favor de las Empresas de Inserción. En tercer lugar, en lo

referente a los contratos reservados, han de elaborarse y desarrollarse fórmulas que posibiliten también la reserva a favor de las Empresas de Inserción. Así, deben eliminarse los límites vinculados a los tipos de procedimientos de contratación y los órganos de contratación han de asumir el compromiso de destinar un determinado porcentaje o importe anual a la reserva de mercado.

Finalmente, la fase de ejecución del contrato es la fase que mayores oportunidades ofrece a la hora de incorporar aspectos sobre inserción laboral. En la actualidad la mayoría de las cláusulas sobre inserción laboral se encuentran incorporadas en esta fase. No obstante, es posible avanzar todavía más y establecer condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral más exigentes.

PARTE CUARTA

ESTUDIO DE CASOS. LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LOS AYUNTAMIENTOS: 1) AYUNTAMIENTO DE DIMENSIÓN GRANDE (BARCELONA); 2) AYUNTAMIENTO DE DIMENSIÓN MEDIANA (AVILÉS) Y 3) AYUNTAMIENTO DE DIMENSIÓN PEQUEÑA (VARIOS)

En esta parte del trabajo se estudia la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública de diferentes ayuntamientos. Dicho análisis se divide atendiendo a las diferentes dimensiones –por número de habitantes- de los ayuntamientos. Por tanto, se trae a colación la experiencia de tres tipos de ayuntamientos: grande, mediano y pequeño. Concretamente, el ayuntamiento de grandes dimensiones es el de Barcelona (más de 1.000.000 de habitantes) y el de dimensión mediana el de Avilés (entre 50.000 y 100.000 habitantes).

Las experiencias de estos ayuntamientos no se han elegido al azar. Las razones para elegirlos, analizarlos y defenderlos como modelo o patrón a seguir son de gran relevancia, entre las que pueden destacarse: su carácter pionero como modelo integral y estructurado aplicable en el seno de un ayuntamiento según su dimensión así como su estado avanzado sobre la materia y los resultados positivos obtenidos.

En cuanto a la división realizada por dimensiones –tomando como punto de referencia el número de habitantes de los municipios en

cuestión- es importante destacar dos aspectos. Los ayuntamientos de mayores dimensiones gozan de mayores competencias y recursos de todo tipo, por lo que se encuentran en mejor situación para implantar y desarrollar cláusulas sobre inserción laboral en su contratación pública, con una mayor probabilidad de obtener mejores resultados. No obstante, atendiendo a los datos estadísticos⁷¹², los ayuntamientos de grandes dimensiones representan un pequeño porcentaje frente a los de mediana y pequeña dimensión por lo que habrá que buscar y establecer métodos y mecanismos viables y accesibles para que éstos también puedan incorporar cláusulas sobre inserción laboral en sus contratos públicos. Es más, partiendo de la premisa de que en la mayoría de los casos la voluntad de implementar estas cláusulas proviene de los ayuntamientos de pequeña dimensión resulta todavía más necesaria la búsqueda de los métodos y mecanismos mencionados.

Así, mediante la exposición de estas tres experiencias se pretende ofrecer modelos o ejemplos a seguir para ayuntamientos que quieran trabajar mejor la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social a través de la contratación pública.

En la Comunidad Autónoma del País Vasco son varios los ayuntamientos que han elaborado e implantado modelos en este sentido. No obstante, las experiencias de éstos difícilmente pueden catalogarse como modelos globales e integrales y no obtienen el grado tan avanzado que poseen los ayuntamientos de Barcelona y Avilés. A su vez, en la línea de lo aludido precedentemente, los ayuntamientos que están trabajando en estas vías son ayuntamientos de pequeñas dimensiones y de ámbitos de actuación muy limitados económica y competencialmente. Sin

⁷¹² Los datos pueden consultarse en: <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do>

embargo, también se constata que ayuntamientos de significativa importancia en cuanto a dimensiones y poder de actuación carecen de sistemas globales e integrales para la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en su contratación pública. Entre ellos se encuentra el Ayuntamiento de Bilbao.

CAPÍTULO I:

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE AYUNTAMIENTOS DE GRANDES DIMENSIONES: EL CASO DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

En las próximas líneas se estudiará la integración y aplicación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Barcelona.

Antes de proceder al estudio anunciado considero conveniente advertir sobre las principales fuentes de información consultadas a tal fin. Debido a la falta de documentación o cualquier tipo de información publicada oficialmente, la autora de este trabajo se ha visto obligada a recurrir a otro tipo de fuentes, entre ellas, la realización de entrevistas personales al personal del Ayuntamiento de Barcelona dedicado a la contratación pública e implicado en la elaboración e implementación de las cláusulas sobre inserción laboral. En especial, han sido las entrevistas personales mantenidas con el Secretario Delegado del Sector de Servicios Generales⁷¹³ y máximo promotor y encargado de la implementación y

⁷¹³ Antoni Galiano Barajas.

desarrollo de cláusulas sobre inserción laboral en el Ayuntamiento de Barcelona, las que han propiciado la obtención de la información necesaria para el desarrollo de este trabajo. Como no podía ser de otra manera, también han sido consultadas otras fuentes de información disponibles a las que se hará alusión en su correspondiente lugar a lo largo de las líneas siguientes.

1.1. Datos del sector de las Empresas de Inserción en Cataluña

Según la Memoria Social del año 2009 de la Federación de Asociaciones Empresariales de Inserción⁷¹⁴, las empresas de inserción inscritas en el Registro de Empresas de Inserción del Estado español son 149. Es un dato significativo que de ellas 48 corresponden a Cataluña (y otras 48 al País Vasco).

De las alrededor de las 3000 personas empleadas en todo el Estado español, 1412 se sitúan en Cataluña. De éstas últimas, el 52% son mujeres.

En el volumen de la facturación global destacan Cataluña y País Vasco. Entre ambas Comunidades Autónomas suman algo más de las dos terceras partes del total de facturación de las empresas de inserción en el Estado español. La facturación correspondiente al conjunto de este tipo de empresas a nivel estatal es de 54.254.172 euros, mientras que la correspondiente a Cataluña es de 19.893.848 euros. No obstante, según los datos ofrecidos por la fuente de información mencionada en el inicio

⁷¹⁴ Los datos que se indican a lo largo de este apartado han sido obtenidos de esta Memoria Social –pues no se han publicado memorias más recientes-. La misma puede consultarse en: http://www.faedei.org/sites/default/files/file/Memorias%20y%20Balances/B537_memoria_FAEDEI.pdf

de este capítulo, la facturación de las empresas de inserción catalanas asciende a 25.000.000 en el año 2011, una cifra que refleja un incremento considerable.

La forma jurídica adoptada por la mayoría de las empresas de inserción en el Estado español es la de sociedad limitada –tanto limitada pluripersonal como unipersonal-. Esta forma jurídica representa el 83% del total. Las empresas de inserción son promovidas, sobre todo, por Fundaciones y Asociaciones (79%). Un 4% son participadas por cooperativas, un 3% son participadas por entidades públicas y un 6,6% por otro tipo de entidades.

En el contexto de la crisis actual, es importante destacar que el número de personas en situación o riesgo de exclusión social ha aumentado en los últimos años –y, seguramente, seguirá aumentando– por lo que la labor y presencia de las empresas de inserción resulta todavía más importante para limitar los efectos de la pobreza y exclusión social.

1.2. Antecedentes en el Ayuntamiento de Barcelona

Si bien el objeto esencial de análisis relativo a la experiencia aquí expuesta es la Medida de Gobierno del Pleno de 2008 (a tratar detenidamente en el apartado IV de este Capítulo), es conveniente hacer referencia a dos de los antecedentes más destacados en materia de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública.

En primer lugar, en marzo de 2002, el Pleno del Consejo Municipal adoptó la Medida de Gobierno para el fomento de la ocupación y la contratación municipal. Esta medida, como su propio nombre indica,

aboga por el fomento de la ocupación laboral a través de la contratación municipal de Barcelona.

En segundo lugar, en enero de 2006, el Pleno del Consejo Municipal adoptó la Medida de Gobierno municipal sobre la ambientalización de los contratos municipales⁷¹⁵. Esta Medida de Gobierno trata, sobre todo, de introducir parámetros ambientales en el conjunto de la acción municipal. Concretamente, se propone la introducción de cláusulas ambientales en los Pliegos Tipo de la contratación municipal; incrementar las acciones de formación e información específica en esta materia; elaborar publicaciones informativas dirigidas a proveedores y empresas; y encargar la elaboración de un informe anual a la Comisión Municipal Agenda 21.

1.3. Marco jurídico de referencia

La experiencia del Ayuntamiento de Barcelona aquí descrita parte del marco jurídico expuesto en la Parte Segunda de este trabajo. Por tanto, puede obtenerse una información más completa al respecto en la Parte indicada.

Sin embargo, sólo en aras a recordar las principales normas sobre la materia allí expuestas, conviene realizar una breve enumeración y matización. En primer lugar, en el ámbito de la Unión Europea, está la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En segundo lugar, aunque la norma en vigor en el ámbito del Estado español

⁷¹⁵ Obsérvese información resumida sobre esta Medida de Gobierno en:

<http://www.bcn.es/agenda21/ajuntamentsostenible/castellano/documents/documentos.pdf>

sea el TRLCSP 2011, ha de subrayarse que la Medida de Gobierno que aquí va a estudiarse se enmarca en el contexto de la LCSP de 2007 ya que dicha Medida fue aprobada en el año 2008. Ambas normas, como ya se ha aludido en los capítulos destinados a su análisis, además de regular los aspectos relacionados estrictamente con la contratación pública, proporcionan la posibilidad de instrumentar esta técnica administrativa como una política social activa. Entre los fines de esta política se pueden encontrar, entre otros, el de la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Su consecución vendrá, como se expone a lo largo de todo este trabajo, mediante la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en las diferentes fases del procedimiento de contratación. Esto es, precisamente, lo experimentado en la contratación pública del Ayuntamiento de Barcelona y objeto de estudio del presente capítulo.

1.4. Punto de partida: Medida de Gobierno del Pleno de diciembre de 2008

En las siguientes líneas se observarán las principales dimensiones de la Medida de Gobierno adoptada en la sesión plenaria de diciembre de 2008 del Ayuntamiento de Barcelona. Las dimensiones primordiales de la Medida en cuestión son que: a) establece los contratos y la cuantía vinculada a reserva social, b) implanta la distribución de la reserva social entre los diferentes entes del Ayuntamiento, c) impulsa la incorporación de cláusulas sociales al resto de pliegos administrativos particulares y técnicos, d) aumenta la información, formación y asesoramiento específico sobre la materia, e) promueve la contratación pública como palanca de cambio en materia de empleo y f) se constituye la Comisión de Contratación Responsable.

I.4.1. Establecimiento de los contratos y la cuantía vinculada a reserva social

Uno de los aspectos fundamentales asentado mediante la Medida de Gobierno objeto de análisis es, sin duda, el establecimiento de los contratos y la cuantía vinculada a la reserva social. Ésta se prevé para los contratos menores y negociados sin publicidad y con consulta que, a su vez, tengan por objeto: una obra, la conservación y mantenimiento de bienes inmuebles, mensajería, artes gráficas, limpieza, lavandería, restauración, recogida y transportes de residuos y trabajos auxiliares.

Las obras y servicios se contratarán con empresas de inserción laboral de personas con discapacidad, empresas de inserción sociolaboral y entidades sin ánimo de lucro. Estas empresas han de estar inscritas en el Registro constituido al efecto por la Generalitat de Cataluña.

En lo que a la cuantía se refiere, ésta no será inferior a 5 millones de euros ni superior al 20% del cómputo total de euros destinado a la contratación pública. Esta cuantía viene reservándose desde el ejercicio económico del 2009 hasta el actual y ha de aplicarse a todos los grupos que constituyen el Ayuntamiento.

I.4.2. Distribución de la reserva social

La distribución de la reserva social aludida en líneas precedentes se realiza a través de una instrucción interna de Gerencia Municipal. Ésta establece la repartición de la reserva en las cantidades que resultan aplicables a cada departamento del Ayuntamiento. En el caso de que un departamento supere la cantidad de reserva asignada, la diferencia en cuestión puede computar a los efectos de consecución de la cantidad global.

A fin de realizar un eficaz control y seguimiento del cumplimiento de la reserva social, los diferentes departamentos del Ayuntamiento han de mantener actualizada la información correspondiente a los contratos de dicha reserva. Para ello, se utilizará la aplicación informática usada para la realización de la contratación pública del Ayuntamiento. Si no fuera posible utilizarlo, ha de remitirse trimestralmente una ficha⁷¹⁶ a la Gerencia de Servicios Generales y Coordinación Territorial en aras a reunir todos los datos necesarios relacionados con los contratos mencionados.

Como ejemplo de experiencias en este sentido, pueden traerse a colación dos casos concretos. En el primero de ellos, en el ejercicio económico del año 2009, se adjudicó el lote de cuatro servicios auxiliares de gestión de cinco aparcamientos municipales a una empresa de inserción⁷¹⁷ por valor de 691.112 euros. En el segundo de los casos, se ha contratado la conservación y el mantenimiento de más de una docena de parques y jardines de Barcelona por un valor total de 1.101.580 euros⁷¹⁸. Este último contrato se ha realizado mediante el procedimiento reservado regulado en la Disposición Adicional séptima de la Ley de Contratos del Sector Público analizada previamente en el presente trabajo.

Algunas cifras ofrecidas por el Ayuntamiento de Barcelona pueden reflejar de mejor manera la cuantía dineraria destinada por el Ayuntamiento a la reserva social así como el número de ocupaciones logrado mediante él. Así, entre los años 2009 y 2010, se han destinado

⁷¹⁶ La ficha utilizada para el control y seguimiento de la reserva social puede consultarse en: <http://www20.gencat.cat/portal/site/empresaocupacio/menuitem.347153a44635ea01a6740d63b0c0e1a0/?vgnextoid=c3731b188b9af110VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=c3731b188b9af110VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&vgnnextfmt=default>

⁷¹⁷ La empresa de inserción se denomina "Barcelona de servicios municipales S.A. (B:SM, SA)".

⁷¹⁸ En este caso, el adjudicatario es el "Instituto Municipal de parques y jardines".

10,9 millones de euros a la contratación social mientras que el total de las ocupaciones conseguidas asciende a un total de 7.896 concentradas en personas en situación o riesgo de exclusión social.

I.4.3. Incorporación de cláusulas sociales al resto de pliegos administrativos particulares y técnicos

La incorporación de cláusulas sociales se extiende a todos los pliegos administrativos particulares y técnicos del resto de contratos. Será el órgano responsable del contrato quien determine, caso a caso, si el objeto del contrato ofrece la posibilidad de incorporar cláusulas sociales, ya sea como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución.

A tal fin, el “Programa Ayuntamiento + Sostenible” y la Gerencia de Servicios Generales ofrecen asesoramiento a todos los departamentos del Ayuntamiento⁷¹⁹.

I.4.4. Información, formación y asesoramiento específico

Es significativo el aumento de la información, formación y asesoramiento ofrecido en materia de cláusulas sociales por el Ayuntamiento de Barcelona.

En primer lugar, se ha incorporado un enlace en la intranet municipal con el directorio denominado “compra social”. En el mismo se ofrece el listado e información correspondiente a las empresas inscritas en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción Social de Catalunya.

⁷¹⁹ El asesoramiento puede solicitarse y obtenerse mediante: contractacioresponsablecn.cat

En segundo lugar, se introduce la compra social en el nuevo modelo de gestión de compras del Ayuntamiento.

En tercer lugar, en aras a ofrecer una mayor y mejor formación en materia de contratación social, se promueven y potencian las líneas formativas.

En cuarto lugar, se instaura una base o banco de buenas prácticas en materia de contratación social. Este banco de buenas prácticas pone al alcance de todas las personas interesadas información relativa a casos y experiencias específicas de contratación social llevadas a cabo en el ámbito municipal.

En quinto lugar, se asigna la función de asesoramiento sobre la materia a personas concretas. Éstas ofrecen cualquier tipo de asesoramiento necesario a todos los órganos gestores que participan en el procedimiento de contratación.

En sexto y último lugar, y en mi opinión con una especial relevancia, se mantiene una coordinación en esta materia entre el Ayuntamiento de Barcelona y la Dirección General de Igualdad de Oportunidades en el Trabajo de la Generalitat de Catalunya. Entre otras actividades de coordinación pueden mencionarse el compartimiento de guías del sector⁷²⁰, las guías jurídicas⁷²¹, los manuales y demás información sobre contratación social y responsable.

⁷²⁰ El listado de las guías del sector en cuestión puede obtenerse en el siguiente enlace: http://www20.gencat.cat/portal/site/empresaocupacio/menuitem.f42a83b2f423323fc366ec10b0c0e1a0/?vgnextoid=8d209c87969af110VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=8d209c87969af110VgnVCM1000000b0c1e0aRCRD#Bloc631aea5e429cb210VgnVCM1000008d0c1e0a___ Entre ellas, puede mencionarse, a modo de ejemplo, el “Catàleg de serveis i productes de les empreses d’inserció”, de la Direcció General d’Igualtat d’Oportunitats en el Treball, 2008.

I.4.5. La contratación pública como política de empleo

La Medida de Gobierno del Ayuntamiento de Barcelona refleja el valor añadido y los beneficios que en materia de empleo se derivan de la inclusión de cláusulas sociales en la contratación del sector público. En la misma se observa la apuesta que el Ayuntamiento realiza a favor de la contratación pública como una política de empleo. Esta manera de actuar no proviene solamente de la voluntad de querer hacer más a favor de la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, sino que se apoya y justifica en datos y cifras que corroboran los resultados positivos que pueden obtenerse en este campo a través de la inclusión de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública.

Centrándonos en la Medida de Gobierno objeto de estudio, son de destacar ciertos aspectos en este sentido. En primer lugar, se establece como obligación esencial del contrato que un determinado porcentaje de las nuevas personas contratadas provenga de las bolsas de personal formado en los programas de reciclaje profesional de la empresa de promoción del empleo, denominada "Barcelona Activa". En segundo lugar, se establece también como obligación del contrato que determinadas

⁷²¹ Entre las guías jurídicas sobre la materia, pueden citarse, a modo de ejemplo, dos. Por un lado, la "Guía para la inclusión de cláusulas contractuales de carácter social de la Junta de Contratación Administrativa de la Generalitat", accesible en:

http://www20.gencat.cat/docs/economia/Documents/Arxius/doc_11061744_1.pdf.

Por otro lado, la "Guía práctica de cláusulas sociales en la contratación pública de los servicios sociales y atención a las personas, de la Mesa del Tercer Sector, accesible en:

<http://www.tercersector.cat/admin/repositori/File/Guia%20Clausules/Clausules%20socials%2009.pdf>.

prestaciones del contrato principal deben ser subcontratadas con empresas de inserción especializadas.

A modo de ejemplo, muy significativo en relación a las obligaciones señaladas, resultan interesantes el "contrato de mantenimiento de edificios municipales" y el "contrato de mantenimiento de vía pública" para el ejercicio 2012-2014⁷²². El inicio de licitación de estos contratos se dio en julio de 2011. El objeto del primero es el mantenimiento de edificios e instalaciones de sectores/distritos del Ayuntamiento y el objeto del segundo es el mantenimiento de la vía pública de los distritos. El valor estimado es de 21.000.000 euros (7.000.000 de euros anuales) para el primero y de 11.100.000 euros (3.700.000 de euros anuales) para el segundo. El objetivo de las cláusulas sociales que ambos contratos incorporan puede subdividirse en dos objetivos más concretos: a) la potenciación de la inserción laboral de personas desfavorecidas en el mercado laboral y, b) el impulso la contratación con empresas de inserción social y/o centros especiales de empleo.

En cuanto a las nuevas cláusulas sociales –sobre condiciones especiales de ejecución- incorporadas en dichos contratos pueden subrayarse varios aspectos.

⁷²² Puede consultarse la referencia correspondiente a los diez contratos de mantenimiento de edificios municipales del Distrito así como a los otros diez contratos de mantenimiento de la vía pública del Distrito en:

<http://www20.gencat.cat/portal/site/empresaocupacio/menuitem.81ac5b6b3cd746a0a6740d63b0c0e1a0/?vgnextoid=547d952217882210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=547d952217882210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextfmt=default>

En este mismo sitio se pueden obtener los datos relativos a los expedientes, órganos, conceptos, tipología, inicio, final, importe y órganos de contratación de cada uno de ellos.

En primer lugar, se trata de cláusulas de obligado cumplimiento. En este sentido, se exige el compromiso formal del licitador de contratar parte de sus puestos de trabajo con personas desfavorecidas del mercado laboral, en colaboración con la anteriormente mencionada "Barcelona Activa". Se establecen, a su vez, unos mínimos de contratación: 1) lotes de más de 7000.000 euros para el año 2012 de importe de licitación: 900 horas de personal/año de esfuerzo de trabajo; 2) lotes de más de 400.000 euros y hasta 7000.000 euros para el año 2012 de importe de licitación: 600 horas de personal/año de esfuerzo trabajado y, 3) lotes de hasta 400.000 euros para el año 2012 de importe de licitación: 300 horas de personal/año de esfuerzo de trabajo.

En segundo lugar, se exige el compromiso formal del licitador de subcontratar al menos el 5% del presupuesto de ejecución material de obra con empresas de inserción y/o centros especiales de empleo.

En lo referente a los nuevos criterios sociales de valoración de las ofertas son también varios los elementos a destacar en el marco de estos dos contratos. Se puntúa el incremento de las condiciones especiales de ejecución –aludidas en líneas precedentes- que se encuentren relacionadas con el objetivo de inserción laboral. Así, se puntúa hasta 8 puntos el incremento de las condiciones especiales de ejecución relacionadas con la contratación de personal desfavorecido y, hasta 6 puntos, el compromiso de incluir en la posible y futura subcontrata las empresas de inserción y/o los centros especiales de empleo por encima del mínimo establecido del 5% así como en el caso del 10% del presupuesto de ejecución material de obra.

Los contratos analizados también incorporan un nuevo sistema de seguimiento del cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral mencionadas. A tal fin se crea una Mesa de

seguimiento de las condiciones especiales de ejecución de tipo social. El órgano sobre el que recae la responsabilidad del seguimiento es la Gerencia de Servicios Generales y Coordinación Territorial. La Mesa de seguimiento se reunirá un mínimo de dos veces al año en el primer año del contrato y una vez al año en los años segundo y tercero de vigencia del contrato.

Especialmente novedosas resultan las obligaciones adicionales exigidas al contratista. A éste se le solicita que aporte, como anexo obligatorio a la relación valorada documentación que acredite el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral, a saber: a) copia del alta en la Seguridad Social y del contrato de trabajo para el caso de contratación de personal desfavorecido y, b) copia del contrato civil o mercantil para el caso de subcontratación con empresas de inserción y/o centros especiales de empleo e informe sobre altas y bajas realizadas por estas empresas al finalizar el contrato.

En lo correspondiente a la responsabilidad en la ejecución de estos contratos se constituye como falta –muy grave o grave según las circunstancias y naturaleza de la infracción- el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral.

Finalmente, en cuanto a la resolución del contrato se refiere, constituye causa específica de resolución el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral.

I.4.6. La Comisión de la Contratación Responsable

Como se ha expuesto en los párrafos anteriores, mediante la Medida de Gobierno del pleno de diciembre de 2008 se creó la Comisión de Contratación Responsable. Esta Comisión sustituye a las comisiones

técnicas de contratación social que existían previamente así como al grupo de seguimiento de compra verde del Ayuntamiento de Barcelona. Es decir, esta Comisión asume las funciones anteriormente ejercidas por las comisiones técnicas de contratación social y del grupo de seguimiento de compra verde.

El objetivo de la Comisión de la Contratación Responsable radica, sobre todo, en el seguimiento de la Medida de Gobierno aquí estudiada.

Resulta, a mi juicio, especialmente importante y destacable esta última dimensión o medida establecida en la Medida de Gobierno. No pretendo realizar clasificación alguna en base a la importancia de las dimensiones o medidas hasta aquí expuestas, pero sí considero oportuno destacar que para la eficacia y verdadero cumplimiento de todas ellas es imprescindible la creación de una Comisión de seguimiento como la mencionada. Es fácil incorporar de manera formal cláusulas sobre inserción laboral en los pliegos de contratación administrativa. Sin embargo, más difícil resulta lograr su verdadera implantación y seguimiento. De ahí, la relevancia de una comisión u órgano que se dedique a tal fin.

1.5. Aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del Ayuntamiento de Barcelona

En la entrevista realizada al Secretario Delegado del Sector de Servicios Generales también fue objeto de interés la aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del Ayuntamiento de Barcelona. Desde el comienzo del estudio dedicado a esta experiencia queda bien claro que las cláusulas sobre inserción laboral han sido incorporadas de una manera integral a la contratación del Ayuntamiento, sobre todo a partir de la Medida de Gobierno previamente analizada. Así,

una vez que las cláusulas en cuestión están incorporadas formalmente la pregunta es la siguiente: ¿cómo se materializa su aplicación en la práctica? Subrayo a continuación únicamente los aspectos más relevantes al respecto.

El primer debate que surgió a la hora de aplicar las cláusulas sobre inserción laboral se centró en su admisibilidad jurídica. Es decir, ¿es jurídicamente posible aplicar cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública? Tras un intenso debate jurídico interno se llegó a la conclusión de la posibilidad de introducir cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública⁷²³. Este debate se desarrolló con los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento así como con los licitadores. Una vez superadas las dudas en cuanto a su admisibilidad se introdujeron las cláusulas sobre inserción laboral en los pliegos administrativos correspondientes.

La segunda de las cuestiones a subrayar es la relativa al seguimiento del cumplimiento de las cláusulas sobre inserción laboral. Es decir, una vez introducidas las cláusulas y adjudicado el contrato, ¿cómo se debe realizar el control sobre su cumplimiento? Para dar respuesta a esta cuestión se creó la ya mencionada Comisión de Contratación Responsable. Su labor principal, como ya se adelantaba, consiste en supervisar y controlar el cumplimiento de la Medida de Gobierno del 2008. No obstante, el problema del cumplimiento real de lo estipulado en las cláusulas sobre inserción laboral de cada uno de los contratos adjudicados sigue latente. En la práctica resulta difícil el control por parte de la Comisión de

⁷²³ El debate jurídico en cuestión ha sido el mismo que el analizado en la totalidad de la Parte Segunda de este trabajo por lo que puede consultarse la misma en aras a conocer los detalles en profundidad.

Contratación Responsable en ese sentido, por lo que se están discutiendo en el seno del Ayuntamiento diferentes soluciones al respecto.

En tercer lugar ha de destacarse que la interdisciplinariedad ha resultado ser un factor clave. A la hora de introducir y aplicar las cláusulas sobre inserción laboral se observó que los órganos de contratación administrativa del Ayuntamiento carecían de ciertos conocimientos necesarios en este sentido. Estos órganos conocen con exhaustividad todo lo relacionado con el funcionamiento jurídico de la contratación pública de su Ayuntamiento pero desconocen otro tipo de funcionamientos como el correspondiente a los Servicios de Empleo del Ayuntamiento. Conocer la función y acciones que desarrollan los Servicios de Empleo es necesario cuando se trata de realizar una política de inserción laboral a través de una actividad –la contratación pública- que nada tiene que ver con tal fin. Es más, no se trata solamente de conocer dicha función y acciones sino que la necesidad va más allá, ya que los órganos de contratación administrativa y los Servicios de Empleo del Ayuntamiento han de trabajar de manera coordinada y conjunta a la hora de aplicar las cláusulas sobre inserción laboral. Esta necesidad se observó sobre todo a la hora de dar cumplimiento a este tipo de cláusulas en dos fases concretas del procedimiento de contratación, a saber, en el establecimiento de la solvencia técnica necesaria para la admisión de las empresas al proceso de licitación y en la fase de ejecución del contrato. Los órganos de contratación desconocían qué tipo de requisitos y documentos han de solicitarse a las empresas con el fin de que éstas demuestren el cumplimiento de lo estipulado en las cláusulas sobre inserción laboral de manera conforme al Derecho del Trabajo. A modo de ejemplo, ante una cláusula que establecía la obligación por parte de la empresa adjudicataria de contratar a un determinado número de personas en situación de desempleo de larga duración, los órganos de contratación desconocían los

documentos que debían solicitarse a la empresa en aras a acreditar la contratación de dichas personas conforme a Derecho. Con el fin de solventar este problema, así como otros muchos de sentido análogo, se procede a realizar una colaboración y un trabajo coordinado y conjunto entre ambos órganos del Ayuntamiento. Merece en este sentido destacarse que en la Comisión de Contratación Responsable del Ayuntamiento de Barcelona cuentan con una persona especialista en Derecho del Trabajo, procedente de los Servicios de Empleo del Ayuntamiento. Así, esta Comisión resulta ser el lugar de encuentro de todos aquellos conocimientos clave a la hora de establecer y dar un verdadero cumplimiento a las cláusulas sobre inserción laboral. Como en otros muchos casos, queda patente también aquí que el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo han de ir de la mano.

La Comisión de Contratación Responsable resulta ser, en la práctica, un órgano de asesoría para todos aquellos órganos administrativos –ya sean internos o externos al Ayuntamiento- interesados en introducir cláusulas sobre inserción laboral en sus pliegos así como en el correcto funcionamiento de las mismas. La asesoría también se dirige a todas aquellas empresas que quieran conocer más al respecto, sobre todo, a aquellas que quieran saber la forma correcta de cumplir con lo estipulado en las cláusulas sobre inserción laboral.

Para concluir con los aspectos más relevantes en cuanto a la aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en el Ayuntamiento de Barcelona y, a mi juicio, estrechamente vinculado con los resultados positivos obtenidos y con el éxito de la experiencia en esta temática, ha de subrayarse la concienciación y motivación de las personas concretas que, desde sus respectivos puestos de trabajo en el Ayuntamiento (en los Servicios Generales, en los Servicios de Empleo, en los Servicios Jurídicos,

etc.) han hecho posible la realización de todo lo mencionado. Si se pretende que la contratación pública se convierta en una política de empleo efectiva, no basta con la mera introducción formal de cláusulas sobre inserción laboral en los pliegos administrativos, sino que es necesario que dicho objetivo esté presente en todo momento y en toda la actividad relacionada con la contratación pública. Para ello resulta imprescindible que el personal encargado o implicado en el diseño, implantación y control de todo lo referido a cláusulas sobre inserción laboral esté claramente concienciado así como motivado de que es posible –y necesario– un cambio de paradigma, a saber, el fomento de la ocupación y del empleo a través de la contratación pública. Con esta concienciación y motivación se ha contado y se cuenta, sin lugar a dudas, en el Ayuntamiento de Barcelona, lo que se ha visto traducido en los resultados positivos obtenidos y en el éxito de la experiencia.

Entre estas personas se encuentra el Director del Programa Jurídico-Administrativo de la Gerencia de Servicios Generales y Coordinación Territorial⁷²⁴, de la que se ha obtenido gran parte de la información aquí relatada. Además de tener plena conciencia e implicación en el sentido indicado, realiza un balance positivo sobre otros valores aprendidos a raíz de la experiencia en materia de cláusulas sobre inserción laboral. Así, subraya que es posible construir un sueño de manera conjunta (“Misión, Visión y Valores”) y que el liderazgo emocional es un factor clave para el éxito. A su vez, considera que la motivación surge de atender las necesidades del personal, que ha de actuarse de una manera proactiva y que la interdisciplinariedad ha resultado ser un valor clave.

⁷²⁴ Antoni Galiano Barajas, anteriormente citado.

1.6. Situación actual del Ayuntamiento de Barcelona en materia de cláusulas sobre inserción laboral y objetivos a corto y medio plazo.

El Ayuntamiento de Barcelona cuenta actualmente, en materia de cláusulas sobre inserción laboral, con la Medida de Gobierno del año 2008 ya analizada. En base a ésta, se procede a incorporar, pliego a pliego –es decir, caso a caso- las cláusulas sobre inserción laboral. A la hora de elaborar los pliegos administrativos, los órganos de contratación, con la asesoría de la Comisión de Contratación Responsable, deciden sobre la procedencia de introducir –o no- estas cláusulas en los pliegos concretos así como, una vez admitida tal posibilidad, el contenido exacto de las mismas.

Hasta el momento se ha procedido –y se procede- de esta forma y los resultados han sido eficaces y positivos. No obstante, en el Ayuntamiento de Barcelona saben que existe una manera mucho más eficaz de proceder en este sentido. Otra forma de actuar que reduce el trabajo y tiempo dedicado a la incorporación “caso por caso” y que puede ofrecer, además, mayores y mejores resultados. Esa actuación consiste en evitar la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral “caso por caso” mediante su establecimiento y regulación en los modelos tipo de pliegos administrativos. Una vez recogidas las cláusulas en estos modelos tipo su incorporación a los pliegos del concreto contrato resulta automática y menos costosa, lo que no quiere decir que el control sobre el cumplimiento de las mismas no tenga que hacerse, como se decía, caso por caso.

El establecimiento de las cláusulas sobre inserción laboral en los modelos tipo de pliegos administrativos del Ayuntamiento de Barcelona

es, en la actualidad, uno de los objetivos a corto-medio plazo. El interés se sitúa en un corto plazo pero debido a la dificultad que puede conllevar es más realista hablar de un objetivo a medio plazo.

Junto a dicho objetivo, en un ámbito quizás más técnico, se encuentra también el de adecuar el programa informático utilizado para la contratación pública del Ayuntamiento a tal efecto. Se pretende que el programa informático, que ya incluye las cláusulas que establece la normativa sobre contratación pública, incorpore también las cláusulas sobre inserción laboral de manera que pasarían a ser, a efectos del programa, otra cláusula "más" de los pliegos.

Mientras tanto, el Ayuntamiento de Barcelona sigue introduciendo cláusulas sobre inserción laboral en todos aquellos contratos –sobre todo de grandes magnitudes- que lo posibilitan.

CAPÍTULO II:

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE AYUNTAMIENTOS DE DIMENSIÓN MEDIANA: EL CASO DEL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS

La experiencia del Ayuntamiento de Barcelona sirve para mostrar, a modo de ejemplo, cómo puede llevarse a cabo la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública de un ayuntamiento de grandes dimensiones. Es cierto que a mayores dimensiones mayores posibilidades de hacer uso de la contratación pública como política social mediante la incorporación de cláusulas sobre

inserción laboral en dicha contratación. No obstante, también los ayuntamientos de medianas dimensiones pueden obrar en el mismo sentido e incidir sobre la inserción laboral de sus habitantes, obteniendo resultados tan positivos como los logrados en ayuntamientos de gran tamaño. Es el caso, entre otros, del Ayuntamiento de Avilés. Este Ayuntamiento cuenta con una Instrucción para incorporar cláusulas sociales en su contratación pública. Se ha elaborado una normativa municipal aprobada por el Pleno y publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias. La misma se ha diseñado y aplicado, sobre todo, en aras a atender a las personas con especiales dificultades en materia de empleo. Al igual que sucedía en el caso del Ayuntamiento de Barcelona se está aquí también ante un modelo integral y avanzado en materia de cláusulas sobre inserción laboral. Los resultados obtenidos en este caso pueden calificarse de igual forma como muy positivos. Por todo ello, se analiza a continuación la experiencia del Ayuntamiento de Avilés con mayor detenimiento.

Debido a que la experiencia que va a exponerse, al igual que sucedía en el caso del Ayuntamiento de Barcelona, no se encuentra en la actualidad recogida en material bibliográfico ni en otro tipo de fuentes, gran parte de la información que va a redactarse a lo largo de las próximas páginas se ha obtenido mediante contactos mantenidos con dos miembros del Ayuntamiento de Avilés. Por un lado, se ha contado con la colaboración del Jefe del Servicio de Educación, Formación y Empleo del Ayuntamiento de Avilés⁷²⁵. Por otro lado, parte importante de la

⁷²⁵ Joaquín Gómez González.

información ha sido facilitada por el Servicio de Promoción económica, Formación y Empleo del mismo Ayuntamiento⁷²⁶.

II.1. Políticas de formación y empleo del Ayuntamiento de Avilés

El Ayuntamiento de Avilés declara que su objetivo es lograr que su ciudad sea un territorio más próspero así como generador de mayor riqueza y, sobre todo, empleo. Para ello, los pilares de desarrollo y sostenibilidad sobre los que se ha incidido y se quiere seguir actuando son: 1) promoción económica, 2) sociedad del conocimiento e innovación, 3) formación y empleo, 4) medio ambiente y 5) cohesión social. En lo que respecta a este trabajo y al análisis de la experiencia en cuestión, interesa destacar el relativo a la formación y empleo. El Ayuntamiento de Avilés cuenta con un Programa Territorial de Empleo⁷²⁷. Este Programa pretende avanzar en políticas de cohesión social a través del empleo. Para ello se ofrece una atención profesional personalizada y mantenida en el tiempo. Los principales ejes del Programa Territorial de Empleo son los siguientes: la formación y cualificación hacia el empleo, la orientación e intermediación laboral, el fomento de la calidad del empleo, el estímulo de la igualdad de oportunidades y el impulso del desarrollo local. Quiere fomentarse, en especial, la inserción laboral de determinadas personas, a saber: los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad. Por otra parte, también se pretende potenciar la constitución de empresas de

⁷²⁶ En concreto, por Ana Riesgo Pérez. No obstante, puede accederse a la mayoría de esta información en la página web del Ayuntamiento de Avilés: <http://www.aviles.es/>

⁷²⁷ El Programa puede consultarse en: [http://www.aviles.es/pdf/Programa Territorial de Empleo de Avilés.pdf](http://www.aviles.es/pdf/Programa_Territorial_de_Empleo_de_Avilés.pdf)

inserción, impulsar dentro del tejido empresarial la contratación con empresas de inserción y promover una formación para el empleo acorde a las necesidades reales del tejido empresarial.

Se exponen a continuación cinco de los objetivos más importantes del Ayuntamiento de Avilés en materia de formación y empleo.

El primero de ellos alude a la elaboración de un acuerdo marco consensuado con los agentes económicos y sociales para el desarrollo de las políticas de formación y empleo en el territorio. A tal fin se adopta y se desarrolla el Programa Territorial de Empleo anteriormente mencionado. Mediante éste se quiere mejorar la empleabilidad de la población desempleada de Avilés, prestando especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad social. Las líneas de dicho Programa son cinco: 1) el acompañamiento a la formación, 2) el acompañamiento a la adquisición de experiencia laboral, 3) el acompañamiento al mercado laboral tutelado, 4) el acompañamiento al mercado laboral normalizado y 5) el acompañamiento al autoempleo.

El segundo objetivo principal busca proporcionar la cualificación profesional como un recurso eficaz en el desarrollo de itinerarios personalizados de inserción. Con ese fin se adoptan los Programas de Formación-Empleo (Escuelas Taller, Casa de Oficios y Talleres de Empleo), los Convenios de colaboración (con centros educativos para la realización de prácticas en dependencias municipales) y la denominada como "formación a la carta" (con compromiso de contratación). Así, se proporciona a los colectivos con mayores dificultades para su inserción laboral una formación adaptada a las necesidades del tejido empresarial y se establecen nuevos modelos de concierto con estructuras productivas socialmente responsables. En esta última línea, desde el Ayuntamiento se ofrece apoyo a la creación de empresas de inserción.

Como tercer objetivo ha de mencionarse el diseño de itinerarios personalizados de incorporación sociolaboral. Aquí la metodología empleada es la denominada como "acompañamiento". Las actuaciones del Ayuntamiento de Avilés en este sentido se estructuran en el Programa de Coordinación Unificada para el Acompañamiento Laboral. Este Programa ofrece técnicos de referencia para la realización del acompañamiento en cuestión y se desarrolla mediante un sistema de información basado en la gestión unificada de los itinerarios de incorporación sociolaboral. Interesa en este lugar destacar que se produce una priorización de los colectivos del Programa de Acompañamiento Laboral en los planes de contratación del Ayuntamiento.

El cuarto objetivo se centra en la creación de oportunidades de empleo para personas con diversas dificultades de acceso al mercado de trabajo. La actuación del Ayuntamiento de Avilés se materializa en el Plan Municipal de Contratación de personas desempleadas. Al mismo acompañan el Plan Municipal Complementario y el Plan Extraordinario de Empleo. Objeto de mayor interés, dentro de este mismo Programa, es la Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés analizada en las siguientes páginas.

El quinto y último de los objetivos busca fomentar la constitución de empresas de inserción. Para la dinamización de las empresas de inserción se ofrece una asesoría técnica, se constituye la Mesa de empresas de inserción y se destina una partida municipal para su impulso. Finalmente, se realiza una reserva de mercado para este tipo de empresas.

II.2. Antecedentes en el Ayuntamiento de Avilés

La introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Avilés viene, principalmente, de la mano de la Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés⁷²⁸. No obstante, el Ayuntamiento de Avilés ha hecho uso de la contratación pública como una herramienta de política social durante los años previos a la publicación de la Instrucción aludida. Puede decirse que la Instrucción es una respuesta global y estructurada a la actuación previa basada en el “caso a caso” o “pliego a pliego”. Así, son varios los pliegos que, aprobados anteriormente a la Instrucción, establecen cláusulas sobre inserción laboral en determinados contratos del Ayuntamiento. Se mencionan a continuación, a modo de ejemplo y en orden cronológico, algunos de ellos: “Limpieza de Edificios Municipales y otros servicios auxiliares” (junio de 2008); “Apertura de centros a la comunidad” (julio de 2008); “Ayuda a domicilio” (abril de 2009); “O.R.A. –Ordenación y Regulación del Aparcamiento- (mayo de 2009); “Comedores Escolares” (junio de 2009) y “Servicio de mantenimiento y conservación de las zonas verdes de los colegios públicos y otras superficies ajardinadas de propiedad municipal”. En este último cobran una mayor relevancia los criterios relacionados con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Tales criterios se establecen en el pliego de prescripciones técnicas del contrato y exige que al menos el 30% de la plantilla sean personas en situación o riesgo de exclusión social. Aunque no constituyan el objeto central de este trabajo, ha de mencionarse que los pliegos mencionados

⁷²⁸ Publicada en el BOPA el 13 de agosto del 2009. La Instrucción íntegra puede consultarse en el Anexo 2 de este trabajo.

también establecen, entre otros, criterios relacionados con la igualdad entre mujeres y hombres así como con la calidad en el empleo.

El paso previo a la Instrucción y que muestra la reflexión y el debate interno en el Ayuntamiento de Avilés para la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en los contratos de prestación de obras o servicios públicos se encuentra en el documento "Cláusulas sociales en la contratación de obras y servicios públicos. Estrategia de implantación progresiva en el Ayuntamiento de Avilés"⁷²⁹.

II.3. Punto de referencia: La Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés

En aras a efectuar la incorporación de criterios, entre otros, relacionados con la inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Avilés, se constituyó una Comisión Técnica. Ésta analizó las diferentes posibilidades en dicho sentido y estableció cláusulas concretas. Con ello se otorgó una plena seguridad jurídica a su aplicación práctica. El resultado, a saber, la Instrucción, se complementa con un informe jurídico. La misma acoge criterios de brevedad y claridad. Su mayor pretensión es que sea lo suficientemente práctica para llegar a aplicarse de forma sencilla en la contratación pública del Ayuntamiento de Avilés⁷³⁰.

⁷²⁹ Este documento puede consultarse en:

http://www.catalogosocial.net/recursos/ayuntamiento_aviles.pdf

⁷³⁰ Exposición de Motivos de la Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés.

Como se adelantaba, Avilés es, hasta el momento, uno de los pocos Ayuntamientos del Estado español que ha aprobado una Instrucción con el fin de introducir cláusulas sobre inserción laboral en su contratación pública⁷³¹. Así, es el primer Ayuntamiento que ha elegido como herramienta una Instrucción para diseñar y aplicar un sistema global que permite la introducción y aplicación de cláusulas sobre inserción laboral en sus contratos públicos⁷³². Son dos las razones que hacen que la experiencia del Ayuntamiento de Avilés deba ser estudiada y recomendada. En primer lugar, como se anunciaba, es un modelo integral. En segundo lugar, de la misma se han derivado resultados positivos, bien en lo que respecta a la funcionalidad y ventajas de la Instrucción como herramienta bien en lo relativo al número de personas que han sido incorporadas al empleo⁷³³.

El Ayuntamiento de Avilés aprobó la Instrucción aludida en el Pleno municipal celebrado el 16 de julio de 2009 y fue publicada en el BOPA nº 188 del 13 de agosto. La Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI) destaca en su página web⁷³⁴ algunos de

⁷³¹ Otro Ayuntamiento que se ha decantado por la Instrucción como herramienta para la incorporación de cláusulas sociales en su contratación pública es, por ejemplo, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Este Ayuntamiento es de mayores dimensiones que el de Avilés por lo que su estudio, en todo caso, debería situarse a la par del de Barcelona, es decir, en el capítulo anterior de este trabajo. La Instrucción aludida, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2010, puede observarse en: http://www.gizatea.net/doc_up/INSTRUCCION_AYTO_GASTEIZ_2010.pdf

⁷³² Ha de matizarse que se trata del primer Ayuntamiento en aprobar una Instrucción en este sentido pero no de la primera administración pública en hacerlo. Así, un año antes de que se aprobará la Instrucción del Ayuntamiento de Avilés, el Gobierno Vasco ya había aprobado una Instrucción sobre la misma temática. Ésta ha sido objeto de interés en la Parte Primera de este trabajo.

⁷³³ Sobre ambos resultados se hará una mención más detallada en el apartado 5 de este capítulo.

⁷³⁴ <http://www.faedei.org/clausulas-sociales/recursos/modelos-integrales/ayuntamiento-avilés>

los aspectos más relevantes de la Instrucción y que, a mi juicio, reflejan el interés que suscita el instrumento en cuestión.

La mencionada Federación subraya, en primer lugar, el “elevado nivel de transferencia, siendo un magnífico ejemplo para ser adaptada y reproducida por otras administraciones públicas, especialmente del ámbito local”.

En segundo término, considera que la Instrucción hace uso de casi la totalidad de las posibilidades de incorporación de criterios sobre inserción laboral establecidas por la normativa de contratación pública. Es decir, la Instrucción acoge la posibilidad de realizar contratos reservados, de introducir cláusulas sobre inserción laboral como criterios de adjudicación, como condiciones de solvencia técnica, en el objeto del contrato y en las condiciones de ejecución.

En tercer lugar, la Instrucción recoge diferentes temáticas sociales. Entre ellas, la inserción sociolaboral, la discapacidad, la seguridad y salud laboral, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la calidad en el empleo.

En cuarto lugar, la Federación subraya la referencia expresa a las Empresas de Inserción. Las menciona a la hora de regular la reserva de mercado, las condiciones de ejecución y los criterios de adjudicación. También realiza alusión explícita a la subcontratación con Empresas de Inserción.

En quinto lugar, tal como señala la misma Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción, la Instrucción “contiene además un criterio de adjudicación determinante relativo al «Proyecto de Inserción Sociolaboral» cuando éste forme parte fundamental del objeto del contrato”. A su vez, considera relevante que en

el Anexo III de la Instrucción se establezca lo siguiente: *Condiciones especiales de ejecución de carácter social del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares incorporando medidas de inserción sociolaboral o de creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral*. Según la Federación esto último significa en la práctica “un proyecto de inserción riguroso y pormenorizado”.

Finalmente, tal como sigue precisando la citada Federación merece destacar no sólo el rigor jurídico de la Instrucción sino también el técnico. Ello se debe a que incorpora en todos los casos cláusulas objetivables y cuantificables, con sus correspondientes indicadores y sistemas de verificación. Comparto esta opinión pues las cláusulas de este tipo hacen que la Instrucción sea aplicada en la práctica.

En el segundo de los aspectos destacados por la Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción se aludía a que la Instrucción acogía casi la totalidad de las posibilidades establecidas por la normativa de contratación pública. Se mencionaban allí tales posibilidades. Pues bien, las mismas son objeto de un análisis más detallado en las próximas líneas. Se analizarán, en primer lugar, los contratos reservados. En segundo lugar, las cláusulas sobre inserción laboral en los criterios de adjudicación. En tercer lugar, el uso de este tipo de cláusulas como mejoras o variantes. En cuarto lugar, la incorporación de las mismas como condiciones especiales de ejecución. En quinto y último lugar, las condiciones sobre inserción laboral en la solvencia técnica y profesional.

II.3.1. Contratos reservados

El Capítulo I de la Instrucción regula los contratos reservados. Mediante estos contratos se limita la participación en el proceso de

adjudicación a determinadas entidades con fines de inserción, entre ellas, las empresas de inserción.

A tenor del artículo 2 del Capítulo I, *serán contratos reservados aquellos cuyo objeto facilite la contratación de mano de obra intensiva y de escasa cualificación que permita una adecuada labor de acompañamiento y seguimiento y en los que se limita la participación en el proceso de adjudicación a programas de empleo protegido y a las entidades señaladas en el artículo 4.*

El artículo 4 establece quiénes serán las empresas beneficiarias de la reserva. A tal fin, exige ciertos requisitos a éstas. En primer lugar, deben cumplir los requisitos establecidos en la legislación aplicable. En segundo lugar, su finalidad o actividad ha de estar directamente relacionada con el objeto del contrato.

El mismo artículo señala explícitamente a las empresas de inserción como sujetos beneficiarios de la reserva en cuestión. Estas empresas han de estar legalmente constituidas y clasificadas conforme a la Resolución de la Consejería de Industria y Empleo, de 22 de diciembre de 2008, por la que se regula el Registro de Empresas de Inserción del Principado de Asturias, o bien en el registro establecido por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de inserción.

La Instrucción limita el uso de la reserva de contratos a determinados procedimientos de adjudicación. En este sentido, la reserva a Empresas de Inserción *se aplicará exclusivamente a través del contrato menor y/o el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, de conformidad con lo establecido en los artículos 122.3 y 161.2 de la LCSP.* Además, la reserva debe mencionarse tanto en el título del contrato como en el anuncio de licitación.

A los contratos reservados se les aplicará el régimen jurídico establecido en la normativa de contratación pública. No obstante, puede eximirse a estas empresas de la constitución de la preceptiva fianza definitiva.

Como ejemplo práctico puede señalarse la contratación por el procedimiento negociado sin publicidad reservado a centros especiales de empleo del suministro de ropa de trabajo y los uniformes para el personal perteneciente al Ayuntamiento de Avilés. Al mismo se ha destinado un importe de 57.651,00 euros.

II.3.2. Cláusulas sobre inserción laboral en los criterios de valoración

La introducción de cláusulas sociales entre los criterios de valoración se regula en el Capítulo II de la Instrucción.

El artículo 7 de la misma expresa que *conforme al artículo 134 de la LCSP –hoy día artículo 150 del TRLCSP 2011- se podrán incorporar al Pliego criterios de adjudicación vinculados con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, de conformidad con lo dispuesto en este capítulo.*

Resulta de interés la mención que se realiza en ese mismo artículo a continuación, pues se subraya que en los contratos *en los que no sea obligatoria la elaboración y aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas*, los criterios sobre inserción laboral podrán incluirse en los documentos contractuales y de preparación del contrato que se realicen.

Las cláusulas sobre inserción laboral pueden introducirse en los contratos administrativos de obras, servicios y suministros. El presupuesto base de licitación de éstos ha de ser superior a cien mil euros y su plazo de ejecución superior a cuatro meses. En todo caso, han de ser los contratos definidos en el artículo 150 del TRLCSP 2011⁷³⁵.

La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral entre los criterios de adjudicación deben respetar los requisitos exigidos en el artículo 150 del TRLCSP 2011. Además, es necesario que el objeto y el título del contrato en cuestión hagan referencia expresa a los criterios sobre inserción laboral que van a caracterizar su contenido⁷³⁶.

La incorporación de criterios sobre inserción laboral en esta fase se validará por el titular de la Dirección General del Ayuntamiento. Éste ha de contar previamente con la conformidad del/la responsable del Área de Bienestar Social⁷³⁷.

Merece especial atención lo establecido en el artículo 9 del Capítulo II de la Instrucción que dice así: *En el caso de que los criterios de adjudicación de carácter social no puedan valorarse de forma automática por tratarse de una propuesta de carácter cualitativa, se nombrará una Comisión Técnica de la que formarán parte responsables del Área de Bienestar Social, encargada específicamente de evaluar las propuestas de los licitadores.*

El siguiente artículo del mismo Capítulo establece que los criterios sociales en general ostentarán una ponderación entre el 10% y el 25% del

⁷³⁵ Art. 8.1 de la Instrucción.

⁷³⁶ Art. 8.2 de la Instrucción.

⁷³⁷ Art. 8.3 de la Instrucción.

total. La ponderación de éstos la validará el/la titular de la Dirección General del Ayuntamiento, previa conformidad del/la responsable del Área de Bienestar Social⁷³⁸.

En el Anexo I de la Instrucción se encuentran los criterios de índole social que deben aplicarse, entre ellos, los relativos a la inserción laboral⁷³⁹.

La Instrucción establece el modo en que ha de realizarse la selección concreta de los criterios de adjudicación contenidos en dicho Anexo, a saber:

a) Si el objeto contractual beneficia o favorece de forma especial a determinado colectivo y justifica uno sólo de los criterios señalados (por ejemplo, la inserción sociolaboral) se tomará exclusivamente dicho criterio entre la puntuación señalada.

b) En los demás supuestos se seleccionarán los criterios de adjudicación en función de las características de cada contrato, repartiéndose, en consecuencia, su puntuación entre ellos.

Es de destacar, a mi juicio, el deber de justificación que la Instrucción exige para los casos en los que la introducción de criterios sociales sea imposible. Es decir, la Instrucción establece como norma general el deber de incluir este tipo de criterios y cuando ello no sea posible se habrá que justificar por qué. Así, cuando los/las empleados/as municipales que redacten los pliegos consideren *que las características del contrato que se va a licitar, entre los descritos en capítulo, no resultasen adecuadas para incorporar criterios de adjudicación de carácter social o que*

⁷³⁸ Art. 31.1.e) de la Instrucción.

⁷³⁹ Art.11 de la Instrucción. Los criterios sobre inserción laboral se regulan en el apartado A) del aludido Anexo. El mismo puede consultarse íntegramente en el Anexo 2 de este trabajo.

*procediera un porcentaje inferior al establecido, deberán expresarlo motivadamente en informe que se incorporara el expediente, justificando las razones de la inconveniencia, (...)*⁷⁴⁰.

Finalmente, la Instrucción recuerda que los criterios de adjudicación de índole social en general, y entre ellos, los de inserción laboral, así como su puntuación y ponderación se establecen de forma general. Por tanto, pueden ser adaptados *a las características de cada contrato, incorporando diferentes ítems, eliminando cuestiones no adecuadas, o alterando las puntuaciones o ponderaciones señaladas*⁷⁴¹.

A modo de ejemplo práctico puede citarse la contratación del servicio de limpieza de edificios municipales y otros servicios auxiliares, donde se incluyen cláusulas sobre inserción laboral a los que se otorga el 27% de la puntuación total. Este contrato cuenta con un importe de 4.750.649,99 de euros. Otro ejemplo es el de la contratación de obras y reposición de cubierta y reparación en el CP Fernández Carbayeda, donde se valora hasta un 10% del total de la puntuación la incorporación de personas en situación o riesgo de exclusión social.

II.3.3. Criterios sobre inserción laboral como variantes o mejoras

En el caso de que no sea posible introducir los criterios sobre inserción laboral como criterios de adjudicación porque no se cumplen los requisitos estipulados en el apartado anterior, cabe la posibilidad de establecerlos como variantes o mejoras.

⁷⁴⁰ Art. 13 de la Instrucción.

⁷⁴¹ Art. 14 de la Instrucción.

El Capítulo III de la Instrucción se encarga de regular dicha posibilidad. Según su artículo 15, los criterios sobre inserción laboral incluidos entre los criterios de adjudicación se valorarán con una ponderación del 10% sobre el total.

La pertinencia de los elementos sobre inserción laboral como variantes o mejoras será validada por el titular de la Dirección General del Ayuntamiento de Avilés, previa conformidad del responsable del área de Bienestar Social, en función de las características de cada contrato⁷⁴².

II.3.4. Cláusulas sobre inserción laboral como condiciones especiales de ejecución

Se ha mencionado a lo largo de este trabajo que la introducción de cláusulas sociales en general y, por ende, de cláusulas sobre inserción laboral ha encontrado, hasta el momento, su mayor admisibilidad y aplicación en una fase concreta del procedimiento de contratación, a saber, en la fase de ejecución del contrato.

Pues bien, la Instrucción del Ayuntamiento de Avilés dedica su Capítulo IV a la regulación de dicha posibilidad. En el mismo se establece cómo han de introducirse los aspectos sobre inserción laboral como condiciones especiales de ejecución en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés.

En primer lugar, las condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral *no podrán consistir en especificaciones técnicas, criterios*

⁷⁴² Art. 31.1.b) de la Instrucción.

de solvencia o criterios de adjudicación y han de ser adecuadas a la naturaleza de la prestación objeto del contrato⁷⁴³.

Las condiciones especiales de ejecución relativas a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social se incorporarán en todos aquellos contratos que exijan la contratación laboral de personal. El presupuesto base de licitación de estos contratos ha de ser superior a cien mil euros y su plazo de ejecución debe superar los cuatro meses⁷⁴⁴. Las condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral deben constar tanto en el anuncio de licitación como en los Pliegos correspondientes⁷⁴⁵. Al igual que sucedía en el caso de los criterios de adjudicación, en los contratos que no se elaboren y aprueben pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas –porque no resulta obligatorio– las condiciones especiales de ejecución constarán en los documentos contractuales y de preparación del contrato⁷⁴⁶.

El Anexo II de la Instrucción indica cuales son las condiciones especiales sobre inserción laboral que deben exigirse obligatoriamente⁷⁴⁷.

Resulta de ayuda, a la hora de no confundir las condiciones especiales de ejecución con los criterios de adjudicación, lo establecido por la Instrucción, pues recuerda que las unas son compatibles con los

⁷⁴³ Art 16.3 de la Instrucción.

⁷⁴⁴ Art. 17.1 de la Instrucción.

⁷⁴⁵ Art. 17.2 de la Instrucción.

⁷⁴⁶ Art. 17.3 de la Instrucción.

⁷⁴⁷ Los criterios sobre inserción laboral se regulan en el apartado B) del mencionado Anexo. El mismo puede consultarse íntegramente en el Anexo 2 de este trabajo.

otros. Así, matiza que las primeras establecen un porcentaje mínimo y que los segundos puntúan a los licitadores que superen tal porcentaje⁷⁴⁸.

A tenor de la Instrucción, en los contratos *cuyo objeto contractual lo constituya la inserción sociolaboral se establecerá en el clausulado la obligación de emplear entre la plantilla que ejecutará el contrato a un porcentaje, entre el 30% y el 50%, de personas en situación o riesgo de exclusión social según los perfiles señalados en la Ley 44/2007 de Empresas de Inserción, teniendo preferencia las que procedan de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés*⁷⁴⁹. El Anexo 3 de la Instrucción se encarga de la metodología y obligaciones concretas referentes a estas condiciones y exige ser parte del Pliego correspondiente con su debido carácter contractual⁷⁵⁰.

La introducción de condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral es obligatoria. En el caso de que ello no fuera posible, pero siempre de forma excepcional, han de expresarse las causas que lo justifican en un informe adjunto⁷⁵¹.

Como no podía ser de otra manera, las condiciones de ejecución sobre inserción laboral, los porcentajes y las obligaciones concretas establecidas en la Instrucción son norma de carácter general. Por tanto, cabe la posibilidad de que puedan adaptarse a las características de cada contrato⁷⁵².

⁷⁴⁸ Art. 19 de la Instrucción.

⁷⁴⁹ Art. 20.1 de la Instrucción.

⁷⁵⁰ Art. 20.2 de la Instrucción.

⁷⁵¹ Art. 22 de la Instrucción.

⁷⁵² Art. 23 de la Instrucción.

Los licitadores deben presentar un documento de adhesión y compromiso con las condiciones especiales de ejecución expuestas⁷⁵³. Finalmente, estas condiciones constituyen obligaciones contractuales de carácter esencial por lo que su incumplimiento puede derivar en circunstancia que impide contratar con las Administraciones Públicas⁷⁵⁴.

Un ejemplo práctico del Ayuntamiento de Avilés en materia de condiciones especiales de ejecución sobre inserción social es el de la contratación del servicio de elaboración y distribución de desayunos y comidas mediante una dieta nutricionalmente equilibrada así como la atención y educación en valores del alumnado durante dicho servicio en los colegios de educación infantil y primaria de titularidad pública del municipio de Avilés. Se incorporan medidas de inserción laboral y de calidad en el empleo.

II.3.5. Condiciones sobre inserción laboral en la solvencia técnica y profesional

Como se indicaba en la Parte Segunda de este trabajo⁷⁵⁵, para participar en la licitación de un contrato público es imprescindible que las empresas cuenten con la debida solvencia técnica y profesional, así como acreditar formalmente la misma.

La Instrucción del Ayuntamiento de Avilés establece que en el caso de que el objeto de un contrato exija aptitudes específicas en materia social y, entre ellas, en inserción laboral, *se exigirá como requisito de*

⁷⁵³ Art. 24 de la Instrucción.

⁷⁵⁴ Art. 25 de la Instrucción y 60.2.e) TRLCSP 2011.

⁷⁵⁵ De acuerdo con los artículos 78 y 79 del TRLCSP 2011.

*solvencia técnica o profesional, la debida experiencia, conocimientos, y medios técnicos y humanos en la referida temática social, conforme a lo establecido en los artículos 67 a 69 LCSP –actualmente artículos 78 a 80 del TRLCSP 2011-*⁷⁵⁶.

Como también se subrayaba en la Parte Segunda de este trabajo, la introducción de aspectos sociales y, por tanto, de criterios sobre inserción laboral, como requisito de solvencia técnica y profesional ha generado diversas opiniones en cuanto a su admisibilidad jurídica. No procede en este lugar profundizar en los argumentos de unas y otras opiniones, pues ello es objeto de estudio en la Parte aludida de este trabajo. No obstante, sí resulta de interés recordar que la problemática en cuestión centra el debate en la posibilidad de infringir el principio de libre competencia. Como se observaba, existe una posición que considera que tal principio no se ve afectado por la introducción de este tipo de cláusulas. La otra posición, al contrario, mantiene que el principio de libre competencia resulta obstaculizado.

La Instrucción refleja en su articulado parte del aludido debate pues establece un sistema de garantías en aras a no obstaculizar el principio de libre competencia. Por un lado, se permite a los licitadores presentar toda la documentación que consideren apropiada a fin de demostrar su aptitud para ejecutar debidamente el contrato⁷⁵⁷. Por otro lado, se prohíbe utilizar el requisito de solvencia técnica o profesional sobre inserción laboral con carácter general. Es decir, ha de indicarse en qué contratos es adecuado teniendo en cuenta el objeto, la naturaleza y el contenido del contrato⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Art. 27 de la Instrucción.

⁷⁵⁷ Art. 28.1 de la Instrucción.

⁷⁵⁸ Art. 28.2 de la Instrucción.

La Instrucción regula un caso concreto. Para los supuestos en los que la condición especial de ejecución exija la contratación de, al menos, un 30% de personas en riesgo de exclusión social entre la plantilla que ejecutará el contrato, los requisitos de solvencia técnica y profesional sobre inserción laboral requeridos se acreditarán por uno o varios medios establecidos en la Instrucción. Estos medios son los siguientes⁷⁵⁹:

a) Clasificación como empresa de inserción conforme a la Resolución de 22 de diciembre de 2008, de la Consejería de Industria y Empleo, por la que se establece el Registro de Empresas de Inserción del Principado de Asturias. O sin constar la misma mediante la acreditación del cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

b) Mediante certificaciones firmadas por organismos públicos competentes en materia de inserción sociolaboral que acrediten la trayectoria y experiencia del licitador.

c) Mediante la relación del personal integrado o no en la empresa que participará en la prestación del contrato referida específicamente a incorporación sociolaboral, señalando su titulación, experiencia profesional y similares trabajos desempeñados.

d) Mediante el compromiso de convenir la parte del contrato relativa a la inserción sociolaboral con entidades registradas o acreditadas y experimentadas en la materia.

e) Por cualquier medio de prueba equivalente que considere la empresa oportuno aportar.

⁷⁵⁹ Art. 29 de la Instrucción.

Finalmente, puede exigirse la subcontratación con tercero no vinculado al contrato de determinadas partes de la prestación objeto del mismo⁷⁶⁰.

El Ayuntamiento de Avilés ha introducido criterios sobre inserción laboral, como requisito de solvencia técnica, en la contratación del servicio de incorporación sociolaboral de personas en situación de exclusión social mediante el Mantenimiento y conservación de las zonas verdes de Colegios Públicos y otras superficies ajardinadas de propiedad municipal.

II.4. Aplicación de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Avilés.

El 25 y 26 de marzo de 2010 se celebró en Palma de Mallorca la Conferencia Europea de Responsabilidad Social Empresarial, en el marco de la presidencia española de la Unión Europea. El hecho de que la experiencia del Ayuntamiento de Avilés aquí relatada fuera presentada en dicha Conferencia y expuesta ante los ministros de Trabajo de la Unión Europea como una buena práctica evidencia la importancia de la misma. Se indicaba en líneas precedentes el porqué de su éxito: es un modelo integral y con resultados eficaces.

El carácter global del modelo ha podido observarse a lo largo del presente capítulo. En lo que respecta a los resultados conseguidos se apuntan a continuación algunos de los más relevantes. Según las personas anteriormente indicadas⁷⁶¹, hasta junio del 2011 se han adjudicado nueve

⁷⁶⁰ Art. 30 de la Instrucción. El artículo establece a su vez un límite a la posibilidad de subcontratar.

⁷⁶¹ Joaquín Gómez y Ana Riesgo.

contratos del Ayuntamiento de Avilés basándose en la Instrucción analizada. En cinco de estos contratos se han introducido las cláusulas sobre inserción laboral como criterios de valoración. En otro de esos nueve contratos se ha establecido el criterio sobre inserción laboral como requisito de solvencia técnica y en otro se realizó la reserva de mercado. En los dos restantes se introdujeron aspectos de inserción laboral como condiciones especiales de ejecución. Lo más importante, a mi juicio, es que hasta la fecha indicada se ha logrado la inserción laboral de cuarenta personas que se encontraban en situación de exclusión social. En esa línea, merece especial atención el gran impulso y progreso experimentado desde el mes de junio hasta el de septiembre del mismo año. En el último mes aludido las licitaciones que incorporan aspectos sobre inserción laboral son, en total, cincuenta y cinco. Por tanto, en menos de cuatro meses se han sumado a las anteriormente mencionadas nueve licitaciones otras cuarenta y seis. De todas ellas, treinta son de obras, dieciséis de servicios y nueve de suministros. Así, se han introducido medidas tendentes a la creación de empleo para personas con dificultades de acceso al empleo como criterios de adjudicación o mejoras en treinta y dos de los cincuenta y cinco contratos. La incorporación de tales medidas como condiciones de ejecución se ha realizado en treinta y ocho de las licitaciones. Hasta septiembre de 2011 se han incorporado al empleo, en total, ciento quince personas (sesenta y cinco mujeres y cincuenta hombres), lo que significa que en pocos meses se han duplicado el número de personas previamente aludidas. En definitiva, el balance que puede realizarse de la aplicación de la Instrucción es muy positivo. En primer lugar, se ha incorporado en los Pliegos administrativos y técnicos que rigen las licitaciones del Ayuntamiento de Avilés el modelo de contratación pública socialmente responsable que se diseña en la Instrucción analizada. En segundo lugar, la Instrucción ha alcanzado un

grado de desarrollo práctico satisfactorio tanto desde un punto de vista cualitativo como desde una perspectiva cuantitativa. En tercer lugar, ha de destacarse que la aplicación de la Instrucción no ha supuesto un descenso en el número de licitadores. En último lugar, el Ayuntamiento de Avilés no ha tenido que recurrir a los mecanismos sancionadores o coercitivos que se prevén en los Pliegos para asegurar el cumplimiento efectivo de las medidas sociales incorporadas.

Teniendo en cuenta el breve periodo de vigencia de la Instrucción, pues se publicó en agosto del 2009, tales resultados pueden calificarse como aún más positivos. Es decir, si la Instrucción se sigue aplicando con mayor rigor las personas incorporadas al mercado laboral puede aumentar de manera considerable. Además, ha de tenerse en cuenta que esta Instrucción es una herramienta pionera en la materia, por lo que si siguiendo este modelo y, sobre todo, aprendiendo del mismo y mejorando sus deficiencias, si otros Ayuntamientos deciden actuar en la misma línea podrán obtener todavía mejores resultados que los obtenidos en Avilés.

No obstante, a pesar de los resultados positivos aludidos, también han de señalarse algunos aspectos de la Instrucción que han generado ciertas controversias. Las polémicas han surgido desde el tejido empresarial del territorio de Avilés. Al parecer de algunas empresas, que precisamente serán las que no hayan visto incrementadas sus posibilidades de contratar con el Ayuntamiento por su inexistente compromiso social, la Instrucción y, por ende, su clausulado sobre inserción social, van en contra del principio de libre competencia por lo que solicitan su anulación⁷⁶².

⁷⁶² A modo de ejemplo, puede consultarse en el Anexo 2 de este trabajo el Recurso de Reposición presentada por la Confederación Asturiana de la Construcción así como el Decreto nº 3757/2010

II.5. Situación actual y objetivos a corto y medio plazo del Ayuntamiento de Avilés

Los datos anteriormente expuestos evidencian que el Ayuntamiento de Avilés puede presumir de una experiencia verdaderamente ejemplar y fructuosa en materia de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública. A pesar de ello, este Ayuntamiento quiere avanzar más todavía en la consecución de la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Por ello, sigue hoy día introduciendo cláusulas de este tipo en las nuevas licitaciones y así seguirá haciéndolo también en las futuras.

CAPÍTULO III:

LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOBRE INSERCIÓN LABORAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE AYUNTAMIENTOS DE PEQUEÑA DIMENSIÓN: VARIOS CASOS

A lo largo de las páginas anteriores se han podido observar las experiencias de dos Ayuntamientos, el de Barcelona y el de Avilés, que integran la consecución de la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en su contratación pública. Como se decía en el estudio elaborado, estos Ayuntamientos han realizado dicha actuación a través de la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en sus contratos públicos. La introducción de estas cláusulas, en los dos casos, se

del Ayuntamiento de Avilés que desestima el mismo. En el capítulo I de la Parte Tercera de este trabajo se realiza una breve referencia al Recurso de Reposición en cuestión.

ha efectuado por medio de modelos integrales. En el primero de los casos, en el Ayuntamiento de Barcelona, mediante la aprobación de una Medida de Gobierno. En el segundo de los casos, en el de Avilés, por la vía de una Instrucción. En ambos casos los resultados y efectos obtenidos han sido positivos. La experiencia del Ayuntamiento de Barcelona sirve para mostrar la forma en que este tipo de cláusulas pueden ser introducidas en los ayuntamientos de grandes dimensiones. El caso de Avilés proporciona un modo de actuación análogo para los ayuntamientos de mediana dimensión. Se subrayaba en la introducción de esta Parte que los ayuntamientos de grandes y medianas dimensiones, en tanto en cuanto gozan de mayores recursos, poseen mayores oportunidades a la hora de incorporar cláusulas sobre inserción laboral en sus contratos públicos. No obstante, los ayuntamientos de pequeña dimensión, aunque con mayores limitaciones o dificultades, también pueden obrar en el mismo sentido y utilizar la contratación pública como una herramienta de inserción laboral de aquellas personas más desfavorecidas. De hecho, como ya se mencionaba, los ayuntamientos más pequeños muestran un gran interés al respecto y llegan a ser, en muchos de los casos, los que finalmente aplican más frecuentemente cláusulas sobre inserción laboral en sus contratos públicos.

Pues bien, en las próximas líneas se ofrecen ejemplos de algunos de esos pequeños ayuntamientos que han incorporado y aplicado cláusulas sobre inserción laboral. Antes de proceder a dicho análisis es importante destacar que, al contrario de lo que sucedía en los Ayuntamientos de Barcelona y Avilés, estos ayuntamientos carecen de un sistema o modelo integral en materia de cláusulas sobre inserción laboral. Es decir, lo que va a exponerse a lo largo de las próximas líneas son pliegos de contratos concretos que incorporan este tipo de cláusulas. Así, se trata de

actuaciones aisladas y particulares, sin que respondan a un procedimiento global y unificado.

En la medida en que existen varios casos al respecto, sólo se observarán algunos de ellos, los que por sus características constituyen un claro reflejo de todos los demás. A fin de otorgar un orden a esta exposición de experiencias, se traerá a colación el ejemplo de un determinado ayuntamiento por cada fase que compone el procedimiento de contratación. En primer lugar, como muestra de la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la definición del objeto del contrato, se atenderá la experiencia del Ayuntamiento de Aretxabaleta (Gipuzkoa). En segundo lugar, en cuanto a contratos reservados, se observará lo realizado por el Ayuntamiento de Burlada (Navarra). En tercer lugar, en lo correspondiente a la introducción de este tipo de cláusulas entre los requisitos de solvencia técnica, se explicará el caso del Ayuntamiento de Hondarribia (Gipuzkoa). En cuarto lugar, para estudiar la introducción de elementos sobre inserción laboral entre los criterios de valoración de la oferta, se acude a lo efectuado por el Ayuntamiento de Las Gabias (Granada). En quinto lugar, en lo relativo a condiciones especiales de ejecución sobre inserción laboral, se observará el caso del Ayuntamiento de Ondarroa (Bizkaia). Finalmente, se aludirán diferentes fuentes en las que es posible consultar y obtener información sobre similares experiencias de otros ayuntamientos.

III.1. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Aretxabaleta: su introducción en la definición del objeto del contrato

En el municipio de Aretxabaleta, en la provincia de Gipuzkoa, residen menos de 7.000 personas. Su Ayuntamiento, a pesar de las dificultades que emanan del hecho de ser “pequeño”, no ha cuestionado la eficacia de las cláusulas sobre inserción laboral y las acoge entre las cláusulas de los pliegos aprobados para sus contratos.

A modo de ejemplo, puede observarse el “Pliego de cláusulas económico-administrativas que han de regir en el concurso abierto para la prestación del servicio de limpieza de edificios públicos de Aretxabaleta y la inserción social de colectivos con dificultades para el acceso al mercado de trabajo”⁷⁶³. Es de destacar, ante todo, la referencia explícita que ya desde el título del propio Pliego se realiza a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. De esta forma se sitúa la consecución de este fin social a la par que el objeto a contratar. Como se adelantaba en líneas precedentes, el Pliego aludido hace referencia expresa a la inserción laboral también en la definición del objeto del contrato. Así, su artículo 2 establece lo siguiente: *El presente contrato tendrá por objeto la prestación de los servicios de limpieza de los edificios públicos de Aretxabaleta llevando una política activa de inserción social de colectivos con dificultades para el acceso al mercado de trabajo (...).*

Por supuesto, una vez de introducirse el deber de realizar una política activa de inserción laboral en la definición del objeto del contrato,

⁷⁶³ El Pliego en cuestión puede consultarse en:

http://www.gizatea.net/doc_up/gizatea/2007_PLIE_ADMIN_LIMPIEZA_ARETXABALETA.pdf

su eficacia exige que se incorporen cláusulas sobre inserción laboral de contenido específico a lo largo del articulado destinado a las fases del procedimiento de contratación. Esto es lo que sucede, como no podía ser de otra manera, en el Pliego del Ayuntamiento de Aretxabaleta. No obstante, no se procede aquí a su estudio, pues la introducción de estas cláusulas en las fases del procedimiento de contratación se analiza en las experiencias de los ayuntamientos recogidas a continuación.

III.2. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Burlada: la reserva de mercado

Burlada es el cuarto municipio más poblado de Navarra. No obstante, su número de habitantes no supera la cifra de 19.000. Como en el caso anterior, también el Ayuntamiento de Burlada ha integrado el objetivo de la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en su contratación pública.

Como muestra de ello, puede observarse el "Expediente de contratación para la asistencia en la gestión del servicio de ayuda a domicilio (SAD) en el municipio de Burlada mediante reserva de contratos a centros especiales de empleo y centros de inserción sociolaboral establecida en el artículo 9º de la ley foral 6/2006 de contratos públicos"⁷⁶⁴. Como indica el largo nombre de este Expediente, mediante el mismo se materializa una reserva de mercado para, entre otras, las empresas de inserción.

⁷⁶⁴ El Expediente puede consultarse en: <http://www.faedei.org/cl%C3%A1usulas-sociales/recursos/pliegos-aplicados/fase-admisi%C3%B3n>

Concretamente, el cuarto apartado del expediente en cuestión establece lo siguiente: *Se aplica al procedimiento la figura de reserva de contratos a entidades de carácter social del artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, por lo que solamente podrán participar en el procedimiento de licitación aquellas empresas cuya mayoría de trabajadores sean discapacitados, y aquellas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social.* Es esta última dicción la que sirve para aludir a las empresas de inserción.

Una vez realizada la reserva de mercado a este tipo de empresas, el expediente se encarga de exigir a las mismas la debida acreditación en dicho sentido. Es decir, en la medida en que se trata de un contrato reservado a un determinado tipo de empresas, los licitadores han de demostrar que se encuentran entre las mismas. A tal fin, el sexto apartado del expediente aludido exige a los participantes *presentar autorización administrativa, inscripción en el Registro correspondiente o cualquier otra prueba acreditativa fehaciente de tratarse de empresas cuya mayoría de trabajadores sean discapacitados o de tener por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social, esto es figuras regladas legalmente bajo el nombre de Centros de Inserción Sociolaboral o Centros Especiales de Empleo.*

III.3. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Hondarribia: su introducción en la solvencia técnica

El municipio guipuzcoano de Hondarribia cuenta con una población no superior a los 17.000 habitantes. Por tanto, se trata de un municipio un poco menor al de Burlada en cuanto a habitantes y considerablemente

mayor al de Aretxabaleta. El Ayuntamiento de Hondarribia, al igual que han hecho los otros dos Consistorios vascos aludidos, busca fomentar la inserción laboral a través la contratación pública.

Este Ayuntamiento exige requisitos relacionados con la inserción laboral entre las condiciones de solvencia técnica en el "Pliego de condiciones económico-administrativas que habrá de regir en el concurso mediante procedimiento abierto para adjudicar las obras de reforma, legalización de bar y mejora de accesos al hogar del jubilado «Kasino Zaharra»"⁷⁶⁵. Concretamente, se establece una capacidad técnica vinculada a la inserción laboral de personas y colectivos desfavorecidos del mercado laboral. En este sentido, el apartado decimoctavo, en su punto e), indica que dicha solvencia técnica puede acreditarse con la inscripción en un registro oficial de empresas de inserción.

Aunque merezca una valoración positiva el hecho de incorporar cláusulas de esta índole entre los requisitos de solvencia técnica, ha de apuntarse que las mismas han de estipularse con una mayor precisión. Es decir, en el caso de este Pliego, si de lo que se trata es de que las empresas demuestren su verdadera labor en materia de inserción laboral, quizás no sea suficiente solicitar la inscripción en un registro de empresas de inserción, sino que tal vez resulte más apropiado requerir otro tipo de información que realmente pruebe que integran a personas en situación o riesgo de exclusión social en el empleo.

⁷⁶⁵ Puede accederse al pliego en:

http://www.gizatea.net/doc_up/gizatea/2009_PLIE_ADMIN_CASINO_HONDARRIBIA.pdf

III.4. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Las Gabias: su introducción entre los criterios de valoración de la oferta

Las Gabias es un municipio situado en la provincia de Granada. Su población asciende a casi 17.500 habitantes. De manera similar a la de todos los Ayuntamientos mencionados en las páginas precedentes, el Ayuntamiento de este municipio granadino ha introducido cláusulas sobre inserción laboral en su contratación pública. En este caso, constituye el objeto de estudio tal introducción en la fase de adjudicación del contrato, es decir, entre los criterios de valoración de la oferta.

El "Pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir la adjudicación y ejecución de los servicios de limpieza de determinados edificios públicos de Las Gabias"⁷⁶⁶ establece, como objeto accesorio, el fomento de la inserción laboral, manifestando la voluntad de utilizar la contratación pública con el propósito de estimular los procesos de inserción laboral.

Así, el apartado segundo del Pliego aludido, que regula el procedimiento y la forma de adjudicación del contrato, otorga una valoración de hasta treinta puntos a la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social. Concretamente, se exige el compromiso de que la plantilla de la empresa esté compuesta, en un porcentaje no inferior al 75% y con carácter indefinido, con personas que se encuentren en situación de exclusión social o desfavorecida del

⁷⁶⁶ El pliego en cuestión puede consultarse en:

<http://www.famp.es/famp/variados/equal/equal-andalucia/insercion/docsinsercion/limpiezalasgabias.pdf>

mercado laboral. El compromiso en cuestión ha de manifestarse mediante una declaración jurada de la empresa.

La valoración que otorga el Pliego del Ayuntamiento de Las Gabias al mencionado criterio, que puede ascender hasta los treinta puntos, ha de calificarse como positiva. En mi opinión, sólo a través de puntuaciones de similares porcentajes puede garantizarse un peso real al criterio de inserción laboral frente a otros criterios de índole no social.

III.5. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública del Ayuntamiento de Ondarroa: su introducción entre las condiciones especiales de ejecución

El municipio de Ondarroa, situado en la provincia de Bizkaia, cuenta con una población de alrededor de 9.000 habitantes. El Ayuntamiento de este municipio también hace uso de la contratación pública en aras a conseguir la inserción laboral de aquellas personas que se encuentran en situación o riesgo de exclusión social.

La propuesta del pliego de prescripciones técnicas del "Servicio de Limpieza del Ascensor ubicado en la calle Kanttoipe de Ondarroa"⁷⁶⁷ introduce aspectos relativos a la inserción laboral como condición especial de ejecución del contrato. Así, siendo parte del objeto del contrato la inserción laboral, la empresa que resulte adjudicataria debe contratar a personas y colectivos desfavorecidos provenientes de los Servicios Sociales de Base (desempleados/as de larga duración, mayores de 45 años, mujeres incluidas en programas de acogimiento por violencia de género,

⁷⁶⁷ El mismo puede consultarse en:

http://www.gizatea.net/doc_up/gizatea/2007_PLIE_TECN_ONDARROA_LIMPIEZA_ASCENSOR.pdf

personas sin hogar, inmigrantes o emigrantes de retorno, minorías étnicas, perceptores de Rentas Básicas, perceptores de AES, jóvenes desescolarizados o en busca de primer empleo, mujeres pertenecientes a familias monoparentales, etc.).

La empresa adjudicataria deberá acreditar el compromiso de contratar a las personas anteriormente enumeradas mediante una declaración jurada.

Resulta de especial interés, a mi parecer, lo establecido por el Pliego en lo relativo a la selección de las personas a contratar. El enunciado del pliego dice así: *La administración adjudicadora presentará o facilitará a la empresa, al menos tres candidatos por cada uno de los puestos de trabajo a ocupar, quedando de esta manera la selección como una decisión final del contratista.*

Posteriormente, la empresa deberá entrevistar a todas las personas candidatas y comunicará a la administración adjudicadora, siempre antes del inicio de la ejecución del contrato, quiénes son las personas seleccionadas. A su vez, ha de comunicar las razones que han motivado la no selección de otras personas candidatas. Finalmente, la empresa deberá presentar una copia del alta en la Seguridad Social y una copia del contrato de trabajo en el plazo de un mes desde que se formalicen los contratos de trabajo con las personas seleccionadas.

III.6. La incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública de otros ayuntamientos: varios casos

En líneas precedentes se han expuesto las experiencias relativas a cláusulas sobre inserción laboral de varios ayuntamientos. Las mismas se presentan únicamente como ejemplos, pues son varias las prácticas

desarrolladas en este sentido. Así, entre otros, han introducido cláusulas sobre inserción laboral en su contratación pública los ayuntamientos de los siguientes municipios: Cornellá de Llobregat (Barcelona), Valdepeñas (Ciudad Real), Alpedrete (Madrid), Alcañiz (Teruel), Pamplona (Navarra), Getxo (Bizkaia), Palma de Mallorca (Mallorca), Amurrio (Araba), Sevilla, Girona, Sant Boi de Llobregat (Barcelona), A Coruña, Sabadell (Barcelona), Burgos, Puerto Real (Cádiz), etc. Puede obtenerse información detallada de las experiencias de tales ayuntamientos, y de otros más, en la página web de la Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción⁷⁶⁸. También en la página web de Gizatea, Asociación mencionada en diferentes capítulos de este trabajo, pueden encontrarse ejemplos de pliegos que incluyen cláusulas sobre inserción laboral⁷⁶⁹, todos ellos, en este caso, de ayuntamientos vascos. Ha de tenerse en cuenta que las páginas en cuestión no llegan a recoger todas las prácticas desarrolladas en esta materia. Por un lado, estas Asociaciones pueden desconocer actuaciones que se están realizando por los ayuntamientos. Por otro lado, es posible que conozcan alguna experiencia pero que no hayan procedido a la actualización de su página web. Finalmente, las diversas guías y manuales mencionados a lo largo de este trabajo también proporcionan información relativa a la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública de otros ayuntamientos.

⁷⁶⁸ <http://www.faedei.org/cl%C3%A1usulas-sociales>

⁷⁶⁹ <http://www.gizatea.net/clausulas.php>

CONCLUSIONES

Junto al Derecho del Trabajo todas y cada una de las demás ramas del Derecho deben contribuir en la consecución del pleno empleo y en la erradicación de la exclusión social, objetivos comprendidos entre los principios constitucionales del orden económico y social. Así, también desde el Derecho Administrativo se ha de favorecer la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

La contratación pública –actividad regulada básicamente por el Derecho Administrativo- puede concebirse como una política activa de empleo para la inserción laboral de las personas aludidas.

Pues bien, el análisis realizado en este trabajo demuestra la idoneidad de la contratación pública como instrumento de política activa para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. La inserción laboral de estas personas puede conseguirse mediante la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en las diferentes fases del procedimiento de contratación pública, a saber, en la definición del objeto del contrato, en la definición de los requisitos del contrato, en la selección de licitadores, en la adjudicación del contrato y en la ejecución del contrato.

Es más, queda en evidencia que tanto la regulación como la aplicación de estas cláusulas no se ha desarrollado hasta el máximo de su capacidad, extensión y rigor posibles. La introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública, convirtiendo a ésta en una política activa de empleo y de lucha contra la exclusión social, no ha desplegado ni agotado, todavía, la totalidad de la envergadura a la que

podría y puede aspirar. Si, a pesar de ello, los resultados obtenidos dentro del marco actual son positivos cualitativa y cuantitativamente, es muy probable que sean aún mejores una vez exprimidas todas las posibilidades en dicho sentido. Por ello la conveniencia de no conformarse con lo logrado y seguir avanzando en este camino. Piénsese que existió el día en que la introducción de cualquier aspecto de índole social en la contratación pública se consideraba casi inconcebible. En la actualidad, tras superar tal desacertado e injustificado juicio, el reto está en no seguir subordinándose a los intereses exclusivamente económicos para poder estructurar y consolidar aquellos otros que también aportan un gran beneficio social y económico en el mejor sentido de la palabra, entre ellos, los referidos a la inserción laboral. Por tanto, la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública puede constituir una política activa para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social aún más prometedora y fructuosa.

De esta forma, se ratifica la hipótesis principal que originó la investigación de este trabajo y recogida en la introducción del mismo: la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en las fases del procedimiento de contratación convierte la contratación pública en una política activa efectiva para la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

A fin de corroborar las conclusiones que se exponen a continuación han sido dos las cuestiones principales a resolver. En primer lugar, ¿la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública atenta contra el principio de libre competencia? En segundo lugar, ¿cómo pueden resolverse los conflictos entre este tipo de cláusulas y las libertades económicas comunitarias? Pues bien, en referencia a la primera cuestión, se han ofrecido vías concretas para introducir cláusulas sobre

inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en la contratación del sector público salvaguardando el principio de libre competencia. Por ende, la introducción de este tipo de cláusulas en la contratación pública no puede negarse alegando como argumento el principio de libre competencia. Estas cláusulas y la libre competencia son compatibles si se respetan los límites que exige el Derecho. No se deben confundir los límites jurídicos con los impuestos en razón de intereses de índole exclusivamente económica.

En relación a la segunda interrogación, ante la situación de desregulación y desprotección del derecho al trabajo y a la inserción laboral y en la medida en que el Derecho del Trabajo y la regulación de los mercados de trabajo son competencia de los estados miembros, resulta imprescindible la intervención de éstos en aras a garantizar el respeto de tales derechos. Su reconocimiento y garantía no puede subordinarse a la supremacía de las libertades económicas y situarse en un plano inferior. Por un lado, el derecho al trabajo y a la inserción laboral ha de instaurarse tanto a nivel nacional como internacional mediante normas imperativas (entre otras, Convenios de la OIT). Por otro lado, la inserción laboral ha de promoverse y garantizarse mediante políticas sociolaborales adecuadas con el fin de materializar aquello establecido de forma imperativa. Entre tales políticas sociolaborales se sitúa la contratación pública que introduce cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

Junto a ambas afirmaciones generales se extraen asimismo las siguientes conclusiones específicas:

- 1) La inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social ha de concebirse en los contextos del Estado Social y del Estado de Bienestar. El Estado Social implica el reconocimiento del

Derecho al trabajo –como derecho social-, derecho que envuelve la cuestión de la inserción laboral. En la medida en que las personas en situación o riesgo de exclusión social se encuentran en una situación de desigualdad social y que el mercado es incapaz de garantizarles por sí sólo el acceso al mundo laboral es imprescindible la intervención del Estado en tal sentido. El Estado Social atribuye al Estado la responsabilidad de crear las condiciones, así como de interceder, en aras a alcanzar el pleno empleo y garantizar el derecho al trabajo de todas las personas. El sector público debe por ello destinar al logro de tal fin todas las herramientas que estén a su alcance y puedan contribuir al mismo. Entre tales instrumentos se encuentra la contratación realizada por el sector público.

- 2) La inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social se efectúa mediante la garantía y el ejercicio del derecho al trabajo. El trabajo es uno de los mayores factores de integración social. Mientras el derecho al trabajo carezca de la eficacia jurídica que la realidad social le reivindica, resulta inevitable e inexcusable seguir avanzando en su verdadera realización. De ahí la necesidad de seguir adoptando nuevos mecanismos que posibiliten la eficacia del derecho al trabajo y la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Las medidas dirigidas a favorecer la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social deben situarse entre las principales prioridades de las políticas de empleo. En este sentido, la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público se constituye como una política de empleo orientada a erradicar uno de los mayores problemas de nuestra sociedad, a saber, la exclusión social, y, en concreto, la exclusión laboral.

- 3) Los principales factores de la exclusión laboral son el desempleo y la falta de experiencia y cualificación laboral. No obstante, entre dichas causas también se encuentran la temporalidad y la precariedad laboral que a pesar de referirse a personas que trabajan constituyen elementos de exclusión laboral y social. La inserción laboral engloba el conjunto de acciones dirigidas al acceso de un puesto de trabajo así como a su mantenimiento. Las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública promueven y garantizan el acceso al empleo de las personas en situación o riesgo de exclusión social y, por ende, se transforman en una fórmula contra la exclusión social. Eso sí, en la medida en que el empleo no garantiza del todo la inclusión, las cláusulas sobre inserción laboral deberán reforzarse, en su caso, mediante las políticas de protección social y servicios sociales necesarias para permitir y favorecer el trabajo remunerado de las personas en situación o riesgo de exclusión.
- 4) La necesidad de nuevos mecanismos encaminados a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social se cimienta en el gran número de seres humanos que sufren dicha realidad. Además, el actual contexto de crisis global conlleva que el elevado porcentaje de población que "sobrevive" en esta situación aumenta día a día a causa del continuo incremento del desempleo. Ya en el 2010, como muestra el estudio realizado por la OIT, en 68 países analizados se perdieron un total de 29,4 millones de puestos de trabajo. Todo indica que los datos del 2011 sean todavía más negativos y menos esperanzadores. En la Unión Europea también se constata que el desempleo es la principal causa de pobreza en la población en edad de trabajar: el riesgo de pobreza para las personas en paro es más de cinco veces superior que para las que

tienen trabajo. En el Estado español los datos son alarmantes, el 21,8% de los residentes se encuentran por debajo del umbral de riesgo de pobreza y el paro se situó a finales del 2011 en el 21,52%. Tal preocupante situación avala que la contratación pública se incline por la lucha contra el desempleo y la exclusión social.

- 5) Algunas organizaciones internacionales (entre ellas, especialmente, la Organización Internacional del Trabajo) desarrollan diferentes acciones dirigidas a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. La Unión Europea pretende respaldar y coordinar la actuación de los países miembros en la batalla contra la pobreza y la exclusión social y determinar las políticas más eficaces. No obstante, muchas de las decisiones y actuaciones adoptadas por la Unión Europea demuestran que se está avanzando en sentido contrario. Lo mismo sucede a escala internacional. En el Estado español las medidas esenciales dirigidas al fin en cuestión son las políticas de empleo (activas y pasivas, de forma complementaria y simultánea). Al mismo fin se dirigen también: la Renta Activa de Inserción así como algunas Rentas Mínimas de las Comunidades Autónomas, que incorporan elementos de activación hacia el empleo (ha de señalarse que la RAI es una prestación por desempleo mientras que las Rentas Mínimas forman parte de la asistencia social); las bonificaciones a la contratación de personas en situación de exclusión social y las Empresas de Inserción. Sin embargo, son necesarias otro tipo de medidas y políticas de empleo, ya que las convencionales no garantizan suficientemente el acceso al empleo de estas personas. Entre ellas se alza la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública. Esta medida sirve como herramienta para materializar el acceso al empleo y, además, frente

al coste que pueden suponer las medidas convencionales como la Renta Activa de Inserción o las bonificaciones, constituye un ahorro económico para el sector público en la consecución del fin aludido.

6) La "Cláusula Social" significa el compromiso de cumplir con ciertos objetivos de política sociolaboral por parte del sujeto prestador o ejecutor del servicio u obra. Tales fines sociolaborales pueden ser la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, etc. Por tanto, el contenido de estas cláusulas puede ser muy variado. Las materias analizadas en este trabajo han sido las más aceptadas o desarrolladas hasta el momento, lo que no quiere decir que sean las únicas. Así, de la misma manera en que aquí se aboga por la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública, cabe defender el establecimiento de otro tipo de cláusulas sociales (por ejemplo, las referidas a la estabilidad en el empleo) en la medida en que todas ellas favorecen la realización de un interés público.

7) Existen opiniones no favorables a la consideración de aspectos sobre inserción laboral en los procedimientos de contratación. Algunas de estas opiniones señalan que la normativa sobre contratos públicos debe garantizar la libre competencia e iguales condiciones de acceso al procedimiento de licitación, lo que a su parecer impediría introducir las cláusulas en cuestión. Otras posiciones doctrinales admiten la posibilidad aludida pero manifiestan que la contratación pública no tiene por qué resultar siempre la más idónea a tal fin. A pesar de ello, la postura doctrinal mayoritaria, que se comparte, aboga por la inclusión de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública. El procedimiento de contratación no puede aferrarse exclusivamente a criterios de carácter económico. Los fines de eficacia y eficiencia económica no

impiden que puedan atenderse objetivos de índole social, entre ellos, la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Aceptar tal impedimento sería consecuencia del establecimiento de prioridades entre unos y otros objetivos sin justificaciones suficientes para invocar las económicas a costa de las sociales.

- 8) La normativa en vigor ya refleja un ligero rechazo al sometimiento total de la contratación pública a intereses exclusivamente económicos y consagra su dimensión "social". Así, el Convenio núm. 94 y la Recomendación núm. 84 sobre las cláusulas de trabajo de 1949 de la OIT, apuestan por la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública. Tanto la normativa de la Unión Europea (Directiva 2004/18/CE) como la del Estado español (TRLCSP 2011) admiten la posibilidad de introducir cláusulas sociales, entre ellas de forma explícita las referidas a la inserción laboral, en la contratación del sector público. Sin embargo, únicamente se realiza tal alusión expresa en las fases de adjudicación y ejecución del contrato. Además, estas disposiciones se configuran como potestades y no como obligaciones de los órganos de contratación. Frente a tales limitaciones, este trabajo respalda la consideración explícita de este tipo de cláusulas en otras fases del procedimiento de contratación así como una mayor imperatividad de las mismas. Por otra parte, son abundantes los documentos, guías así como normas jurídicamente no vinculantes elaboradas en el mismo sentido en los ámbitos internacional, comunitario y estatal. A su vez, son varios los gobiernos autonómicos, ayuntamientos, mancomunidades y organismos públicos que han adoptado diferentes actos y actuaciones administrativas reconociendo y desarrollando dicha posibilidad. No obstante, ha de subrayarse que tanto la normativa

(jurídicamente vinculante y no vinculante) como los actos y actuaciones aludidos sólo constituyen un previo y pequeño paso dentro de un contexto que puede –y debe- derivar en un marco mucho más amplio, determinado y, sobre todo, ambicioso. Por ello, corresponde continuar profundizando sobre la manera en que la contratación pública puede ser una política activa de empleo aún más eficaz, para alcanzar y delimitar dicho marco hasta su máximo.

- 9) A la hora de ascender para culminar la cima de dicho marco, las principales razones de carácter jurídico que se presentan como obstáculos son los principios rectores de la contratación pública. En primer lugar, los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, más concretamente, y sobre todo, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento. En segundo lugar, los principios que derivan de estas libertades, entre los más significativos, los de igualdad de trato, de no discriminación y, en especial, el de libre competencia. Sin embargo, las dificultades o impedimentos para introducir cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública no son siempre y exclusivamente de orden jurídico. Así, en los casos en que la normativa admite la posibilidad en cuestión de manera expresa y la doctrina muestra una opinión unánime favorable, su falta de realización responde a otro tipo de razones como pueden ser la falta de voluntad, miedo a integrar nuevos fines y aspectos diferentes de los puramente económicos en todas las actividades del sector público, etc. Son precisamente estos últimos argumentos, a mi parecer, los que transforman a los principios rectores aludidos, y entre ellos, especialmente, el de la libre competencia, en mayores impedimentos –sino excusas- de lo que realmente son. Una forma de interpretación guiada y condicionada por razones concretas siempre va a derivar en el

resultado pretendido. No se puede permitir que una versión interpretativa sumergida en parámetros economicistas desplace aquella otra de índole social y todavía más justa y justificada.

10) El marco correspondiente a la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en la contratación pública puede realizarse a través de las diferentes fuentes del ordenamiento jurídico así como mediante otro tipo de instrumentos de carácter extrajurídico. Entre ellas pueden señalarse la Ley, el Reglamento, la Instrucción y los Pliegos de Cláusulas Administrativas (generales y particulares). No obstante, el campo de posibles fuentes reguladoras de las cláusulas en cuestión se encuentra todavía abierto y fértil.

11) Dentro de semejante abanico de fórmulas, todos y cada uno de los diferentes tipos de contratos públicos (contrato de obras, contrato de concesión de obras públicas, contrato de gestión de servicios públicos, contrato de suministro, contrato de servicios, contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y contrato mixto) ostentan la legitimidad e idoneidad suficientes para albergar cláusulas sobre inserción laboral. En la medida en que la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos; la preparación; la selección del contratista y adjudicación; y los efectos, cumplimiento y extinción analizados posibilitan la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral en diferentes fases del procedimiento de contratación y son idénticos para todos los tipos de contratos, se concluye que en todos ellos pueden incorporarse las cláusulas en cuestión. La afirmación también ha de realizarse en razón a las diferentes prestaciones objeto de cada contrato. A pesar de que ciertos tipos de contratos y prestaciones ofrezcan mayor facilidad para albergar cláusulas sobre inserción laboral, no deben

menospreciarse las otras muchas oportunidades que pueden presentar los demás tipos y prestaciones contractuales. Se está aquí también frente a otro campo recién estrenado.

12) Asimismo, todos los procedimientos de contratación (procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento negociado, contratos menores y diálogo competitivo), en la medida que requieren la aprobación de pliegos de condiciones administrativas particulares, son propicios para acoger cláusulas sobre inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. No obstante, al igual que sucedía con los diferentes tipos y prestaciones contractuales, algunos procedimientos, debido a sus características, parecen ofrecer mayores posibilidades a la hora de introducir este tipo de cláusulas. Debido a tal apreciación se ha inclinado por incluir aspectos sobre inserción laboral de manera más exclusiva en el procedimiento negociado y en el contrato menor. En este sentido, ha de incidirse, una vez más, sobre la conveniencia de integrar con mayor protagonismo las cláusulas sobre inserción laboral también en los restantes tipos de procedimientos.

13) Finalmente, la incorporación de cláusulas sobre inserción laboral puede efectuarse en cada una de las diferentes fases del procedimiento de contratación. Interesa en este punto recordar algunos aspectos clave en dicho sentido. En primer lugar, en la definición del objeto del contrato se deben mencionar expresamente los aspectos sobre inserción laboral que servirán de base para introducir cláusulas de esa índole, por ejemplo, en la fase de adjudicación y de ejecución del contrato. En segundo lugar, pueden establecerse aspectos relacionados con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social tanto a la hora

de definir las especificaciones técnicas como a través de las variantes o mejoras presentadas por los licitadores. En tercer lugar, en lo relativo a la selección de licitadores, se puede configurar la lista de prohibiciones de manera que incluya causas directamente relacionadas con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Cuando la realización de un contrato exija una capacidad concreta ligada con la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, es posible establecer criterios en aras a demostrar la capacidad técnica para ejecutar el contrato en cuestión. En cuarto lugar, pueden atenderse aspectos sobre inserción laboral a la hora de valorar la oferta económicamente más ventajosa así como a través de la preferencia para la adjudicación y reserva de contratos. En último lugar, la inserción laboral puede exigirse mediante las condiciones especiales de ejecución del contrato. En este trabajo se han presentado determinadas propuestas de redacción de cláusulas sobre inserción laboral para cada fase del procedimiento de contratación, lo que no impide que se avance más en esta línea y se establezcan cláusulas sobre inserción laboral más detalladas y comprometidas.

- 14) Una vez expuesto el marco teórico de las cláusulas aludidas la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿qué sucede con su aplicación y articulación? Pues bien, el estudio de varios casos de ayuntamientos que han incorporado cláusulas sobre inserción laboral en su contratación pública demuestra que se trata de una práctica veraz y factible. Como ayuntamiento de dimensión grande se observa la experiencia del de Barcelona. El caso de Avilés se muestra como ejemplo de aquellos de mediana dimensión. Finalmente, son varias las prácticas analizadas en el marco de

ayuntamientos de pequeña dimensión. Una vez concluido este estudio, las razones para difundir y defender estas experiencias como modelos ejemplares son de gran relevancia. Entre ellas destacan su carácter pionero como modelo integral y estructurado aplicable en el seno de un ayuntamiento según su dimensión así como su estado avanzado sobre la materia y los resultados positivos obtenidos. Todo ello viene a corroborar que cuando un ayuntamiento materializa toda su voluntad mediante decisiones y actuaciones, el resultado final se escenifica en una estructuración y aplicación real y eficaz de la contratación pública como política de inserción laboral.

- 15) A fin de que la aplicación efectiva de las cláusulas sobre inserción laboral no se vea impedida a causa de un simple control formal, ha de realizarse un verdadero y firme seguimiento sobre su materialización en cada caso concreto. Ello se puede realizar a través de las prerrogativas de las Administraciones pero se requieren mayores medios de los existentes hoy día. Los poderes públicos han de gozar de la competencia suficiente para inspeccionar, evaluar y verificar si las empresas contratistas cumplen con las obligaciones derivadas de lo establecido en las cláusulas aludidas. Al control de estas cláusulas -mediante auditorías sociolaborales así como a través de la información social que publican las empresas aludidas en este trabajo- han de sumarse otras medidas más específicas y rigurosas.

Las contribuciones principales al campo de investigación afectado son las siguientes:

- a) Se demuestra y ratifica que la negación a la introducción de cláusulas sobre inserción laboral en las fases del procedimiento de

contratación pública no puede fundamentarse en el principio de libre competencia, ni tampoco en las libertades económicas comunitarias.

- b) Se ofrece el marco jurídico y de diferente índole apropiado para el establecimiento y aplicación efectiva de las cláusulas sobre inserción laboral en la contratación del sector público.
- c) Se recogen propuestas de redacción concretas de cláusulas sobre inserción laboral para ser introducidas en cada una de las fases del procedimiento de contratación respetando el marco jurídico vigente.
- d) Se presentan experiencias de determinados ayuntamientos en aras a proporcionar modelos integrales con resultados positivos para los ayuntamientos que deseen trabajar en la misma vía.

Resulta interesante subrayar ciertas claves de cuyo estudio pueden derivar futuras investigaciones:

- 1) En este trabajo se ha defendido que las cláusulas sobre inserción laboral no infringen el principio de libre competencia. En este sentido, sería interesante seguir ahondando sobre la siguiente cuestión: ¿ha de seguir valorándose el establecimiento de este tipo de cláusulas a la sombra de principios de carácter económico entendidos además de forma restrictiva y "economicista"? ¿Qué impide su valoración a la inversa?
- 2) Podría atenderse la idoneidad de cláusulas sobre inserción laboral más exhaustivas y exigentes. Asimismo, convendría realizar investigaciones en relación a cláusulas sociales de otro contenido (comercio justo, estabilidad en el empleo, mejora de las condiciones laborales, etc.).

- 3) Sería interesante recoger lo derivado de las investigaciones de este estilo en instrumentos que faciliten la aplicación efectiva de estas cláusulas en los ayuntamientos.
- 4) Resultaría plausible explorar mecanismos que ofrezcan mayores posibilidades sobre el control del cumplimiento de este tipo de cláusulas.

En fin, lo que hasta el momento en esta dirección se ha realizado, como en todos los progresos de la historia, constituye un primer y gran paso. Pese a tal importancia, también ha de hacerse hincapié en que queda aún hoy por hoy un largo camino por recorrer en este sentido. A este último fin ha pretendido contribuir, sobre todo, el trabajo aquí presentado.

BIBLIOGRAFÍA

ALUJAS RUIZ, Joan Antoni, *Políticas activas de mercado de trabajo en España. Situación en el contexto europeo*, CES, Madrid, 2003.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, 2010, pp. 45 a 64.

ANTÓN, Antonio (Coord.) y Otros, *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, Talasa, Madrid, 2000.

APARICIO TOVAR, Joaquín, *Introducción al derecho social de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2005.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas y Estado social*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1995.

ARENAS ALEGRÍA, Cristina Clementina, "Análisis de las principales novedades en materia de contratación pública", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 73, 2008, pp. 52 a 58.

ARÍAS RODRÍGUEZ, Ángel, "Breve ensayo sobre los valores actuales del derecho del trabajo", *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 21, 2003, pp. 541 a 547.

ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, "Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa social?", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009, pp. 221 a 240.

BASTARDO YUSTOS, Francisco Manuel, "Las condiciones especiales de ejecución en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público", *El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 17, 2008, pp. 2911 a 2928.

BAYLOS GRAU, Antonio Pedro, "Crisis, modelo europeo y reforma laboral", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (Ejemplar dedicado a: *Estado y mercado, en situación de crisis*), núm. 14, 2010, pp. 109 a 120.

- "Globalización y derecho del trabajo: Realidad y proyecto", *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 15, 1999, pp. 19 a 49.

- "Estado de bienestar y derechos sociales", en VV.AA.: *Crítica y futuro del estado del bienestar: reflexiones desde la izquierda*, FERNÁNDEZ GARCÍA, Tomás y GARCÉS FERRER, Jorge (Coords.), 1999, pp. 21 a 34.

BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco y Otros, *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*", Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

BERASATEGI TORICES, Javier, "El control administrativo independiente de la contratación pública", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1734 a 1743.

- "Comentarios al proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm.1, 2007, pp. 1758 a 1770.

BERMEJO VERA, José, *Derecho Administrativo básico: Parte general*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel, "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, 2008, pp. 211 a 252.

BLANQUER CRIADO, David, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

BLÁZQUEZ ROMÁN, José Alejandro y RAMÍREZ HORTELANO, Patricia, "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pp. 39 a 48.

CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003.

CAMPAMÁ, Guillermo, "Gestión de recursos humanos: la auditoría sociolaboral", *Forum calidad*, núm. 18, 2006, pp.46 a 49.

CANALES GIL, Álvaro y HUERTA BARAJAS, Justo A., *Comentarios sobre la Contratación Pública Comunitaria y la Ley de Contratos del Sector Público*, IUGM, Madrid, 2008.

CARDONA RUBERT, María Belén (Coord.) y Otros, *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000.

-“Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas (*Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales*), núm. 2, 2006, pp. 172 a 197.

CARMONA ORANTES, Gabriel, “Formación para la Inclusión Social. Nueva Tendencia en la Lucha Contra la Exclusión”, *Universitas tarraconensis: Revista de ciències de l'educació*, núm. 1, 2005, pp. 87 a 104.

CATALÁ MARTÍ, José Vicente, BONONAD GRAU, Juan V. y Otros, *La contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Cizur Menor, 2008.

CHAVES AVILA, Rafael y SAJARDO MORENO, Antonia, “La inserción laboral a través de la economía social en el ámbito de las políticas activas de empleo”, *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 26, 1999, pp. 57 a 84.

Comisión Europea (CE), *La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social. Un marco europeo para la cohesión social y territorial*, Luxemburgo, 2011.

- “*Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement*”, *Comission staff working document*, Brussels, 19.10.2010.

- “*Study on the incorporation of Social Considerations in Public Procurement in the EU. Proposed Elements for taking account of the Social Considerations in Public Procurement*”, 21st July 2008.

- *¡Compras ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica*, 2005.

- *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, Bruselas, 15.10.2001.

Corporate Social Responsibility Europe (CSR Europe), “*A CSR Europe Helpdesk Service for Epson. Sustainable Public Procurement*”, CSR Europe, May 2009.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I*, Civitas, Cizur Menor, 2008.

- *Manual de Derecho Administrativo: Tomo I*, Civitas, Cizur Menor, 2007(a).

- "La Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Española de Control Externo*, núm. 27, 2007(b), pp. 15 a 40.

CRUZ VILLALÓN, Jesús y PÉREZ DEL RÍO, Teresa (Coords.), *Una aproximación al derecho social comunitario*", Tecnos, Madrid, 2000.

CUBA VILA, Belén, "Significado y aplicación de los criterios sociales en la contratación pública", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 11, 2011, pp. 1367 a 1378.

DE LA CAL BARREDO, Mari Luz y DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel, "Algunos interrogantes en torno a los programas de inclusión activa como estrategia de lucha contra la pobreza y la exclusión social", *Lan Harremanak*, núm. 22, 2010, pp. 45 a 87.

- y BENGOETXEA ALKORTA, Aitor, "La flexiseguridad como clave de la política de empleo de la Unión Europea: entre la competitividad, la inclusión social y el respeto a los derechos sociales", en VV.AA.: *La nueva Estrategia Europa 2020: una apuesta clave para la UE en el s. XXI*, DE LA CAL BARREDO, M^a Luz, BENGOETXEA ALKORTA, Aitor, GARCÍA LUPIOLA, Asier, UNCETABARRENECHEA LARRABE, Javier (Coords.), 2011, pp. 13 a 66.

DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel, "Los códigos de conducta, una forma atípica de regular las relaciones laborales", en VV.AA.: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan y RAMIRO, Pedro (eds.), Icaria, Barcelona, 2009, pp. 119 a 145.

- *Reparto y Capitalización. Estudio comparado de sistemas de pensiones*, CES, Madrid, 2007.

- *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Comares, Granada, 2006.

- "Políticas de empleo y rentas mínimas", *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales* (Ejemplar dedicado a: *Políticas de Empleo*), núm. 10, 2001, pp. 109 a 136.

DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina, "La protección de los colectivos desfavorecidos: jóvenes, minusválidos y personas de la tercera edad", en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1427 a 1465.

DÍEZ MORENO, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Civitas, Cizur Menor, 2006.

- y LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente, "La contratación administrativa en la UE y el ordenamiento español", *Política exterior*, núm. 43, 1995, pp. 146 a 164.

DOMÍNGUEZ CASCÓN, María, BALLESTEROS ORDÓÑEZ, María y MIGUEL MIGUEL, Gemma, *Las empresas de inserción: su acceso a la contratación pública*, Caja de Burgos, 2003, p. 48.

DONDERIS ROMERO, Ignacio y KONINCKX FRASQUET, Amparo, "Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares", en VV.AA.: *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública. En especial en la administración local*, KONINCKX FRASQUET, Amparo (Dir.), LA LEY, Madrid, 2009.

DORREGO DE CARLOS, Alberto, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: retos y oportunidades para la Administración y nuestras empresas", *Diario La Ley* (artículo en versión electrónica), núm. 6934, 2008.

ESLAVA RODRÍGUEZ, Manuela, "Contratación pública internacional", en VV.AA.: *Curso de contratación internacional*, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Coords.), COLEX, 2003, pp. 586 a 616.

ESPINA MONTERO, Álvaro, "¿Existe un modelo europeo de empleo? El proceso de Luxemburgo", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 820, 2005, pp. 123 a 168.

ESTÉVEZ GONZÁLEZ, Carmen, *Las rentas mínimas autonómicas. Estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, CES, Madrid, 1998.

Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI), *Identificación y diagnóstico integral de las empresas de inserción en España*, Editorial Popular, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María, *Contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2008.

FERNÁNDEZ CORNEJO, José Andrés y ALGARRA PAREDES, Ángel, *El mercado de trabajo en la Unión Europea, Fundamentos teóricos y políticas de empleo*, Pirámide, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, "El régimen de la incorporación de criterios ambientales en la contratación del sector

público: su plasmación en las nuevas leyes sobre contratación pública de 2007", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 80, 2008, pp. 41 a 72.

FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Marcial Pons, 2008, Madrid.

FERREIRO REGUEIRO, Consuelo, "Los desplazamientos transnacionales tras el asunto *Rüffert*", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009, pp. 1251 a 1264.

Fomento de Estudios Sociales y Sociología Aplicada (FOESSA), *Exclusión y Desarrollo Social, Análisis y perspectivas 2012*, 2012.

- *VI Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008*, 2008.

FUENTES GARCÍA, Fernando J. (Dir. y Coord.), VEROZ HERRADÓN, Ricardo y MORALES GUTIÉRREZ, Alfonso Carlos, *Introducción a la auditoría sociolaboral*, DM Serie Tresmiles, 2005, Murcia.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, "¿Pueden incluirse cláusulas sociales en la contratación pública? (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 114, 2011 (a), pp. 1 a 12 (artículo en formato electrónico).

- "Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 113, 2011 (b), pp. 64 a 69.

- "Necesidad e idoneidad de los contratos celebrados por el sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 81, 2008, pp. 62 a 68.

- "El objeto de los contratos administrativos", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 69, 2007, pp. 48 a 57.

GAMERO CASADO, Eduardo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2007.

GARATE CASTRO, Javier, "Descentralización productiva por medio de contrataciones de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de la Seguridad Social, con especial referencia a las administraciones públicas", *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2004, pp. 1035 a 1057.

GARCÉS SANAGUSTIN, Mario, "Contratación en el sector público y competencia: incidencia práctica de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 119 a 143.

GARCÍA BENAÚ, María Antonia, "La función social de la auditoría y la RSE", en VV.AA.: *La responsabilidad social de las empresas y los nuevos desafíos*

de la gestión empresarial, GARCÍA PERDIGUERO, Tomás y GRACÍA RECHE, Andrés (Coords.) 2005, pp. 145 a 168.

GARCÍA COSO, Emiliano, "Mercado interior (III): derecho de establecimiento y libre prestación de servicios", en VV.AA.: *Derecho de la Unión Europea*, SÁNCHEZ, Víctor Manuel (Coord.), Huygens, 2010, pp. 239 a 250.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas, Cizur Menor, 2008.

GARCÍA IBÁÑEZ, Isaac, "Contratos públicos y defensa de la competencia", *Actualidad administrativa*, núm. 1, 2010, pp. 20 a 24.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y GOÑI SEIN, José Luis, "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrataciones" en VV.AA.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones*, *Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 133 a 159.

GARCÍA TRUJILLO, Sebastián, "La crisis del Estado de Bienestar", *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 30, 1994, pp. 278 a 309.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2002.

GIMENO FELIÚ, José María, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

- "Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley del Sector Público", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 14, 2007.

- "Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 52, 2006(a), pp. 33 a 46.

- *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006(b).

-(Coord.) "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales", en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.

Gizatea, *El retorno económico de las empresas de inserción a la Administración*, II. Jornada de Empresas de Inserción, Bilbao, 14 de diciembre de 2009.

GOERLICH PESET, José María (Dir.), GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración (Coord.) y Otros, *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011.

GÓMEZ GARCÍA, Jesús María y ROMÁN ORTEGA, Azucena, "Instrumentos de lucha contra la exclusión a través de la inserción sociolaboral: las empresas de inserción", *Revista de servicios sociales y política social*, núm. 77, 2007, pp. 9 a 26.

GONZÁLEZ RABANAL, Concepción, "La necesidad de repensar el Estado de Bienestar", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 31, 2001, pp. 15 a 36.

GONZÁLEZ VAZQUEZ, Ignacio, *El cambio de orientación de la política social comunitaria. Del Estado del Bienestar a la Sociedad del Bienestar*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, Departamento de Economía e Historia Económica, 2011.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, "¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?", *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, pp. 27 a 67.

GRAU PINEDA, Carmen, *Bonificaciones en la cotización y fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, *Derecho del Trabajo y Defensa de la Competencia*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Valencia, 2008.

GUIDO BALANDI, Gian, "La Constitución Europea entre lo social y la libre competencia", en VV.AA.: *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, CASAS BAAMONDE, María Emilia, DURÁN LÓPEZ, Federico y CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coords.), La Ley, Madrid, 2006, pp. 133 a 148.

GUINOT BARONA, María, "La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2008, pp. 120 a 136.

GUTIÉRREZ HURTADO, Francisco Javier y LOBEJÓN HERRERO, Luis Fernando, "Cláusulas sociales, comercio internacional y derechos laborales. La perspectiva de los países subdesarrollados", *Revista de Economía Crítica*, núm. 7, 2009, pp. 55 a 73.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan, "¿*Lex mercatoria* o derechos humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales", en VV.AA.: *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan y RAMIRO, Pedro (eds.), Icaria, Barcelona, 2009, pp. 13 a 46.

JARAÍZ ARROYO, Germán (Coord.) y Otros, *Actuar ante la exclusión. Análisis, políticas y herramientas para la inclusión social*, Fundación FOESSA y Cáritas Española Editores, Madrid, 2009.

JIMÉNEZ APARICIO, Emilio y Otros, *Comentarios a la legislación de contratación pública, Tomos I, II, III y IV*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, "Las relaciones entre el Derecho del Trabajo y el derecho del Empleo (sobre el sentido de la ubicación del art. 16 ET en el marco del sistema normativo de la política de empleo)", *Civitas: Revista española de derecho del trabajo*, núm. 98, 1999 , pp. 817 a 839.

- "Constitución y futuro del modelo español del derecho del trabajo del próximo siglo", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 2, 2000 , pp. 155 a 184.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Fuentes del Derecho*, LETE, Bilbao, 2007.

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*, núm. 13, 2005, pp. 53 a 86.

LILLO PÉREZ, Enrique, "Globalización y derecho del trabajo", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (Ejemplar dedicado a: *Globalización y derecho*), núm. 9, 2005, pp. 71 a 78.

LINDE PANIAGUA, Enrique, *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001.

- "Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el Mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, pp. 35 a 45.

LLINARES CERVERA, Pedro, "Algunas consideraciones sobre los criterios de adjudicación en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la luz del Derecho Comunitario", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 82, 2009, pp. 36 a 63.

LÓPEZ ANDREU, Martí, LOPE PEÑA, Andreu y VERD PERICÁS, Miquel, "El empleo subvencionado: entre las políticas activas de empleo y la mutación

del salario”, *Cuadernos de relaciones laborales*, (Ejemplar dedicado a: *La transformación del Derecho del Trabajo*), Vol. 25, núm. 2, 2007, pp. 151 a 178.

LUCENA CAYUELA, Carme, *La contratación del sector público local, aspectos prácticos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Tecnos, Madrid, 2008.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo, *La Constitución del Trabajo en el Estado Social*, Comares, Granada, 2002.

MANTECA VALDELANDE, Víctor, “La contratación pública en la Unión Europea”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2003, pp. 5 a 14.

MARSI, Luca, “Precariedad laboral y pobreza: los límites de la ciudadanía en la sociedad neoliberal”, *Revista Electrónica Historia Actual Online*, núm. 24, 2011, pp. 139 a 152.

MARTIN JIMENEZ, Rodrigo, *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, CES, 2001.

MARTÍN PUEBLA, Eduardo, “Empresas de inserción y política de empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, pp. 2185 a 2206.

MARTÍN REBOLLO, Luis, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

MARTÍN OVIEDO, José María; PRESEDO REY, Claudia María y Otros, *Memento practico Francis Lefebvre Contratos Públicos 2007-2008*, Francis Lefebvre, Madrid, 2008.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 16ª edic., Tecnos, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, “Derecho al trabajo y políticas de empleo”, en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1301 a 1367.

MARTÍNEZ FONS, Daniel, “La contratación pública como instrumento de la política de empleo y la libre competencia”, Comunicación presentada al XX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en la Rioja los días 28 y 29 de mayo de 2009 (a).

- “Cláusulas sociales, libre competencia y contratación pública”, Documento de trabajo 153/2009, Fundación Alternativas, 2009 (b).

MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio, "El discurso de la Unión Europea en materia de políticas de empleo y exclusión social. Análisis sociológico de la Estrategia Europea de Empleo", *Papers: Revista de sociología*, núm. 96, 2011, pp. 35 a 54.

MARTÍNEZ VAZQUEZ, Francisco, "La contratación pública en España tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Diario La Ley*, núm. 6934, 2009, pp. 1 a 5.

MEDINA ARNÁIZ, Teresa, "El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 85, 2009, pp. 32 a 52.

MELERO ALONSO, Eduardo y ESPÍN SÁEZ, Maravillas, "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal", *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 302, 2008, pp. 3 a 64.

- y VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa, "El «derecho a» y las «políticas de» de inserción a favor de los desempleados más vulnerables: balance del quinquenio de "rentas activas de inserción", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 268, 2005, pp. 3 a 36.

MONEREO PÉREZ, José Luis y Otros, *Manual de política y derecho del empleo*, Tecnos, Madrid, 2011(a).

- *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011 (b).

- "Para una crítica de las «soluciones» iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 20-21, 2009, pp. 51 a 136.

- *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

- y MOLINA NAVARRETE (a), Cristóbal, "El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y

MORENO VIDA, María Nieves (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 287 a 355.

- y MOLINA NAVARRETE (b), Cristóbal, "El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves (Dirs.), Comares, Granada, 2002, pp. 1323 a 1369.

- "El derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del derecho del trabajo", *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 2, 2000, pp. 237 a 300.

- *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Valladolid, 1999.

- *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, "La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 33, 2001, pp. 61 a 74.

MORALES ORTEGA, José Manuel, "Los destinatarios de las políticas de empleo", en VV.AA.: *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pp. 288 a 319.

MORENO MÁRQUEZ, Gorka, *Trabajo y ciudadanía. Un debate abierto*, Ararteko, Vitoria/Gasteiz, 2003.

MORENO MOLINA, José Antonio, "La decisiva influencia del Derecho comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público", en VV.AA.: *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, COLÁS TENAS, Jesús y MEDINA GUERRERO (Coords.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.

- "La nueva Ley de contratos del sector público", *La Ley*, núm. 6876, 2008, pp. 9 a 11.

- "La valoración de las ofertas en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 65, 2007(a), pp. 72 a 77.

- "Cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 60, 2007(b), pp. 25 a 28.

- "Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho

común”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 34, 2004, pp. 28 a 53.

- *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 1996.

MORENO MOLINA, José Antonio y PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2008.

MORENO, Luis y PÉREZ YRUELA, Manuel (Comps.), *Política social y Estado del Bienestar*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1992.

MORGADO PANADERO, Purificación, “Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2007, pp. 3 y 13 (formato electrónico LA LEY).

MORRÁS CEPEDA, Javier y YÁÑEZ DIAZ, Carlos, *Comentarios a la legislación de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, GARCÍA DELGADO, José Luis y GONZÁLEZ SEARA, Luis (Dirs.), *Las estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas, Madrid, 2002.

NAVARRO NIETO, Federico, *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2000.

NAVARRO NIETO, Federico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. y GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (Dirs.), *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.

OLMEDA FREIRE, Gladys B., “La renta mínima garantizada: a caballo de la asistencia, la seguridad social y la política de empleo”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 7, 1997, pp. 33 a 56.

OJEDA AVILÉS, Antonio y GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La Contratación Pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Estudio general de la Conferencia Internacional del Trabajo relativo al Convenio (núm. 94) y a la Recomendación (núm. 84) sobre las cláusulas de trabajo*, Informe III (Parte 1B) 97ª reunión, 2008.

ORRIOLS I SALLES, Maria Angels, “Les exigents lingüístiques en els contractes i convenis amb les administracions catalanes », en AA.VV. :

Mundialització, lliure circulació i immigració, i l'exigència d'una llengua com a requisit: el cas del català, llengua oficial en part del territori d'un Estat : Seminari, Barcelona, 26 de setembre de 2007, MILIAN I MASSANA, Antoni (Coord.), Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, 2008, pp. 311 a 340.

PALACIO MORENA, Juan Ignacio y ÁLVAREZ ALEDO, Carlos, *El mercado de trabajo: análisis y políticas*, Akal, Madrid, 2004.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, "Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica", *Revista de Política Social*, núm. 143, 1984, pp. 14 y ss.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I: Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano, PALOMAR OLMEDA, Alberto y Otros, *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, vols. 1, 2, 3 y 4*, BOSCH, Barcelona, 2009.

Parlamento Europeo, Documento de trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos, 14.2.2007.

PASCUAL FAURA, Marcelo, "Gestión de recursos humanos y auditoría sociolaboral", en *La empresa: información jurídica, económica y financiera: organización y gestión de personal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1057 a 1094.

PÉREZ ALCÁNTARA, Antonio José, "Los principios de contratación pública y la Ley de Contratos del Sector Público", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 21, 2008, pp. 3511 a 3519.

PÉREZ LLORCA, Javier, "La contratación de obra pública como instrumento de política social", *Documentación Social*, (ejemplar dedicado a: *Las empresas de Inserción a debate*), núm. 117-118, 1999-2000, pp. 283 a 296.

PÉREZ YÁÑEZ, Rosa María, "La inserción social a través del trabajo. A propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2008, pp. 1007 a 1039.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria", en VV.AA.: *La protección jurídica del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (Coord.), Vol. I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 773 a 796.

PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 56, 2006, pp. 6 a 8.

"Repercusiones en la contratación administrativa de disposiciones de convenios colectivos", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 41, 2005, pp. 25 a 26.

RECIO ANDREU, Albert, "Reducción de la jornada de trabajo y empleo: interrogantes en torno a una consigna popular", en VV.AA.: *El libro de las 35 horas*, El Viejo Topo, 1998, pp. 135 a 154.

REDONDO, Helena, "La Auditoría Interna y la Responsabilidad Social en el contexto de empresas sostenibles", *Auditoría Interna*, núm. 21, Extra 75, 2005, pp. 27 a 29.

RETOLAZA AVALOS, José Luis y RAMOS FERNANDEZ, Miguel, "Modelización del costo de las empresas de inserción para la administración pública", *CIRIEC – España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 52, 2005, pp. 361 a 386.

RIAÑO POMBO, Miguel y SÁNCHEZ VILLALTA, Marta, "Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 301, 2010, pp. 77 a 84.

RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio (Dir.), *Servicios sociales y cohesión social*, CES, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, "El Estado social: alcance, significado y manifestaciones", en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, Antonio V. (Dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo (Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 1281 a 1299.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "La reforma del mercado de trabajo de 2010: una apuesta por la flexibilidad en la ordenación de las relaciones laborales", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, pp. 85 a 161.

- *Cláusulas Sociales y Licitación Pública: Análisis Jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009.

- "Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 305-306, 2008, pp. 3 a 64.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Los contratos del sector público (comentario)*, Edisofer, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Mercedes, "El caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, pp. 213 a 243.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, "Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos", *Relaciones Laborales*, núm. 8, 1998, pp. 425 a 457.

ROMÁN VACA, Eduardo, "El pliego de cláusulas administrativas generales de calidad social en la contratación pública del Ayuntamiento de Sevilla", *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008.

- "Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano", núm. 36, *Revista de Derecho Social*, 2006.

RUIZ ROQUEÑI, Maite, RETOLAZA AVALOS, José Luis y MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber, "Cláusulas sociales y mercados tutelados: herramientas para la competitividad de las empresas de inserción", *CIRIEC – España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, núm. 59, 2007, pp. 123 a 151.

SÁEZ LARA, Carmen, "Las cláusulas sociales en los contratos del sector público", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 14, 2009, pp. 15 a 58.

- y DURÁN LÓPEZ, Federico (Coords.), "Mercado único, libre competencia y Derecho del trabajo", en *Unidad de mercado y relaciones laborales*, Recoge los contenidos presentados a: Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (25. 2006. Palma del Río), 2007, pp. 15 a 56.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert, "Una visión crítica de la *Guía sobre contratación pública y competencia* publicada por la CNC", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 21, 2011, pp. 10 a 31.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo: Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008.

- *Derecho Administrativo, Parte General*, Tecnos, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, "Excluidos sociales: empleo y protección social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2005, pp. 171 a 190.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. y Otros, *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005.

SEVILLA MERINO, Julia y VENTURA FRANCH, Asunción, "Evolución del Derecho social europeo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (Ejemplar dedicado a: *Derecho social Internacional y Comunitario*), núm. 57, 2005, pp. 75 a 90.

SUBIRATS HUMET, Joan, *Pobreza y exclusión social. Un análisis de la realidad española y europea*, Colección Estudios Sociales, Fundación La Caixa, Barcelona, 2004.

SUPIOT, Alain (Coord.) y Otros, *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

TEZANOS TORTAJADA, José Félix, *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer Foro sobre tendencias sociales*, Fundación Sistema, Madrid, 2004.

TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987.

VALDÉS DAL-RE, Fernando y LAHERA FORTEZA, Jesús, "La flexiseguridad laboral en España", *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, núm. 157, 2010.

VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 298, 2008, pp. 115 a 178.

VARA ARRIBAS, Gracia, "Novedades en el Debate Europeo sobre la Contratación Pública", *Revista española de derecho europeo*, núm. 26, 2008, pp. 115 a 150.

VÉRNIA TRILLO, Silvia, "La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pp. 429 a 453.

VICENTE IGLESIAS, José Luis, "Reflexiones sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *La Ley*, núm. 6871, 2008(a), pp.1 a 5.

- *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008(b).

VIDAL, Isabel, "El mercado, el estado del bienestar y el sector de la economía social", en VV.AA.: *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Gobierno del Principado de Asturias, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo: Universidad de Oviedo, 2002, pp. 27 a 40.

ZUBERO BEASKOETXEA, Imanol, "Las nuevas relaciones entre empleo e inclusión: flexibilización del trabajo y precarización vital", *Documentación Social: Empleo e inclusión*, núm. 143, 2006.

- *El trabajo en la sociedad. Manual para una Sociología del trabajo*, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 1998.

ZUFIAUR NARVAIZA, José María, "¿Quién defiende la Europa social?", *Temas para el debate*, (Ejemplar dedicado a: *El futuro del libro*), núm. 165-166 (ag.-sept.), 2008, pp. 81 a 83.

ANEXO 1

Actos administrativos, actuaciones administrativas e instrumentos de desarrollo en materia de cláusulas sociales

No es mi intención elaborar un listado exhaustivo de los mismos, sino reflejar la clase de mecanismos usados en la práctica y la variedad de exigencias de carácter social que más se han formulado. Para una enumeración más ordenada clasifico los mismos por Comunidades Autónomas⁷⁷⁰.

a) PAÍS VASCO

a.1.) Territorio Histórico de Bizkaia

El Área de Empleo, Mujer y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Bilbao aprobó un documento sobre la modificación de los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares. El mismo pretende primar, entre otras, a las empresas que para el desarrollo del contrato contraten a desempleados con especiales dificultades de acceso al mercado laboral. Los porcentajes de puntuación oscilan entre el 10 %y 15 %.

⁷⁷⁰ La mayoría de los documentos que se van a citar a continuación pueden consultarse íntegramente en: http://www.lamegi.org/cast/clasulas_sociales/mapa.html. En el caso de los que no se encuentren en el mencionado sitio web se realizará nota a pie de página individual correspondiente.

La mancomunidad de servicios de Uribe Kosta incorpora en un pliego de condiciones administrativas particulares, como parte del objeto del contrato, favorecer el Fomento y Promoción de colectivos con dificultades para el acceso al mundo laboral y que se encuentren en riesgo de exclusión⁷⁷¹.

El Ayuntamiento de Getxo acoge en el objeto del contrato de algunos de sus pliegos de cláusulas administrativas, y también en sus respectivos pliegos de prescripciones técnicas, la ejecución de la obra mediante la realización de procesos de inserción sociolaboral. Lo mismo hace en el caso de un contrato de servicios pero disponiendo que tendrá por objeto la ocupación de personas con minusvalía. Este mismo municipio aprobó un acuerdo por el que se comunica a la unidad de contratación y compras la necesidad de introducir en los pliegos de condiciones de determinados contratos los criterios de valoración de los compromisos de contratación de personas integrantes de colectivos con dificultades para acceder al mercado laboral.

Las Juntas Generales de Bizkaia, acordaron aprobar la Proposición No de Norma relativa a la inclusión de criterios sociales en los procedimientos de contratación de la Diputación Foral como un eficaz instrumento de lucha contra la exclusión social y de incorporación laboral⁷⁷².

⁷⁷¹ Puede consultarse el pliego en: <http://www.uribekosta.org/data/perfil/bicis-admin.pdf>

⁷⁷² BOPV, nº 24, 13-11-2007, serie B, IV.

a.2.) Territorio Histórico de Gipuzkoa

El Ayuntamiento de Hondarribia incorpora como criterio a valorar las propuestas que promuevan la inserción de colectivos desfavorecidos o contemplen en la mano de obra la incorporación de personas que hayan participado en programas públicos de empleo y formación.

El Pleno del Ayuntamiento de Irun acordó, en relación con la cláusula social en la contratación pública, incluir la cláusula social para generar cohesión social y lograr la inserción socio-laboral de las personas en situación o riesgo de exclusión.

La Mancomunidad de Urola Kosta incluyó en uno de sus pliegos de cláusulas administrativas particulares las propuestas que promuevan la inserción de colectivos desfavorecidos como criterio a valorar entre 0 y 30 puntos

a.3.) Territorio Histórico de Araba

El Ayuntamiento de Amurrio exige en un pliego de cláusulas administrativas particulares que la empresa adjudicataria garantice que entre un 40-75 % de la plantilla se cubrirá con trabajadores en situación o riesgo de exclusión social.

b) ASTURIAS

El Ayuntamiento de Avilés ha aprobado un "Pliego de especificaciones técnicas para la conservación, mantenimiento y limpieza de zonas verdes en el municipio de Avilés" donde figuran cláusulas de carácter social. También ha elaborado un documento sobre "Cláusulas

sociales en la contratación de obras y servicios públicos. Estrategia de implantación progresiva en el ayuntamiento de Avilés". Pero sin lugar a duda es la "Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés"⁷⁷³ el instrumento más relevante. Avilés es el único Ayuntamiento que ha diseñado y aplica criterios que tratan de atender a las personas con especiales dificultades. Hasta ahora⁷⁷⁴ se han firmado nueve contratos basados en estas cláusulas, que han supuesto la entrada en el mercado laboral de más de cuarenta personas en riesgo de exclusión.

c) MADRID

El Ayuntamiento de Getafe aprobó un Pliego de prescripciones técnicas con inclusión de las cláusulas en cuestión. No obstante, de mayor importancia fue el Decreto 213/1998 de la Comunidad de Madrid. Más reciente y avanzado en la materia es el documento elaborado por el Observatorio de la Exclusión Social y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid titulado "Hacia una contratación responsable. Propuestas para la incorporación de Criterios Sociales en la Contratación Pública en el ámbito de la Comunidad de Madrid"⁷⁷⁵.

⁷⁷³ BOPA, nº 188, 13-VIII-2009.

⁷⁷⁴ Datos obtenidos a fecha de 04-01-2010.

⁷⁷⁵ Puede consultarse el documento íntegro en: <http://www.observatorioinclusion.org/>

d) CATALUNYA

ADIGSA, empresa pública del Departamento de Medio Ambiente y Vivienda, que administra y gestiona las viviendas sociales públicas de la Generalitat de Cataluña, es centro de varias experiencias en materia de cláusulas sociales. Así, cuenta con un programa de "puesta a punto", un acta de formalización de reserva de puestos, un anexo sobre la regulación de la cláusula social, un modelo de convenio, un pliego de Bases y un artículo que explica el proyecto sobre la inclusión de cláusulas sociales.

El Ayuntamiento de Girona aprobó un acuerdo para regular la cláusula social, posee una tabla de cláusulas ejecutadas a finales de octubre de 2005, así como un documento sobre la regulación de la cláusula social. También dispone de un documento para la valoración de cláusulas sociales en la empresa, con el objetivo de conocer la opinión de las empresas que participen en proyectos municipales que incorporen la cláusula social, y de una ficha de valoración.

El Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat aprobó un documento sobre la inclusión de cláusulas sociales en la adjudicación de los contratos y la creación de un mercado tutelado. También cuenta con un informe jurídico sobre la posibilidad de incluir cláusulas sociales en la contratación local, un modelo de adhesión a la cláusula social de reserva de puestos de trabajo y un modelo anexo de pliegos que reserven los puestos de trabajo a personas incluidas en colectivos en riesgo de exclusión social de Sant Boi de Llobregat.

La Generalitat de Cataluña mediante la Ley 7/2004 de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas, ha establecido que todos sus Departamentos, empresas públicas y organismos autónomos, realicen una reserva de hasta el 20% de sus contratos menores y negociados para ser

adjudicados a centros de inserción laboral de disminuidos y empresas de inserción sociolaboral. La Generalitat ofrece un cuadro de análisis de la implementación de las medidas para el fomento de los objetivos sociales en la contratación. Existe un acuerdo de Gobierno por el cual se fijaba para el ejercicio de 2005 la cuantía de contratación reservada al fomento de los objetivos sociales.

El plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona adoptó un acuerdo sobre la reserva de determinados contratos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de discapacitados, empresas de inserción sociolaboral o a entidades sin ánimo de lucro que tengan como finalidad la integración laboral y/o social de personas con riesgo de exclusión social⁷⁷⁶.

La Mesa de entidades del Tercer Sector Social de Catalunya ha editado un estudio denominado "El valor añadido del tercer sector en la prestación de servicios públicos. Guía práctica de cláusulas sociales en la contratación pública de servicios sociales y de atención a las personas"⁷⁷⁷.

e) NAVARRA

El Ayuntamiento de Pamplona licitó en concurso público el Servicio de Atención a Domicilio, incluyendo entre sus criterios de adjudicación cláusulas sociales, tales como la contratación de colectivos con dificultades

⁷⁷⁶ El Acuerdo puede encontrarse en:

<http://w3.bcn.es/fitxers/ajuntament/acords191208es.145.pdf>

⁷⁷⁷ Acceso al texto íntegro en:

http://www.tercersector.cat/admin/repositori/File/Guia%20Clausules/Clausules%20socials%209%20castellano_OK.pdf

de acceso al empleo y el hecho de ser entidades sin ánimo de lucro. La Fundación Gaztelan obtuvo el contrato y prestó el servicio desde 1998 a 2005 mediante la empresa Miluce, con una plantilla de hasta 112 personas, el 50% de ellas de inserción. El mismo Ayuntamiento aprobó también otro pliego de cláusulas administrativas particulares en el cual se incluyen criterios de valoración por la contratación de personas en situación de exclusión.

El Ayuntamiento de Burlada aprobó un pliego de cláusulas administrativas particulares con criterios de valoración a entidades sin ánimo de lucro (Asociaciones o Fundaciones) o de economía social.

El Gobierno de Navarra incluye en uno de sus pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación de contenido social con un máximo de 3 puntos sobre 100 y valora con un máximo de 1 punto la situación laboral de la empresa.

La Mancomunidad de la Comarca de Pamplona establece en un pliego de condiciones la preferencia de adjudicación a aquellas empresas que tengan en su plantilla un porcentaje no inferior al 2% de trabajadores minusválidos, siempre que su oferta iguale a la oferta económicamente más ventajosa.

f) ISLAS BALEARES

El Instituto de la Naturaleza del Gobierno Balear aprobó un pliego de prescripciones técnicas donde se valoran con 10 puntos las ofertas presentadas por empresas que tengan en consideración las siguientes situaciones a la hora de contratar el personal: desocupación de larga duración, personas mayores de 45 años, personas mayores de 25 años, etc.

La Conserjería de Bienestar Social del Gobierno de las Islas Baleares establecía en el objeto del contrato de uno de sus pliegos de prescripciones técnicas la contratación con entidades sin ánimo de lucro. El Ayuntamiento de Mallorca valoraba también la contratación con este tipo de entidades entre las cláusulas administrativas particulares con una puntuación de hasta 5 puntos.

El Consejo Insular de Mallorca valoraba entre 0 y 10 puntos la presentación de un programa de ocupación laboral contemplando la habilitación de puestos de trabajo para personas con discapacidad o dificultad de inserción en el mundo laboral.

La Junta Consultiva de Menorca estudia en un informe la posibilidad de utilización de criterios de carácter social, como “porcentajes de trabajadores con contrato indefinido” o “personal con discapacidad”, así como la preferencia de contratación con empresas de economía social. La Fundación Deixalles publicó un estudio jurídico sobre cláusulas sociales necesarias para poder proteger el acceso de entidades de iniciativa social a la contratación pública de las diferentes administraciones.

g) ANDALUCIA

El Ayuntamiento de las Gabias, en un pliego de cláusulas administrativas particulares, menciona en la descripción del objeto del contrato la utilización de la contratación pública como medida de fomento de la inserción socio-laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

El Ayuntamiento De Puerto Real recoge entre los criterios de adjudicación criterios de índole social. En las Bases de contratación del

Ayuntamiento de Huelva se exige la documentación acreditativa del proyecto de inserción socio-laboral.

El Consejo Consultivo de Contratación Administrativa emitió Dictamen sobre la incorporación en la adjudicación del contrato de medidas contra la siniestralidad laboral.

La Junta de Gobierno de la Ciudad de Sevilla aprobó el 4 de abril de 2007 el "Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de Calidad Social en la Contratación Pública"⁷⁷⁸, que incluye condiciones de ejecución de carácter social, como p.e. inserción de personas en riesgo de exclusión, estabilidad en el empleo, conciliación de la vida laboral y familiar, etc.

h) GALICIA

En un documento del Ayuntamiento de A Coruña se anuncia la inclusión en sus pliegos de grandes proyectos que se ejecuten en la ciudad una serie de cláusulas sociales con el fin de favorecer la contratación de personas en situación de riesgo así como la conciliación de la vida laboral y familiar.

i) ARAGÓN

El Instituto Aragonés de Servicios Sociales valoraba en sus pliegos que la empresa estuviera inscrita como Empresa de Inserción. El Gobierno de Aragón establecía en uno de sus pliegos la preferencia de adjudicación

⁷⁷⁸ Puede consultarse en:

<http://www.faedei.org/sites/default/files/PDF/modelosintegrales/AyuntamientoSevillaPLIEGODECLAUSULASADMINISTRATIVAS.pdf>

de las Empresa de Inserción en el caso de igualdad de ofertas económicamente mas ventajosas. Lo mismo establecía el Ayuntamiento de Zaragoza.

j) ISLAS CANARIAS

Un documento promovido por el Gobierno de Canarias estudia la justificación y propuesta de medidas de fomento de los objetivos sociales en la contratación pública.

k) VALENCIA

Se estudia en un Dictamen de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat de Valencia la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública.

l) CANTABRIA

El pleno del Ayuntamiento de Medio Cudeyo acordó la aprobación de ciertas cláusulas sociales en la contratación pública para fomentar el empleo.

ANEXO 2

Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés (ICS).

IV. ADMINISTRACIÓN LOCAL

AYUNTAMIENTOS

DE AVILÉS

INSTRUCCIÓN para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés (ICS).

Exposición de motivos

La Constitución Española en su artículo 40.1 impone a los poderes públicos la obligación de promover el progreso social y económico, una distribución de la renta más equitativa y una política orientada al pleno empleo. Sin perder de vista la Carta Magna, el objetivo es garantizar derechos constitucionales como la igualdad efectiva y la plena participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social (art. 9.2.) sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14), promover la formación y readaptación profesional y la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2.), o la integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49).

Teniendo en cuenta estos derechos, deberes y principios constitucionales, se ha estudiado la posibilidad de incluir criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés y ello porque la legislación de contratos ha recogido de forma inequívoca la finalidad social de la contratación pública y su orientación hacia el interés público, así, tanto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), como la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004, sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios, recogen en su articulado la inclusión de criterios sociales en los procedimientos de adjudicación y ejecución, con referencias expresas a la igualdad de sexos, las personas discapacitadas, la inserción sociolaboral o las políticas de empleo.

Para materializar la inclusión de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés, se constituyó una Comisión Técnica que estudió las posibilidades de su inclusión y estableció clausulados concretos, facilitando desde una plena seguridad jurídica su aplicación práctica. El resultado es un documento que se complementa con un informe jurídico y que se ha elaborado bajo criterios de brevedad y claridad, con la pretensión de que sea lo suficientemente práctico para aplicarlo del modo más sencillo posible en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés.

Incorporar en los contratos públicos criterios sociales relacionados con la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión social y/o discapacitadas, promover la calidad en el empleo, favorecer la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, o facilitar la seguridad y salud laboral, tienen su amparo competencial en los artículos 25 y 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Además, el artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), permite que se dicten Instrucciones y Circulares mediante las que los órganos administrativos establezcan criterios de aplicación o interpretación administrativa de disposiciones y normas.

En base a lo expuesto se dicta esta Instrucción que contiene seis capítulos, el primero regula los contratos reservados, a través de los cuales se limita la participación en el proceso de adjudicación a programas de empleo protegido y entidades concretas con fines de inserción; el capítulo segundo regula la inclusión de cláusulas sociales como criterio de valoración vinculado con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar; el capítulo tercero regula la inclusión de estos criterios cuando no se dan los requisitos señalados en el capítulo anterior, este caso como mejoras o variante; en el capítulo cuarto se regula la inclusión de condiciones especiales de ejecución del contrato; en el capítulo quinto se regula lo relativo a la solvencia técnica y profesional en relación con las condiciones sociales y por último el capítulo sexto se reserva a los órganos competentes en esta materia.

CAPÍTULO I CONTRATOS RESERVADOS

Artículo 1.—*General.*

Conforme a las Disposiciones Adicionales Sexta y Séptima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el artículo 19, el considerando 28 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, y la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, el Ayuntamiento de Avilés reservará la participación en el proceso de adjudicación de determinados contratos a programas de empleo protegido, de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo.

Artículo 2.—*Contratos a los que se aplica la reserva.*

Serán contratos reservados aquellos cuyo objeto facilite la contratación de mano de obra intensiva y de escasa cualificación que permita una adecuada labor de acompañamiento y seguimiento y en los que se limita la participación en el proceso de adjudicación a programas de empleo protegido y a las entidades señaladas en el artículo 4.

Artículo 3.—*Declaración de la reserva.*

1. Será el/la titular de la Dirección General del Ayuntamiento quien, previa conformidad del/la responsable del Área de Bienestar Social determinara la materialización o concreción de los contratos más adecuados a la reserva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1) a).

2. De modo complementario, y en aras de una mayor transparencia, el Ayuntamiento, a través de las bases de ejecución del presupuesto, podrá fijar un importe económico mínimo para ser adjudicado a través de contratos reservados. Dicho importe se fijará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1 a). La cuantía será adecuada al volumen de negocios, a la capacidad de gestión y a la capacidad de generar empleo de los Centros de Inserción Sociolaboral y los Centros Especiales de Empleo, y tendrá en cuenta la situación del mercado de trabajo y las necesidades de inserción de las personas en situación o riesgo de exclusión social del concejo de Avilés.

Artículo 4.—*Entidades beneficiarias de la reserva.*

1. Las empresas beneficiarias de la reserva regulada en este capítulo deberán cumplir los requisitos establecidos en la legislación aplicable y su finalidad o actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, deberá estar relacionada directamente con el objeto del contrato.

2. Se reservará la participación en la adjudicación de contratos públicos reservados a Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción Sociolaboral, y Entidades sin ánimo de lucro que tengan por objeto la integración laboral o social de personas en riesgo de exclusión social.

3. Las Empresas de Inserción deberán estar legalmente constituidas y clasificadas conforme a la Resolución de la Consejería de Industria y Empleo, de 22 de diciembre de 2008, por la que se regula el Registro de Empresas de Inserción del Principado de Asturias, o bien en el registro establecido por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de inserción.

4. Los Centros Especiales de Empleo deberán estar legalmente constituidos y registrados conforme al Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo.

5. Las Entidades sin ánimo de lucro deberán estar legalmente constituidas y tener por objeto la integración laboral o social de personas en riesgo de exclusión social.

Artículo 5.—*Procedimientos de adjudicación.*

1. La reserva a Empresas de Inserción y Entidades dedicadas a la inserción sociolaboral se aplicará exclusivamente a través del contrato menor y/o el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, de conformidad con lo establecido en los artículos 122.3 y 161.2 de la LCSP. Se prohíbe expresamente el fraccionamiento del objeto de contrato.

2. La reserva a Centros Especiales de Empleo o programas de empleo protegido cuando al menos el 70 por 100 de las personas trabajadoras sean personas con discapacidad, podrá aplicarse sin límite de cuantía.

3. La reserva deberá mencionarse en el título del contrato y en el anuncio de licitación, en su caso.

Artículo 6.—*Régimen Jurídico.*

A los contratos reservados se les aplicará el régimen jurídico establecido en la normativa reguladora de la contratación pública, pudiéndose no obstante eximir de la constitución de la preceptiva fianza definitiva.

CAPÍTULO II

INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Artículo 7.—*General.*

1. Conforme al artículo 134 de la LCSP se podrán incorporar al Pliego criterios de adjudicación vinculados con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, de conformidad con lo dispuesto en este capítulo.

2. En aquellos contratos en los que no sea obligatoria la elaboración y aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, los criterios establecidos en el presente capítulo se podrán incluir en los documentos contractuales y de preparación del contrato que, en su caso, se realicen.

Artículo 8.—*Contratos a los que se incorporan los criterios.*

1. Se incorporarán criterios sociales para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, en los contratos administrativos de obras, servicios y suministros cuyo presupuesto base de licitación sea superior a cien mil euros y su plazo de ejecución sea superior a cuatro meses, y se trate de los contratos definidos en el artículo 134 LCSP.

2. Para la incorporación de criterios sociales de adjudicación, además de que se den los requisitos establecidos en el artículo 134 LCSP, será imprescindible que el objeto y el título del contrato haga referencia a los criterios sociales que caracterizan su contenido.

3. La incorporación de criterios sociales de adjudicación se validará por el/la titular de la Dirección General del Ayuntamiento, previa conformidad del/la responsable del Área de Bienestar Social, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1. b).

Artículo 9.—*Comisión Técnica de Valoración.*

En el caso de que los criterios de adjudicación de carácter social no puedan valorarse de forma automática por tratarse de una propuesta de carácter cualitativa, se nombrará una Comisión Técnica de la que formarán parte responsables del Área de Bienestar Social, encargada específicamente de evaluar las propuestas de los licitadores.

Artículo 10.—*Porcentaje de ponderación.*

Los criterios de adjudicación de carácter social regulados en esta capítulo tendrán una ponderación entre el 10% y el 25% del total, realizándose de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1. e).

Artículo 11.—*Criterios aplicables.*

Los criterios de adjudicación de carácter social que deben aplicarse son los que se contemplan en el anexo I a esta Instrucción.

Artículo 12.—*Reglas para la selección de los criterios aplicables.*

La selección concreta de los criterios de adjudicación de carácter social contenidos en el anexo I se realizará del siguiente modo:

a) Si el objeto contractual beneficia o favorece de forma especial a determinado colectivo y justifica uno sólo de los criterios señalados (inserción sociolaboral, creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral, igualdad entre mujeres y hombres, o calidad en el empleo) se tomará exclusivamente dicho criterio entre la puntuación señalada.

b) En los demás supuestos se seleccionarán los criterios de adjudicación en función de las características de cada contrato, repartiéndose, en consecuencia, su puntuación entre ellos.

Artículo 13.—*Justificación de la no inclusión.*

Si de forma excepcional los/las empleados/as municipales que redacten los pliegos considerasen que las características del contrato que se va a licitar, entre los descritos en capítulo, no resultasen adecuadas para incorporar criterios de adjudicación de carácter social o que procediera un porcentaje inferior al establecido, deberán expresarlo motivadamente en informe que se incorporara al expediente, justificando las razones de la inconveniencia, que deberá contar con la conformidad que se regula en el artículo 31.1.c).

Artículo 14.—*Adaptación de los criterios a las características del contrato.*

Los criterios de adjudicación de carácter social, su puntuación y ponderación se establecen como norma de carácter general, sin perjuicio de que puedan adaptarse a las características de cada contrato, incorporando diferentes ítems, eliminando cuestiones no adecuadas, o alterando las puntuaciones o ponderaciones señaladas. En este sentido se deberá atender a las características de cada contrato y las modificaciones propuestas deberán contar con la conformidad que se regula en el artículo 31.1.d).

CAPÍTULO III

INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN COMO MEJORA O VARIANTE

Artículo 15.—*Criterios como mejora o variante.*

1. Cuando el objeto contractual no haga referencia a exigencias sociales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 de esta Instrucción, las características sociales se incluirán entre los criterios de adjudicación como mejora o variante con una ponderación del 10% sobre el total, en los contratos administrativos de obras, servicios y suministros.

2. La incorporación de criterios sociales de adjudicación como mejora o variante se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo 31.1.b).

CAPÍTULO IV

INCLUSIÓN DE CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

Artículo 16.—*General.*

1. Conforme indica el artículo 102 de la LCSP se podrán incorporar al contrato condiciones especiales de ejecución 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 Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. La incorporación de condiciones especiales de ejecución en los contratos administrativos del Ayuntamiento de Avilés se realizará conforme a lo dispuesto en este capítulo.

3. Las condiciones especiales de ejecución reguladas en este capítulo ni podrán consistir en especificaciones técnicas, criterios de solvencia o criterios de adjudicación y deberían ser adecuadas a la naturaleza de la prestación objeto del contrato.

Artículo 17.—*Contratos a los que se aplican condiciones especiales.*

1. Se incorporarán las condiciones especiales de ejecución reguladas en este capítulo en todos los contratos que requieran la contratación laboral de personal, cuyo presupuesto base de licitación sea superior a cien mil euros y tengan un plazo de ejecución superior a cuatro meses.

2. Las condiciones especiales de ejecución de carácter social se harán constar en el anuncio de licitación y en los Pliegos.

3. En aquellos contratos en los que no sea obligatoria la elaboración y aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, los criterios establecidos en el presente capítulo se incluirán en los documentos contractuales y de preparación del contrato que en su caso se realicen.

Artículo 18.—*Condiciones especiales aplicables.*

Las condiciones especiales de ejecución reguladas en esta Instrucción y que han de exigirse de modo obligatorio son las que se contienen en el anexo II a esta Instrucción.

Artículo 19.—*Compatibilidad con criterios de adjudicación.*

Las condiciones especiales de ejecución de carácter social son compatibles con los criterios de adjudicación de carácter social. En este caso la coherencia siempre vendrá determinada por el hecho de que las condiciones de ejecución marquen un porcentaje mínimo y los criterios de adjudicación puntúen a los licitadores que mejoren dicho porcentaje.

Artículo 20.—*Condiciones en los contratos de inserción sociolaboral.*

1. En aquellos contratos cuyo objeto contractual lo constituya la inserción sociolaboral se establecerá en el clausulado la obligación de emplear entre la plantilla que ejecutará el contrato a un porcentaje, entre el 30% y el 50%, de personas en situación o riesgo de exclusión social según los perfiles señalados en la Ley 44/2007 de Empresas de Inserción, teniendo preferencia las que procedan de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés.

2. Se establece en el anexo III de esta Instrucción la metodología y obligaciones detalladas de esta condición, debiendo formar dicho anexo parte del Pliego con pleno carácter contractual, y con el carácter de condición especial de ejecución y condición contractual de carácter esencial.

Artículo 21.—*Condiciones en los contratos en los que se promueve la creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral.*

1. En aquellos contratos cuyo objeto contractual incorpore la creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral se establecerá en el clausulado como exigencia mínima la obligación de emplear entre la plantilla que ejecutará el contrato al menos un 10% de personas con dificultades de acceso al mercado laboral, preferentemente las que procedan de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés.

2. Se establece en el anexo III de esta Instrucción la metodología y obligaciones detalladas de esta condición, debiendo formar dicho anexo parte del Pliego con pleno carácter contractual, y con el carácter de condición especial de ejecución y condición contractual de carácter esencial.

Artículo 22.—*Justificación de la no inclusión.*

Si de forma excepcional el órgano de contratación o los técnicos encargados de redactar los pliegos considerasen que las características del contrato no son susceptibles de incorporar alguna o todas las condiciones de ejecución de carácter social o que procediera una minoración de las obligaciones descritas, deberán expresarlo motivadamente en informe adjunto, justificando las razones de la inconveniencia, y las modificaciones propuestas deberán contar con la conformidad que se regula en el artículo 31.1.c).

Artículo 23.—*Adaptación de los criterios a las características del contrato.*

Las condiciones de ejecución de carácter social, los porcentajes y las obligaciones concretas se establecen como norma de carácter general, sin perjuicio de que puedan adaptarse a las características de cada contrato, añadiendo o eliminando algunos ítems, o bien incrementando o minorando los porcentajes señalados. En este sentido deberá atenderse a las características de cada contrato y las modificaciones propuestas deberán contar con la conformidad que se regula en el artículo 31.1.d).

Artículo 24.—*Compromiso de adhesión.*

Los licitadores deberán presentar el documento de adhesión y compromiso con las condiciones especiales de ejecución de carácter social que se establece en el anexo IV.

Artículo 25.—*Régimen Jurídico.*

Las condiciones especiales de ejecución de carácter social del adjudicatario se considerarán obligaciones contractuales de carácter esencial a los efectos señalados en el artículo 206.g) LCSP y su incumplimiento se considerará como infracción muy grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e) LCSP.

CAPÍTULO V
SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL

Artículo 26.—*General.*

Conforme indican los artículos 67 y 68 de la LCSP, la solvencia técnica y profesional supone un requisito *sine qua non* para participar en la licitación, ya que las empresas deben acreditar fehacientemente que cuentan con experiencia, personal y medios técnicos para ejecutar debidamente el contrato, se trata así de un análisis previo de aptitud que determina la admisión o no de la empresa a la licitación. A efectos de acreditación de la solvencia en los contratos a que se refiere esta Instrucción se tendrá en cuenta lo regulado en este capítulo.

Artículo 27.—*Solvencia en materia social.*

Si el objeto contractual requiere aptitudes específicas en materia social, se exigirá como requisito de solvencia técnica o profesional, la debida experiencia, conocimientos, y medios técnicos y humanos en la referida temática social, conforme a lo establecido en los artículos 67 a 69 LCSP.

Artículo 28.—*Acreditación de la solvencia.*

1. En ningún caso los requisitos de carácter social sobre la solvencia supondrán una limitación a la concurrencia sino que deberán analizar la aptitud de los licitadores para ejecutar debidamente el contrato. Así, se plantea como sistema garantista el permitir a los licitadores presentar cuanta documentación estimen oportuna sin perjuicio de la valoración que el órgano de contratación haga de la misma.

2. No se podrá utilizar el requisito de solvencia técnica o profesional en materia social con carácter general, sino que deberá señalarse en qué contratos resulta adecuado, siempre que resulte justificado conforme a la naturaleza, el objeto y el contenido del contrato. Por lo tanto se deberá omitir si los conocimientos técnicos y experiencia en la materia social no resultan imprescindibles para la perfecta ejecución del contrato, e incluirlo en todo caso si resulta necesaria.

Artículo 29.—*Solvencia en contratos con inserción sociolaboral.*

1. Cuando se haya establecido como condición especial de ejecución la exigencia de la contratación de, al menos, un 30% de personas en riesgo de exclusión social entre la plantilla que ejecutará el contrato, se exigirá solvencia técnica y profesional en materia social, de conformidad con lo que se dispone en este artículo.

2. La empresa licitadora o bien las entidades promotoras de la misma, deberán acreditar solvencia técnica y profesional específica en el trabajo con personas en situación o riesgo de exclusión social. La acreditación podrá realizarse por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Clasificación como empresa de inserción conforme a la Resolución de 22 de diciembre de 2008, de la Consejería de Industria y Empleo, por la que se establece el Registro de Empresas de Inserción del Principado de Asturias. O sin constar la misma mediante la acreditación del cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.
- b) Mediante certificaciones firmadas por organismos públicos competentes en materia de inserción sociolaboral que acrediten la trayectoria y experiencia del licitador.
- c) Mediante la relación del personal integrado o no en la empresa que participará en la prestación del contrato referida específicamente a incorporación sociolaboral, señalando su titulación, experiencia profesional y similares trabajos desempeñados.
- d) Mediante el compromiso de convenir la parte del contrato relativa a la inserción sociolaboral con entidades registradas o acreditadas y experimentadas en la materia.
- e) Por cualquier medio de prueba equivalente que considere la empresa oportuno aportar.

Artículo 30.—*Subcontratación.*

Para garantizar la correcta ejecución de los contratos a los que se refiere el artículo 29.1 de esta Instrucción, se podrá exigir también por el órgano de contratación al contratista, advirtiéndose así en los pliegos o en el anuncio, la subcontratación con tercero no vinculado al mismo de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 30% de su importe del presupuesto del contrato cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

CAPÍTULO VI
ÓRGANOS COMPETENTES

Artículo 31.—*Facultades de la Dirección General y de los Servicios de Bienestar Social.*

1. Será el/la titular de la Dirección General del Ayuntamiento quien, previa conformidad del/la responsable del Área de Bienestar Social validará:

- a) La materialización o concreción de los contratos más adecuados a la reserva y la fijación del importe mínimo en las bases de ejecución del presupuesto para ser adjudicado a través de contratos reservados.
- b) La pertinencia de los criterios sociales de adjudicación o en su caso de las mejoras sociales propuestas en función de las características de cada contrato.
- c) Los informes de excepcionalidad a la incorporación de criterios sociales o condiciones especiales de ejecución.

d) La redacción y ponderación de criterios diferentes a los establecidos en el anexo I y artículos 10 y 15 y la adaptación de las condiciones especiales de ejecución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23.

e) La ponderación de los criterios sociales en relación a las características de cada contrato, dentro de la orquilla señalada en el artículo 10.

2. Corresponderá a los Servicios del Área de Bienestar Social el asesoramiento en el ámbito de las cláusulas sociales y en concreto:

a) Al Servicio de Educación, Formación y Empleo la evaluación de las propuestas sociales de las empresas licitadoras y el seguimiento de las condiciones especiales de ejecución de carácter social de conformidad con lo dispuesto en el anexo III.

b) A los Servicios Sociales la acreditación de las situaciones de exclusión social de conformidad con la Ley 44/2007, y, asimismo, junto con el Servicios de Educación, Formación y Empleo, la evaluación y seguimiento de las propuestas sociales de las empresas licitadoras en aquellos contratos en los que la inserción laboral constituya el objeto principal.

Disposición final

Única.—Entrada en vigor.

La presente Instrucción entrará en vigor al día siguiente de su aprobación por el órgano municipal competente.

Avilés, 27 de julio de 2009.—El Alcalde en funciones.—18.557.

Anexo I

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE CARÁCTER SOCIAL

A) Creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral: Hasta 25 puntos.

- Se puntuará con 25 puntos a la empresa que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato un mayor número de personas con dificultades de acceso al mercado laboral, teniendo preferencia las que procedan de programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés. El porcentaje mínimo deberá superar el porcentaje obligatorio señalado en las condiciones de ejecución. El resto obtendrán una puntuación decreciente y proporcional, conforme a la siguiente fórmula:

$$PL = \frac{NPD}{NMPD} \times 25$$

— PL: Puntuación obtenida por el licitador.

— NPD: N.º de personas con dificultades de acceso al mercado laboral que se compromete a contratar el licitador.

— NMPD: N.º de personas con dificultades de acceso al mercado laboral contenido en la mejor oferta de los licitadores.

a) De forma alternativa o complementaria, los licitadores podrán comprometerse a subcontratar un porcentaje del presupuesto de adjudicación del contrato a través de empresas de inserción, centros de empleo o entidades sin ánimo de lucro, mediante el correspondiente contrato civil o mercantil. En este caso la puntuación se obtendrá en proporción al importe y porcentaje sobre el presupuesto de contratación que se comprometa a subcontratar el licitador con estas entidades, siempre que no resulte inferior al porcentaje exigido de personas con dificultades de acceso al mercado laboral señalado ni a lo establecido en las condiciones de ejecución. El resto de licitadores obtendrán la puntuación que resulte de la fórmula antedicha.

B) Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres: Hasta 25 puntos.

Se valorará hasta un máximo de 25 puntos la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada por la licitadora, desglosándose la puntuación en los siguientes apartados:

1. Se puntuará con 10 puntos a la empresa que, en aquellos sectores con menor índice de ocupación femenina, se comprometa a contratar para la ejecución del contrato a un mayor número de mujeres, siempre que sea superior al establecido como condición de ejecución y siempre que el porcentaje sobre el total de la plantilla sea al menos cinco puntos superior al porcentaje medio recogido por género y rama de actividad en la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para el sector correspondiente. El resto obtendrán una puntuación decreciente y proporcional, conforme a la siguiente fórmula:

$$PL = \frac{NM}{NMM} \times 10$$

— PL: Puntuación obtenida por el licitador.

— NM: Número de mujeres que se compromete a contratar el licitador.

— NMM: Número de mujeres que se compromete a contratar la mejor oferta de los licitadores.

- Considerando que ciertos sectores de actividad están notoriamente feminizados y no existe subrepresentación de mujeres, se sustituirá o complementará la redacción por la siguiente: Se puntuará con 10 puntos a la empresa que se comprometa a contratar para la ejecución del contrato a un mayor número de mujeres en puestos de responsabilidad. El resto de licitadores obtendrán una puntuación decreciente y proporcional, conforme a la siguiente fórmula:

$$PL = \frac{NMR}{NMM} \times 10$$

- PL: Puntuación obtenida por el licitador.
- NMR: Número de mujeres que se compromete a contratar el licitador en puestos de responsabilidad.
- NMM: Número de mujeres en puestos de responsabilidad que se compromete a contratar la mejor oferta de los licitadores.

1. Se puntuará con 5 puntos el diseño y presentación por los licitadores de un Plan de igualdad específico que el licitador se compromete a aplicar en la ejecución del contrato y que detalle las políticas de igualdad de la empresa en relación con la ejecución del contrato en cuanto al acceso al empleo, clasificación profesional, calidad y estabilidad laboral, duración y ordenación de la jornada laboral, u otras.
2. Se valorará con 10 puntos, las medidas concretas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar y de fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres que el licitador se compromete a aplicar para la plantilla que ejecute el contrato, y que mejoren los mínimos establecidos en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres. La empresa licitadora deberá presentar una propuesta técnica con indicación concreta de medidas como cheque servicio o acceso a recursos sociocomunitarios que faciliten la atención de menores o personas dependientes; mejoras sobre la reducción de jornada, excedencias, licencias o permisos de paternidad o maternidad; la flexibilización, adaptación o reasignación de servicios y horarios en función de las necesidades de conciliación; u otras similares. Para su valoración la empresa licitadora deberá especificar en su propuesta técnica de forma detallada las medidas de conciliación prevista, el calendario de aplicación y las medidas de seguimiento y evaluación.

C) Calidad en el empleo: Hasta 25 puntos.

Se valoraran con un máximo de 25 puntos cualquiera o las dos situaciones siguientes:

- a) Las propuestas concretas y detalladas sobre condiciones laborales y salariales que mejore lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores/as, y se comprometa la empresa licitadora a aplicar al personal que ejecutará el contrato, cuando no exista Convenio Colectivo de Empresa o del sector de legal aplicación. Para su valoración la empresa licitadora deberá presentar una propuesta técnica que detalle las condiciones laborales concretas y las mejoras específicas.
- b) El compromiso de integrar la plantilla que ejecutará el contrato con personal con contratos indefinidos en un porcentaje superior al establecido como obligación en las condiciones de ejecución. Se otorgará la máxima puntuación a la empresa con un mayor compromiso de contratación indefinida y se puntuará al resto de licitadores de forma decreciente y proporcional siempre que superen el mínimo señalado.

D) Proyecto de Inserción Sociolaboral: Hasta 40 puntos.

Sólo en aquellos casos en los que la inserción sociolaboral constituya el objeto principal del contrato, se valorará hasta un máximo de 40 puntos el proyecto de inserción sociolaboral presentado por la empresa licitadora, siempre que se comprometa a contratar a un porcentaje superior al establecido como condición de ejecución. Desglosándose la puntuación entre uno o varios de los siguientes apartados:

- Número y porcentaje de personas en situación o riesgo de exclusión social que el licitador se compromete a contratar para la ejecución del contrato, dentro de los perfiles señalados en la Ley 44/2007 de Empresas de Inserción.
- Adecuación del proyecto a las prestaciones relacionadas con la inserción sociolaboral definidas en el contenido del contrato.
- Personal técnico especializado en el acompañamiento hacia la inserción.
- Metodología de trabajo prevista para la realización de itinerarios de inserción.
- Indicadores de evaluación y seguimiento de los procesos personalizados de inserción sociolaboral, atendiendo a la claridad, operatividad y pertinencia de los mismos.
- Plan de formación general y específico.
- Propuesta de coordinación en el territorio para la ejecución de las tareas objeto del contrato.
- Mecanismos previstos para la incorporación de las personas con contratos de inserción al mercado laboral ordinario.

Anexo II

CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

A) Discapacidad: Las empresas con más de 50 trabajadores/as se comprometen a que la plantilla que ejecute el contrato estará compuesta al menos por un 5% (exigencia mínima) de personas con discapacidad igual o superior al 33%. Si debido a la obligación de subrogar al personal u otras circunstancias en el momento de iniciarse la ejecución del contrato

no se pudiese cumplir el porcentaje establecido en el pliego, la empresa deberá contratar a personas con discapacidad en todas las nuevas contrataciones, bajas y sustituciones que precise hasta alcanzar dicho porcentaje. Subsidiariamente podrá acreditarse la aplicación de las medidas alternativas a la Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de minusválidos previstas en el Real Decreto 27/2000 de 14 de enero y la Orden Ministerial de 24 de julio de 2000.

B) Creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral: La empresa adjudicataria deberá emplear en la plantilla que ejecute el contrato al menos a un 10% (exigencia mínima) de personas con dificultades de acceso al mercado laboral, preferentemente las que procedan de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés. Si debido a la obligación de subrogación del personal u otras circunstancias en el momento de iniciarse la ejecución del contrato no se pudiese cumplir el porcentaje establecido en el pliego, la empresa deberá contratar este perfil de personas en todas las nuevas contrataciones, bajas y sustituciones que precise hasta alcanzar dicho porcentaje. Esta obligación podrá sustituirse mediante el compromiso de subcontratación con una Empresa de Inserción por idéntico porcentaje respecto al presupuesto de adjudicación del contrato.

C) Estabilidad Laboral: La empresa adjudicataria se compromete a ejecutar el contrato con un porcentaje de plantilla indefinida que se fijará entre el 10% y el 60%.

D) Igualdad entre hombres y mujeres: La adjudicataria estará obligada a establecer medidas de favorecimiento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas adscritas a la ejecución del contrato conforme establece la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Las empresas con más de 250 trabajadores/as deberán además acreditar el diseño y aplicación efectiva del Plan de Igualdad previsto en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres.

E) Subrepresentación de mujeres: En aquellos sectores de actividad en los que las mujeres se encuentren subrepresentadas se exigirá el compromiso de contratar para la ejecución del contrato a un porcentaje superior en cinco puntos al porcentaje medio recogido por género y rama de actividad en la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para el sector correspondiente.

Anexo III

CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE CARÁCTER SOCIAL DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES INCORPORANDO MEDIDAS DE INSERCIÓN SOCIOLABORAL O DE CREACIÓN DE EMPLEO PARA PERSONAS CON DIFICULTADES DE ACCESO AL MERCADO LABORAL

Conforme al artículo 26 de la Directiva Comunitaria 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004 y el artículo 102 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público se establecen para la ejecución del presente contrato condiciones especiales de ejecución de carácter social relacionados con la inserción sociolaboral, o con la creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral.

El presente anexo, las obligaciones y el protocolo descrito se aplicarán en los casos en que el objeto del contrato señale expresamente la inserción sociolaboral, y por sus especiales características se haya elegido dicho contrato como apto para la ejecución de un proyecto de inserción sociolaboral. Y también cuando el pliego señale como condición de ejecución y/ o como criterio de valoración, la creación de empleo para personas con dificultades de acceso al mercado laboral.

Se detallan a continuación el protocolo y características de la obligación:

El adjudicatario deberá emplear entre la plantilla que ejecutará el contrato a un porcentaje fijado del X% entre los perfiles descritos en el pliego:

- Con carácter general: Personas con dificultades de acceso al empleo, preferentemente procedentes de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés. En este caso se trata de personas plenamente capacitadas para el empleo pero con escasas oportunidades laborales.
- Y en aquellos contratos cuyo objeto contractual señale de forma expresa la inserción sociolaboral: Personas en situación o riesgo de exclusión, conforme a los perfiles señalados en la Ley 44/2007 de Empresas de Inserción, preferentemente procedentes de los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés.

El porcentaje citado se considerará sobre la plantilla media de la empresa dedicada a la ejecución del contrato y tomando como referencia el número de jornadas laborales anuales que figure en la propuesta técnica del licitador, de forma que el número de contrataciones sea proporcional al número de horas prestadas y no recaiga dicho porcentaje sobre el personal con jornadas reducidas o encargado de bajas y sustituciones.

Una vez adjudicado el contrato se realizará una primera reunión, de la que se tomará acta, entre el personal designado por el Ayuntamiento de Avilés para el seguimiento del mismo, entre el cual estará al menos el o la responsable del contrato y un profesional de los servicios de Bienestar Social y el representante que designe la empresa adjudicataria en la que se tratarán, entre otras, las siguiente cuestiones:

- Explicación detallada a la empresa del contenido y obligaciones derivadas de la condición de ejecución relativa a la inserción sociolaboral o a la contratación de personas con dificultades de acceso al mercado laboral.
- Definición específica de los perfiles profesionales a contratar que requiera la empresa para la ejecución del contrato.
- Acuerdo y concreción del número de puestos de trabajo que serán cubiertos a través de la reserva expresada en la presente cláusula, así como las fechas aproximadas de incorporación de las personas a contratar. El número y las fechas de contratación podrán variar, de conformidad con el Ayuntamiento de Avilés, a lo largo de la prestación del servicio (siendo inferior al principio y superior después o al revés), para adaptarse a las necesidades de la empresa, como pueden ser la disposición en su propia plantilla de las personas necesarias, las bajas, sustituciones y nuevas incorporaciones que se vayan necesitando.

- Condiciones laborales (horario, salario, vacaciones, etc, que en todo caso deberán respetar el convenio de empresa o del sector).
- El sistema establecido para el seguimiento de la inserción sociolaboral o la incorporación laboral.
- Designación de la persona de referencia de la empresa contratista para todas las cuestiones relacionadas con las obligaciones de carácter social.

En todo caso se deberá cumplir el porcentaje establecido tomando como cálculo todo el tiempo de prestación del servicio y el número total de jornadas de trabajo prestadas por los/as trabajadoras/es.

Una vez resuelta la licitación y formalizado el contrato administrativo, la empresa adjudicataria, conforme a lo acordado con el Ayuntamiento de Avilés en cuanto a fechas y número de trabajadores, procederá a la selección y contratación de las/os trabajadoras/es de entre los/as candidatos/as (2 ó 3 por puesto de trabajo) preseleccionados por el programa de acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés.

En el plazo de un mes desde que se vayan realizando las contrataciones del personal establecidas en la presente condición de ejecución y el acuerdo posterior, la empresa adjudicataria comunicará al responsable del contrato los datos relativos a los/as trabajadores/as seleccionados/as y presentará al efecto copia del alta a la Seguridad Social y del contrato de trabajo, dando traslado de esta información al programa de acompañamiento laboral

Con carácter semestral y mientras dure la prestación del servicio la empresa adjudicataria deberá presentar los TC1 y TC2 y el libro de matrícula de la empresa al responsable del contrato para comprobar el efectivo cumplimiento de la obligación de tener en la plantilla que ejecute el contrato el porcentaje fijado de personas procedentes de los programas de incorporación y acompañamiento laboral municipales.

La empresa mantiene por completo sus atribuciones en la relación laboral y por lo tanto, la facultad de emprender las acciones disciplinarias que sean procedentes, aunque deberá comunicarlo a la entidad adjudicataria, a los exclusivos efectos de cumplir la reserva de puestos de trabajo. En este caso (y en el de bajas laborales de larga duración) se realizará una nueva selección para cubrir nuevamente el puesto objeto de reserva conforme al sistema antes señalado.

Gestión de incidencias. Si la empresa detecta problemas laborales, disciplinarios o de competencias profesionales con algún/a trabajador/a podrá optar por comunicarlo al programa de acompañamiento laboral para que este pueda mediar o intervenir, todo ello sin menoscabo de las atribuciones de la empresa en el ámbito de la relación laboral.

Subrogación de las obligaciones. En el supuesto que la empresa adjudicataria subcontrate la ejecución de parte del contrato, la obligación que se deriva de la reserva de puestos de trabajo será asumida igual e íntegramente por la o las empresas subcontratadas.

La empresa contratista podrá cumplir la cláusula social de manera alternativa subcontratando con una Empresa de Inserción o un Centro Especial de Empleo la ejecución de la parte proporcional del contrato que supondría realizar por sí misma la reserva de los puestos de trabajo.

El incumplimiento de la presente obligación por parte de la empresa adjudicataria, constituye causa de resolución del contrato pues el órgano de contratación considera estas condiciones de ejecución de carácter social como obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g), pudiendo dar lugar además a la imposición de sanciones.

Una vez concretadas las personas a contratar, el programa de acompañamiento laboral acordará con las mismas el proceso de seguimiento personalizado en esta etapa de su itinerario de inserción individual. El seguimiento del itinerario se realizará de modo que no perturbe el horario de trabajo ni suponga un factor diferenciador o estigmatizante respecto a la persona contratada.

El Ayuntamiento de Avilés ejerce sus facultades de control y evaluación de la ejecución del contrato y del cumplimiento de la cláusula, pudiendo recabar de la empresa adjudicataria la documentación señalada u otra que estime pertinente, así como la celebración de reuniones de seguimiento o informes periódicos de evaluación.

Anexo IV

DECLARACIÓN DE ADHESIÓN A LAS OBLIGACIONES DE CARÁCTER SOCIAL

Don/Doña, con DNI, actuando como
..... (administrador/a, gerente, representante legal) de la empresa
y con poder bastante para obligarse en este acto

Declara y manifiesta bajo su responsabilidad:

Que conociendo, de conformidad y aceptando en su integridad los contenidos establecidos en el anexo I del "Pliego de cláusulas administrativas particulares que han de regir la contratación del, incorporando medidas de inserción, y/o igualdad de oportunidades, y/o calidad en el empleo", relativo a las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social establecidas en el citado pliego:

- La empresa se compromete a reservar un X% de los puestos de trabajo necesarios para la ejecución del contrato, que serán ocupados por personas con dificultades de acceso al empleo, con preferencia entre la participantes en los programas de incorporación y acompañamiento laboral del Ayuntamiento de Avilés. O bien a subcontratar con una Empresa de Inserción el X% del presupuesto de licitación.
- La empresa se compromete a integrar en la plantilla que ejecutará el contrato a un mínimo de un 5% (ó superior con carácter voluntario) de personas con discapacidad igual o superior al 33%, o bien a cumplir alternativamente las medidas previstas en el Real Decreto 27/2000 de 14 de enero y la Orden Ministerial de 24 de julio de 2000.

- La empresa se compromete a integrar en la plantilla que ejecutará el contrato a un mínimo de un X% (o superior) de plantilla indefinida, y a respetar inexcusablemente el Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo de Empresa o del sector correspondiente del Principado de Asturias.
- La Empresa adjudicataria y en su caso las posibles subcontratas se comprometen a integrar la prevención en toda la cadena de mando y cumplir las obligaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8 de noviembre y Ley 54/2003, de 12 de diciembre), así como a presentar en el plazo máximo de 3 meses desde la formalización del contrato el Plan de Riesgos Laborales, a designar un representante en materia de salud laboral, y acreditar que el personal ha recibido formación necesaria sobre prevención de riesgos laborales.
- La empresa se compromete a integrar en la plantilla que ejecutará el contrato a un mínimo del X%, de mujeres, considerando que la representación media de mujeres recogido por género y rama de actividad en la EPA del Instituto Nacional de Estadística para el sector correspondiente es del X%.
- En aquellos sectores de actividad en los que las mujeres cuenten con un menor índice de actividad, la empresa se compromete a contratar para la ejecución del contrato a un porcentaje superior en cinco puntos al porcentaje medio recogido por género y rama de actividad en la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística para el sector correspondiente.
- La empresa se compromete a respetar los principios y obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en la plantilla que ejecutará el contrato. Y así la empresa que tenga en plantilla más de 250 trabajadores/as se compromete a acreditar el diseño y aplicación efectiva del Plan de Igualdad previsto en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres.

Y prueba de conformidad y compromiso, se firma la presente, en, a de de 2009.

Firma y sello de la empresa.

AL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS



DON DANIEL GARCÍA-BALBÍN ÁLVAREZ, mayor de edad, con DNI N° 9.401.476-L actuando, en su calidad de Director General, en nombre y representación de la **CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN**, con domicilio en Oviedo, C/ Doctor Alfredo Martínez, 6-3º y CIF N° G-33113978, ante esa Corporación comparece y, como mejor proceda en Derecho, **DICE**

Que por medio del presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, interpone **RECURSO DE REPOSICIÓN** frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas reguladores del expediente de contratación de las obras de mejora de eficiencia energética de colegios públicos del Ayuntamiento de Avilés, publicado por Anuncio en el BOPA de 15 de abril de 2010, lo que realiza sobre la base de los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 15 de abril de 2.010, se procedió a publicar en el BOPA el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que habrá de regir la adjudicación y ejecución de las obras de mejora de eficiencia energética de colegios públicos del Ayuntamiento de Avilés, con tramitación urgente, y procedimiento abierto, y forma de adjudicación, varios criterios. El valor estimado del contrato se estableció en 570.354,27 €, y el plazo de ejecución en 7 meses.

SEGUNDO.- En el citado pliego de prescripciones técnicas se establece en la cláusula II.2.1.B.4, como criterio de valoración la adscripción a la obra de un mínimo de horas que correspondan a mujeres, en las mismas categorías laborales consideradas en el criterio B.2.

TERCERO.- Tal criterio de adjudicación resulta improcedente, en tanto en cuanto, su exigencia a las empresas licitadoras vulnera la normativa de contratación, la Jurisprudencia aplicable y la Doctrina comunitaria sentada en cuanto a la admisión de criterios sociales en los procesos de licitación, por lo que procede la impugnación del pliego regulador del expediente de contratación en el que se incluye, con sustento en las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERO.- De la inclusión en los pliegos de cláusulas de discriminación positiva como criterios de adjudicación.-

En los pliegos objeto de impugnación se establece como criterio de adjudicación, un criterio de discriminación positiva, valorando y puntuando con dos puntos a aquellas empresas que comprometan la adscripción a la obra de un número concreto de mujeres, calculado a través de jornales, y en unas determinadas categorías profesionales.

Pues bien, sobre el particular, en primer lugar debemos analizar si tal requisito se puede incluir en un procedimiento de licitación como criterio de adjudicación, debiendo acudir, para alcanzar una conclusión, a lo dispuesto al respecto en la normativa de aplicación, es decir LCSP y Directivas comunitarias, así como a la interpretación que de las mismas nos ofrece la Jurisprudencia comunitaria y la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Sobre el particular, el artículo 134 LCSP permite a los órganos de contratación utilizar como criterio de valoración, entre otros, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales. Ahora bien, tal precepto no podrá ser invocado para justificar la utilización del criterio que impugnamos, por cuanto, la posibilidad que contempla el citado precepto, exige, por un lado, que tales criterios estén directamente vinculados al objeto del contrato, así como que tales exigencias sociales respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las

categorias de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las obras que son objeto del contrato.

Y ninguno de los requisitos concurre en el caso que nos ocupa, ya que la exigencia de la adscripción genérica de un número concreto de mujeres a la obra, ni está justificado, ni se trata de un requisito directamente vinculado al objeto del contrato, en tanto en cuanto no se exige, por ejemplo, la adscripción a la obra de un jefe/a de obra con una determinada experiencia en la ejecución de obras similares a la licitada, sino que se trata de una exigencia genérica, sin ninguna vinculación al objeto del contrato. Se trataría de un requisito vinculado a las características de la empresa que, como tal, debería ser tenido en cuenta como un criterio de selección, en ningún caso de adjudicación **(Sentencia del TSJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/87-Beentjes B.V.))**.

A mayor abundamiento, resulta evidente que no se cumple el segundo de los requisitos, es decir, que con el cumplimiento de tal condición se de respuesta a las necesidades de una determinada categoría de población especialmente desfavorecida, a la que además deben pertenecer los usuarios o beneficiarios de las obras que se contratan.

Sobre el particular, señalar, como refiere la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 44/04, de 12 de noviembre de 2004**, que la propia Ley de Contratos del Sector Público contiene un precepto que viene a demostrar que cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación, se hace de forma expresa en la propia Ley y con un alcance verdaderamente limitado. Nos estamos refiriendo a la Disposición Adicional 6ª (anterior DA 8ª LCAP), referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora cuyo criterio es posible incluir en los pliegos, precisamente por su contemplación por la Ley, no tratándose, en realidad de un propio criterio de adjudicación, sino que tiene el alcance más limitado de atribuir preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos **solo en los casos de que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas** desde el punto de vista de los criterios

objetivos que sirvan de base para la adjudicación. Y en el caso que nos ocupa, y a la vista del contenido de la DA 6ª LCSP, vemos que **ninguna modificación al respecto se ha introducido en su correlativa DA 8ª LCAP**, habiendo concluido la propia JCCA, en el Informe referenciado que:

*“La inclusión de una cláusula de preferencia en los pliegos para las empresas con mayor porcentaje de mujeres en plantilla, **requerirá la modificación de la Disposición Adicional 8ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, adicionando éste supuesto al de los minusválidos y entidades sin ánimo de lucro en contratos de carácter social o asistencial”.***

SEGUNDO.- De su consideración como condición especial de ejecución del contrato.-

Y es que, a mayor abundamiento, para determinar la forma de integrar criterios sociales en la contratación pública, debemos acudir a lo dispuesto en la normativa comunitaria, siendo el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, referido a las condiciones de ejecución del contrato, e incorporado en el artículo 102 LCSP, el que recoge la forma de integrar esas condiciones sociales en los pliegos, cuando refiere que:

“Los poderes adjudicadores podrá exigir condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que éstas sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones. Las consideraciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, es especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”.

Tal previsión, se contempla en el artículo 102 LCSP, en el que **expresamente se considera como una condición especial de ejecución del contrato**, las medidas tendentes a eliminar la desigualdad entre el hombre y la mujer en el mercado de que se trate; así como en el artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2007,

de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dispone que las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, *“ podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”*.

Por lo tanto, y a la vista de la contundencia de los preceptos referenciados, la conclusión es clara; resulta improcedente la inclusión en el pliego de tal requisito de discriminación positiva como criterio de adjudicación, ya que, en su caso, la única forma de incluir consideraciones de tipo social en el pliego sería como una condición especial de ejecución del contrato. Por lo tanto, como cláusula contractual que debe ser aceptada por el contratista adjudicatario, y que se refiere a la ejecución del contrato mismo.

Pero es que, a mayor abundamiento, el concreto requisito de adscripción analizado, ni tan siquiera se podría considerar como una condición especial de ejecución, y ello por cuanto, por un lado, y a la vista del contenido del Considerando 33 de la Directiva 2004/18/CE, relativo a las condiciones de ejecución del contrato, y como señala la JCCA en su Informe de 12 de noviembre de 2004: *“ Ninguno de los criterios y ejemplos que menciona el considerando 33 de la Directiva tiene nada que ver con un criterio de preferencia de las empresas que tengan un mayor porcentaje de mujeres en su plantilla”*.

Y por otro lado, el artículo 102 LCSP, exige, para posibilitar su inclusión en los pliegos, que tales consideraciones no sean contrarias al Derecho Comunitario, y el requisito incluido en el pliego que impugnamos incurre en una vulneración evidente de principios esenciales, como veremos a continuación.

TERCERO.- Del sometimiento de tales consideraciones sociales al Derecho Comunitario.-

Como hemos visto, la posibilidad de su inclusión en los pliegos, tal y como preceptúan el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 102 LCSP, pasa por su compatibilidad con el Derecho Comunitario, materializado a través de sus Directivas e interpretado por el TJCE.

Y en el caso que nos ocupa nos encontramos con que el requisito de adscripción que impugnamos, choca frontalmente con los principios fundamentales consagrados en el Considerando 2º y 3º de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 1 de la LCSP, al vulnerar principios como el de igualdad y no discriminación, así como el de libre acceso a las licitaciones.

Y es que, no solo se está primando, sin motivación de ninguna clase, la adscripción a la obra de mujeres en detrimento de los hombres, sino que, con su exigencia, y al tener que producirse tal adscripción en unas determinadas categorías profesionales, se está produciendo un efecto discriminatorio respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías profesionales de la legislación española, o que se verán imposibilitados, o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos, produciéndose en consecuencia una vulneración del principio de libre acceso a las licitaciones.

Por lo expuesto,

SUPLICO A ESA CORPORACIÓN que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, teniendo por formuladas las alegaciones contenidas en el cuerpo del mismo y en su virtud, proceda a dictar Resolución por la que:

- Declare contrario a Derecho, anulando y dejando sin efecto, el acuerdo aquí impugnado, así como el resto de actos administrativos dictados en cumplimiento del mismo.

- Retrotraiga el expediente de contratación, eliminando del pliego de cláusulas administrativas particulares, el criterio de valoración 16.B.4; y del pliego de prescripciones técnicas, el criterio de valoración II.2.B.4.- Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito.
- Suspenda toda actuación posterior que haya de ser llevada a cabo como consecuencia del acuerdo impugnado.

En Oviedo, a 10 de mayo de 2.010.

OTROSÍ DIGO Y SUPlico que, en base a todo lo referido, solicito la suspensión del Acuerdo aquí impugnado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dados los graves perjuicios que su ejecución pudiera causar.

Esta suspensión se justifica de la siguiente manera: el hecho de no suspender este acuerdo supone la continuación de todas las actuaciones relativas al presente expediente, lo que significa presentación de proposiciones, apertura de pliegos, adjudicación del contrato y ejecución de la obra (por citar las actuaciones más señaladas de un expediente administrativo de contratación).

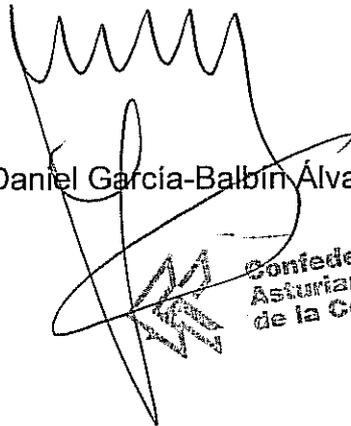
Sin embargo, si el presente recurso prospera (ya sea en esta vía administrativa, ya en la posible vía contenciosa), la ejecución de la Resolución, o de la Sentencia en su caso, sería de imposible cumplimiento, toda vez que cabe la posibilidad de que, en caso de seguir tramitándose el expediente administrativo derivado del acto cuya suspensión aquí se solicita, se haya finalizado ya la ejecución de las obras. En caso de considerarse por quien en cada caso corresponda que las alegaciones vertidas en el cuerpo de este escrito son conformes a Derecho y desvirtúan lo establecido en el acto de la Administración recurrida, ello supondría que se haya podido apartar de la

correspondiente licitación a un contratista que cumplía los requisitos legalmente establecidos.

La posibilidad, pues, de que se cumpla la normativa aplicable al caso, quedaría cercenada, habiéndose incumplido por la Administración recurrida los principios más fundamentales de la contratación administrativa, como son los de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación (artículo 11 de la LCAP).

Mismo lugar y fecha.

Fdo. D. Daniel García-Balbín Álvarez



Confederación
Asturiana
de la Construcción

Recurso de reposición interpuesto por la Confederación Asturiana de la Construcción frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas reguladores del expediente de contratación de las obras de mejora de eficiencia energética de colegios públicos del Ayuntamiento de Avilés.

AL AYUNTAMIENTO DE AVILÉS



DON DANIEL GARCÍA-BALBÍN ÁLVAREZ, mayor de edad, con DNI N° 9.401.476-L actuando, en su calidad de Director General, en nombre y representación de la **CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN**, con domicilio en Oviedo, C/ Doctor Alfredo Martínez, 6-3º y CIF N° G-33113978, ante esa Corporación comparece y, como mejor proceda en Derecho, **DICE**

Que por medio del presente escrito, y al amparo de lo dispuesto en los artículos 107 y 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, interpone **RECURSO DE REPOSICIÓN** frente al pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas reguladores del expediente de contratación de las obras de mejora de eficiencia energética de colegios públicos del Ayuntamiento de Avilés, publicado por Anuncio en el BOPA de 15 de abril de 2010, lo que realiza sobre la base de los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 15 de abril de 2.010, se procedió a publicar en el BOPA el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que habrá de regir la adjudicación y ejecución de las obras de mejora de eficiencia energética de colegios públicos del Ayuntamiento de Avilés, con tramitación urgente, y procedimiento abierto, y forma de adjudicación, varios criterios. El valor estimado del contrato se estableció en 570.354,27 €, y el plazo de ejecución en 7 meses.

SEGUNDO.- En el citado pliego de prescripciones técnicas se establece en la cláusula II.2.1.B.4, como criterio de valoración la adscripción a la obra de un mínimo de horas que correspondan a mujeres, en las mismas categorías laborales consideradas en el criterio B.2.

TERCERO.- Tal criterio de adjudicación resulta improcedente, en tanto en cuanto, su exigencia a las empresas licitadoras vulnera la normativa de contratación, la Jurisprudencia aplicable y la Doctrina comunitaria sentada en cuanto a la admisión de criterios sociales en los procesos de licitación, por lo que procede la impugnación del pliego regulador del expediente de contratación en el que se incluye, con sustento en las siguientes,

ALEGACIONES

PRIMERO.- De la inclusión en los pliegos de cláusulas de discriminación positiva como criterios de adjudicación.-

En los pliegos objeto de impugnación se establece como criterio de adjudicación, un criterio de discriminación positiva, valorando y puntuando con dos puntos a aquellas empresas que comprometan la adscripción a la obra de un número concreto de mujeres, calculado a través de jornales, y en unas determinadas categorías profesionales.

Pues bien, sobre el particular, en primer lugar debemos analizar si tal requisito se puede incluir en un procedimiento de licitación como criterio de adjudicación, debiendo acudir, para alcanzar una conclusión, a lo dispuesto al respecto en la normativa de aplicación, es decir LCSP y Directivas comunitarias, así como a la interpretación que de las mismas nos ofrece la Jurisprudencia comunitaria y la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Sobre el particular, el artículo 134 LCSP permite a los órganos de contratación utilizar como criterio de valoración, entre otros, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales. Ahora bien, tal precepto no podrá ser invocado para justificar la utilización del criterio que impugnamos, por cuanto, la posibilidad que contempla el citado precepto, exige, por un lado, que tales criterios estén directamente vinculados al objeto del contrato, así como que tales exigencias sociales respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las

categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las obras que son objeto del contrato.

Y ninguno de los requisitos concurre en el caso que nos ocupa, ya que la exigencia de la adscripción genérica de un número concreto de mujeres a la obra, ni está justificado, ni se trata de un requisito directamente vinculado al objeto del contrato, en tanto en cuanto no se exige, por ejemplo, la adscripción a la obra de un jefe/a de obra con una determinada experiencia en la ejecución de obras similares a la licitada, sino que se trata de una exigencia genérica, sin ninguna vinculación al objeto del contrato. Se trataría de un requisito vinculado a las características de la empresa que, como tal, debería ser tenido en cuenta como un criterio de selección, en ningún caso de adjudicación **(Sentencia del TSJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto C-31/87-Beentjes B.V.))**.

A mayor abundamiento, resulta evidente que no se cumple el segundo de los requisitos, es decir, que con el cumplimiento de tal condición se de respuesta a las necesidades de una determinada categoría de población especialmente desfavorecida, a la que además deben pertenecer los usuarios o beneficiarios de las obras que se contratan.

Sobre el particular, señalar, como refiere la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 44/04, de 12 de noviembre de 2004**, que la propia Ley de Contratos del Sector Público contiene un precepto que viene a demostrar que cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación, se hace de forma expresa en la propia Ley y con un alcance verdaderamente limitado. Nos estamos refiriendo a la Disposición Adicional 6ª (anterior DA 8ª LCAP), referente a la contratación de minusválidos por la empresa licitadora cuyo criterio es posible incluir en los pliegos, precisamente por su contemplación por la Ley, no tratándose, en realidad de un propio criterio de adjudicación, sino que tiene el alcance más limitado de atribuir preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas que tengan en su plantilla trabajadores minusválidos **solo en los casos de que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas** desde el punto de vista de los criterios

objetivos que sirvan de base para la adjudicación. Y en el caso que nos ocupa, y a la vista del contenido de la DA 6ª LCSP, vemos que **ninguna modificación al respecto se ha introducido en su correlativa DA 8ª LCAP**, habiendo concluido la propia JCCA, en el Informe referenciado que:

*“La inclusión de una cláusula de preferencia en los pliegos para las empresas con mayor porcentaje de mujeres en plantilla, **requerirá la modificación de la Disposición Adicional 8ª de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, adicionando éste supuesto al de los minusválidos y entidades sin ánimo de lucro en contratos de carácter social o asistencial**”.*

SEGUNDO.- De su consideración como condición especial de ejecución del contrato.-

Y es que, a mayor abundamiento, para determinar la forma de integrar criterios sociales en la contratación pública, debemos acudir a lo dispuesto en la normativa comunitaria, siendo el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, referido a las condiciones de ejecución del contrato, e incorporado en el artículo 102 LCSP, el que recoge la forma de integrar esas condiciones sociales en los pliegos, cuando refiere que:

“Los poderes adjudicadores podrá exigir condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que éstas sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones. Las consideraciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, es especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”.

Tal previsión, se contempla en el artículo 102 LCSP, en el que **expresamente se considera como una condición especial de ejecución del contrato**, las medidas tendentes a eliminar la desigualdad entre el hombre y la mujer en el mercado de que se trate; así como en el artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2007,

de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dispone que las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, *“ podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”*.

Por lo tanto, y a la vista de la contundencia de los preceptos referenciados, la conclusión es clara; resulta improcedente la inclusión en el pliego de tal requisito de discriminación positiva como criterio de adjudicación, ya que, en su caso, la única forma de incluir consideraciones de tipo social en el pliego sería como una condición especial de ejecución del contrato. Por lo tanto, como cláusula contractual que debe ser aceptada por el contratista adjudicatario, y que se refiere a la ejecución del contrato mismo.

Pero es que, a mayor abundamiento, el concreto requisito de adscripción analizado, ni tan siquiera se podría considerar como una condición especial de ejecución, y ello por cuanto, por un lado, y a la vista del contenido del Considerando 33 de la Directiva 2004/18/CE, relativo a las condiciones de ejecución del contrato, y como señala la JCCA en su Informe de 12 de noviembre de 2004: *“ Ninguno de los criterios y ejemplos que menciona el considerando 33 de la Directiva tiene nada que ver con un criterio de preferencia de las empresas que tengan un mayor porcentaje de mujeres en su plantilla”*.

Y por otro lado, el artículo 102 LCSP, exige, para posibilitar su inclusión en los pliegos, que tales consideraciones no sean contrarias al Derecho Comunitario, y el requisito incluido en el pliego que impugnamos incurre en una vulneración evidente de principios esenciales, como veremos a continuación.

TERCERO.- Del sometimiento de tales consideraciones sociales al Derecho Comunitario.-

Como hemos visto, la posibilidad de su inclusión en los pliegos, tal y como preceptúan el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE y el artículo 102 LCSP, pasa por su compatibilidad con el Derecho Comunitario, materializado a través de sus Directivas e interpretado por el TJCE.

Y en el caso que nos ocupa nos encontramos con que el requisito de adscripción que impugnamos, choca frontalmente con los principios fundamentales consagrados en el Considerando 2º y 3º de la Directiva 2004/18/CE y en el artículo 1 de la LCSP, al vulnerar principios como el de igualdad y no discriminación, así como el de libre acceso a las licitaciones.

Y es que, no solo se está primando, sin motivación de ninguna clase, la adscripción a la obra de mujeres en detrimento de los hombres, sino que, con su exigencia, y al tener que producirse tal adscripción en unas determinadas categorías profesionales, se está produciendo un efecto discriminatorio respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías profesionales de la legislación española, o que se verán imposibilitados, o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos, produciéndose en consecuencia una vulneración del principio de libre acceso a las licitaciones.

Por lo expuesto,

SUPLICO A ESA CORPORACIÓN que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, teniendo por formuladas las alegaciones contenidas en el cuerpo del mismo y en su virtud, proceda a dictar Resolución por la que:

- Declare contrario a Derecho, anulando y dejando sin efecto, el acuerdo aquí impugnado, así como el resto de actos administrativos dictados en cumplimiento del mismo.

- Retrotraiga el expediente de contratación, eliminando del pliego de cláusulas administrativas particulares, el criterio de valoración 16.B.4; y del pliego de prescripciones técnicas, el criterio de valoración II.2.B.4.- Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito.
- Suspenda toda actuación posterior que haya de ser llevada a cabo como consecuencia del acuerdo impugnado.

En Oviedo, a 10 de mayo de 2.010.

OTROSÍ DIGO Y SUPlico que, en base a todo lo referido, solicito la suspensión del Acuerdo aquí impugnado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dados los graves perjuicios que su ejecución pudiera causar.

Esta suspensión se justifica de la siguiente manera: el hecho de no suspender este acuerdo supone la continuación de todas las actuaciones relativas al presente expediente, lo que significa presentación de proposiciones, apertura de pliegos, adjudicación del contrato y ejecución de la obra (por citar las actuaciones más señaladas de un expediente administrativo de contratación).

Sin embargo, si el presente recurso prospera (ya sea en esta vía administrativa, ya en la posible vía contenciosa), la ejecución de la Resolución, o de la Sentencia en su caso, sería de imposible cumplimiento, toda vez que cabe la posibilidad de que, en caso de seguir tramitándose el expediente administrativo derivado del acto cuya suspensión aquí se solicita, se haya finalizado ya la ejecución de las obras. En caso de considerarse por quien en cada caso corresponda que las alegaciones vertidas en el cuerpo de este escrito son conformes a Derecho y desvirtúan lo establecido en el acto de la Administración recurrida, ello supondría que se haya podido apartar de la

correspondiente licitación a un contratista que cumplía los requisitos legalmente establecidos.

La posibilidad, pues, de que se cumpla la normativa aplicable al caso, quedaría cercenada, habiéndose incumplido por la Administración recurrida los principios más fundamentales de la contratación administrativa, como son los de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación (artículo 11 de la LCAP).

Mismo lugar y fecha.

Fdo. D. Daniel García-Balbín Álvarez



Decreto del Ayuntamiento de Avilés frente al recurso de reposición interpuesto por la Confederación Asturiana de la Construcción.

Ayuntamiento de Avilés



Negociado
CONTRATACION ADMINISTRATIVA
 Asunto: **DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN**

Documento	Expediente	Fecha Resolución
CADUI0JF	AYT/652/2010	07-06-2010

Código de Verificación:



4B42591L1T14502W0ZSW
 AYUNTAMIENTO DE AVILES
 Decreto
 Número AYT/DEC/3757/2010

DECRETO

Visto el RECURSO DE REPOSICIÓN interpuesto por DON DANIEL GARCIA-BALBIN ALVAREZ, en representación de la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del expediente de contratación de las obras relativas al Proyecto de mejora de eficiencia energética de Colegios Públicos del Ayuntamiento de Avilés.

A la vista de los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

ANTECEDENTES DE HECHO.

1º.- Por Resolución de Alcaldía nº 2072/2010, de 31 de marzo, se aprobó el Proyecto, los Pliegos administrativos y técnicos, de las obras de referencia, y se ordenó el inicio del correspondiente procedimiento de licitación. Asimismo a través de esta Resolución de Alcaldía también se aprobó el correspondiente gasto por un importe total, IVA incluido, de 661.610,95 €.

2º.- Evacuados los trámites legalmente establecidos, en el BOPA de 15 de abril de 2010, se publicó el anuncio de licitación de la contratación de referencia, poniéndose a disposición de todos los potenciales licitadores interesados en participar en la licitación el Proyecto, los Pliegos administrativos particulares y los Pliegos de prescripciones técnicas a través del perfil de contratante del Ayuntamiento de Avilés.

3º.- Los Pliegos de Prescripciones Técnicas reguladores de esta licitación incluyen una Cláusula II.2.B.4 que literalmente dice:

"Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres". (2 Puntos)

En concepto de mejora, se valorará en 2 puntos el compromiso de adscribir a las obras un mínimo de 2.169 horas que correspondan a mujeres, en las mismas categorías laborales consideradas en el criterio B.2.

Dicho compromiso se entenderá cumplido tanto si las trabajadoras a adscribir, en el número de horas indicado, se encuentran ya integradas en la plantilla de la empresa contratista y/o subcontratista, o son personal de nueva contratación.

Las horas se computarán con los mismos criterios que se han fijado en el apartado B.2".

A esa Cláusula se refiere el apartado 16.B.4 de los Pliegos Administrativos Particulares aprobados.



Ayuntamiento de Avilés



Negociada
CONTRATACION ADMINISTRATIVA
 Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN

Código de Verificación:



4B42591L1T14502W0ZSW

Documento
 CADUI0JF

Expediente
 AYT/652/2010

Fecha Resolución
 07-06-2010

4º. Con fecha de 11 de mayo de 2010, y al amparo de lo establecido en el artículo 38.4. c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC), DON DANIEL GARCIA-BALBÍN, en representación de la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN (en adelante la recurrente), presenta en una Oficina de Correos escrito, calificado, como recurso de reposición, frente a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas reguladores de la licitación de referencia.

El escrito tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Avilés con fecha de 13 de mayo de 2010.

5º.- El recurso de reposición contiene tres alegaciones que llevan por título "De la inclusión en los Pliegos de Cláusulas de discriminación positiva como criterios de adjudicación"; "De su consideración como condición especial de ejecución del contrato" y "Del sometimiento de tales consideraciones sociales al Derecho Comunitario".

El escrito concluye solicitando que:

+ *Se dicte Resolución que declare contrario a Derecho, anulando y dejando sin efecto, el acuerdo impugnado, así como el resto de actos administrativos dictados en cumplimiento del mismo.*

+ *Se retrotraiga el expediente de contratación eliminando del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares el criterio de valoración 16. B.4: y del pliego de prescripciones técnicas, el criterio de valoración II.B.4.-Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en los términos expuestos en el cuerpo del presente escrito.*

+ *Se suspenda toda actuación posterior que haya de ser llevada a cabo como consecuencia del acto impugnado.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO: CONSIDERACIONES DE INDOLE GENERAL SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO.

El régimen jurídico del recurso de reposición se encuentra regulado en los artículos 116 y 117 de la LRJAP. En la licitación de referencia, este es el único recurso que cabe, en vía administrativa, frente a los Pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares aprobados, en la medida en que NO concurren en este supuesto los requisitos objetivos exigidos en el artículo 37 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), para que resulte procedente la interposición del denominado recurso especial en materia de contratación.



<h1>Ayuntamiento de Aviles</h1>			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociado CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

La consideración de los Pliegos (tanto técnicos como administrativos) que regulan una determinada licitación como acto impugnabile a través de recurso en la vía administrativa encuentra su fundamento normativo en el hecho de que se trata de un acto preparatorio de un contrato en los términos de los artículos 31, 34 y 35 LCSP.

La interposición del recurso se efectúa dentro del plazo de un mes desde la publicación del anuncio de licitación en que se da publicidad de la aprobación de los Pliegos de Condiciones, esto es, dentro del plazo establecido en el artículo 116.1 de la LRJAP.

SEGUNDO: LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL RECORRENTE: CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCION.

La legitimación activa para recurrir los Pliegos reguladores de una licitación corresponde, como regla general y en principio, a los licitadores que participan en la misma, en tanto en cuanto es precisamente a estas personas físicas o jurídicas a quienes cabe atribuir, indubitadamente, la condición de interesados en los términos y a los efectos del artículo 31 de la LRJAP.

Sin embargo, esta aseveración no equivale a concluir que la legitimación activa para impugnar los Pliegos de una licitación se deba acotar exclusivamente a los licitadores. Las asociaciones que representen intereses colectivos o generales (como puedan ser las organizaciones empresariales de un determinado sector productivo) también pueden, en determinadas circunstancias y acreditando un interés legítimo en el asunto encontrarse legitimados para la interposición de recursos en los procedimientos licitatorios. Así, en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 1ª) de 19 de diciembre de 2008, en un caso semejante al que nos ocupa, concluyó que debía considerarse legitimada activamente a una Cámara de Contratistas que impugnó los Pliegos de una licitación en la medida en que con el recurso lo que pretendía era *"anular unas cláusulas administrativas cuya ausencia, según la actora podrían beneficiar a todo licitador o persona o entidad que estuviera interesada en poder participar en el concurso y por ello también y sobre todo podría beneficiar o al menos afectar directamente a los intereses de los miembros de mencionada asociación"*

Es con fundamento en este criterio, que como ha quedado expuesto ha sido avalado jurisprudencialmente, por lo que cabe concluir que la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN, a pesar de no tener la consideración de entidad licitadora en el presente procedimiento de contratación, cuenta con la debida legitimación activa para interponer el presente recurso de reposición impugnando los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares.



<h1>Ayuntamiento de Aviles</h1>			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociado CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

TERCERO: SOBRE LA ALEGACIÓN DE LA RECURRENTE QUE LLEVA POR TITULO “DE LA INCLUSIÓN EN LOS PLIEGOS DE CLAUSULAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN”.

La primera de las alegaciones contenidas en el recurso de reposición interpuesto por la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN se refiere a “la inclusión en los Pliegos de Cláusulas de discriminación positiva como criterios de adjudicación”. En dicha alegación, la recurrente dirige su impugnación a la Cláusula II.2.1.B.4 de los Pliegos de prescripciones técnicas en la que se establece *“como criterio de valoración, un criterio de discriminación positiva, valorando y puntuando con dos puntos a aquellas empresas que comprometan la adscripción a la obra de un número concreto de mujeres, calculando a través de jornales, y en unas determinadas categorías profesionales”*.

A juicio de la recurrente, *“la introducción de tal requisito en un procedimiento de licitación como criterio de adjudicación... vulnera la normativa aplicable de contratación, la Jurisprudencia aplicable y la Doctrina Comunitaria sentada en cuanto a la admisión de criterios sociales en los procesos de licitación”*.

Más concretamente, la recurrente argumenta que: *“Sobre el particular, el artículo 134 LCSP permite a los órganos de contratación utilizar como criterio de valoración, entre otros, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales. Ahora bien tal precepto no podrá ser invocado para justificar la utilización del criterio que impugnamos, por cuanto, la posibilidad que contempla el citado precepto, exige, por un lado, que tales criterios estén directamente vinculados al objeto del contrato, así como que tales exigencias sociales respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las obras que son objeto del contrato. Y ninguno de los requisitos concurre en el caso que nos ocupa”*

Esta alegación debe ser desestimada con fundamentos en las siguientes razones:

A). En primer lugar, la recurrente está partiendo en todo su razonamiento de una premisa que no es totalmente correcta: la calificación de la cláusula que impugna como “criterio de adjudicación”. A estos efectos debe puntualizarse que -tal y como puede colegirse de la transcripción literal de la cláusula impugnada reproducida en el Antecedente de Hecho Tercero- la misma comienza con una importante precisión conceptual que no se encuentra en el resto de los criterios de valoración objetivos recogidos en los Pliegos: Y es que, a diferencia del resto, el apartado II.2.B.4 comienza con el sintagma: *“En concepto de mejora...”*.

Con esta mención expresa a la idea de “mejora”, que como queda dicho, aparece únicamente recogida en la Cláusula en el apartado II.2.B.4., se ha pretendido subrayar la circunstancia de que la misma tiene un carácter completamente voluntario para los licitadores de tal manera que los que no la recojan o incluyan en sus proposiciones, en ningún caso serán excluidos del procedimiento licitatorio. Con ello, se marca una notable diferencia entre lo que sucede en



<h1>Ayuntamiento de Aviles</h1>			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociado CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

aquellos supuestos en los que alguna de las ofertas rebasa, por ejemplo, el presupuesto máximo de licitación y las consecuencias que supondría para un licitador manifestar en su proposición su intención de no adscribir a ninguna mujer a las obras.

B). En segundo lugar –aún prescindiéndose de este importantísimo matiz técnico en que no repara la recurrente en su escrito y considerando como equivalentes los criterios de adjudicación y la mejora, de carácter voluntario para los licitadores, introducida en la Cláusula II.2.B.4 de los Pliegos de prescripciones técnicas aprobados- debe señalarse que la introducción en los Pliegos de ese criterio encuentra su fundamento normativo específico -y también su nexo de unión con los requisitos establecidos en el artículo 134 de la LCSP- en una disposición que no se menciona en el recurso de reposición y que, en cambio, resulta directa y obligatoriamente aplicable a esta licitación: El Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se aprueba un Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

En este sentido, debe comenzar por destacarse que el hecho de que las obras objeto de la contratación que nos ocupa sean financiadas con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local es una circunstancia que se encuentra -además de explícitamente mencionada en el anuncio de licitación publicado en el BOPA- recogida expresamente en diferentes cláusulas de los Pliegos de Condiciones aprobados, hasta el punto de que la Cláusula 6 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares al detallar el régimen jurídico aplicable a la licitación se refiere, entre otros textos normativos, al Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre.

Pues bien dicha norma -que no conviene perder de vista que tiene el mismo rango normativo que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público- manifiesta una orientación social expresa e inequívoca en cuanto se autodefine en su Exposición de Motivos como una medida extraordinaria "con un objetivo finalista", que se vincula con la "financiación de actuaciones generadoras de empleo en obras" y con "la sostenibilidad social". Y, toda esta teleología de la norma se manifiesta de una manera aún más significativa sobre todo, en cuanto en su articulado impone, con carácter totalmente obligatorio, que los contratos financiados con cargo a ese Fondo Estatal incluyan en sus Pliegos una serie de cláusulas sociales relacionadas con el empleo tanto como condiciones especiales de ejecución (artículo 17.2 del RDL 13/2009), como (y es en estos momentos lo que más nos interesa) criterios de valoración de las ofertas que se presenten al establecer que: "*Para la adjudicación de los contratos financiados con cargo al Fondo, los Ayuntamientos tomarán en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al Fomento del Empleo*". (art. 17.3 RDL 13/2009). Este Fomento del empleo, representa, por decirlo, en términos muy gráficos el objeto esencial, y más aún la causa última y prioritaria, de la norma y, por ende, de las contrataciones que se efectúen con fundamento y cargo a la misma.

Es ese último precepto que ha sido transcrito el que constituye el inequívoco soporte normativo para que los contratos que se financien con cargo al Fondo Estatal para el empleo y la Sostenibilidad Local (en adelante FEESL), como es el caso de la licitación que nos ocupa,



<h1>Ayuntamiento de Aviles</h1>			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociada CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

incluyan, con estricta sujeción a la legalidad, en sus Pliegos -y entre los criterios para puntuar las ofertas- mecanismos valorativos relacionados con el estímulo y la generación de empleo.

En otras palabras, es este precepto el que vincula intrínseca e inexorablemente las licitaciones del FEESL con los requisitos exigidos en el artículo 134 de la LCSP, y el que produce el efecto de que los contratos en los que resulte aplicable el RDL 13/2009, sean, *ex lege*, contratos que deban incluir cláusulas sociales relacionadas con el fomento del empleo y la sostenibilidad social. Así las cosas, en modo alguno, puede aceptarse la tesis postulada por la recurrente en su recurso de que la cláusula contenida en el apartado II.2.B.4 de los Pliegos Técnicos sea "*una exigencia genérica, sin ninguna vinculación con el objeto del contrato*", por cuanto, justamente al contrario, un contrato que se financia con cargo al FEESL es un contrato cuyo objeto prioritario es la lucha frente al desempleo, que tiene como fin último la generación de empleo, siendo el medio para conseguirlo la ejecución de unas determinadas obras.

Por tanto, el artículo 17.3 del RDL 13/2009, de 26 de octubre impone a los Ayuntamientos, consecuentemente con el claro y marcado carácter finalista ya apuntado de la norma, la obligación de que, sin excepción de ninguna clase, introduzcan como mecanismos de ponderación de las ofertas en los diferentes contratos de obras que liciten indicadores relacionados con el Fomento del Empleo.

Sin embargo, la referida normativa no acota de un modo pormenorizado o exhaustivo la manera en la que debe concretarse o articularse esa obligación genérica, posibilitando, y remitiendo a que sea cada Administración Local la que en el ejercicio de su legítima, imprescindible e insustituible discrecionalidad defina y determine tanto la manera en la que debe formalizarse técnicamente ese mandato general como las fórmulas que deben arbitrarse para maximizar, dentro de su ámbito decisorio, los propósitos del RDL 13/2009 y la consecución más eficaz del interés general perseguido. Y fue, precisamente, en ese marco caracterizado, por un lado, por la existencia de una obligación genérica y, por otro, por la existencia de un espacio o ámbito de discrecionalidad para su concreción, el que motivó que el Ayuntamiento de Avilés introdujera en los Pliegos de Prescripciones Técnicas que rigen esta contratación la Cláusula II.2.B.4 que impugna la recurrente y en la que únicamente se incentiva, con 2 puntos sobre 100, el compromiso, completamente voluntario, de las entidades licitadoras de adscribir a la obra a un determinado volumen de mano de obra femenina.

La cláusula que impugna la Confederación Asturiana de la Construcción a través de su recurso de reposición tiene, por tanto, como se desprende del mero examen de su contenido, una vinculación directa y nuclear con el Fomento del Empleo no siendo su objeto ninguno otro distinto a éste. De hecho, es una parte de un todo más amplio que se completa y complementa con las Cláusulas II.2.B.2 y II.2.B.3 en las que, por un lado, se pondera el compromiso de los licitadores de adscribir a la obra un volumen global de mano de obra y, por otro, el de llevar a cabo nuevas contrataciones entre personas que se encuentren previamente en situación legal de desempleo. Las 3 Cláusulas constituyen la manera en la



Ayuntamiento de Avilés



Negociado
CONTRATACION ADMINISTRATIVA
 Asunto: **DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN**

Código de Verificación:



4B42591L1T14502W0ZSW

Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010
-----------------------	----------------------------	--------------------------------

que el Ayuntamiento de Avilés ha concretado, dentro de la discrecionalidad promovida por la norma, la obligación genérica contenida en el artículo 17.3 del RDL 13/2009 y persiguen asegurar y promover que en las contrataciones de obras financiadas con cargo al FEESL se garantice la finalidad de promover la "generación de empleo" y la "sostenibilidad social".

En otras palabras, la Cláusula II.2.B.4 es sólo una manifestación más concreta y específica de las mismas finalidades y propósitos que se encuentran, quizás de un modo más genérico, en el trasfondo de la articulación de las Cláusulas II.2.B.2 y II.2.B.3. Determina el propósito de enfrentarse al mal endémico del desempleo y de actuar positivamente en relación a un sector del mercado de trabajo en el que las estadísticas muestran, sin paliativos, que existen los índices de desocupación más acusados y alarmantes socialmente a los efectos de que las medidas de reactivación y estímulo económico promovidas por el RDL 13/2009, que, en último término justifican el esfuerzo inversor del Fondo Estatal, alcancen y beneficien, también, a estos sectores de la población. Todo ello, con estricto soporte normativo, además, en lo establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y en la interpretación que de esta norma han efectuado varias sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. La íntima e intrínseca relación que existe entre la Cláusula II.2.B.4 y las restantes relacionadas con el Fomento del Empleo previstas en los Pliegos se constata, además de por todo lo apuntado, por el revelador dato objetivo de que, tal y como puede cotejarse en la transcripción literal de la Cláusula impugnada que se efectúa en el Antecedente de Hecho Tercero de este escrito, la misma se remite expresamente, hasta en dos ocasiones, a la Cláusula II.2.B.2 de los Pliegos.

Por otro lado, la Cláusula II.2.B.4 de los Pliegos de Prescripciones Técnicas NO conculca tampoco, como sostiene la reclamante, el principio de concurrencia al primar las características de una determinada empresa sobre otras, convirtiéndose en una especie de criterio de selección de los contratistas. Al respecto, debe subrayarse que de la propia redacción que se ha dado en los Pliegos a la cláusula impugnada se deduce que todas las empresas se encuentran en igualdad de condiciones para, si así lo desean introducir en su oferta el compromiso de adscribir a la obra un determinado número de mujeres. Y es que dicho compromiso se considera cumplido a través de una gran pluralidad de formas, compatibles con cualquier estructura empresarial, no siendo necesario ni que la empresa cuente previamente con ese volumen de mujeres en su plantilla, ni siquiera que lleguen a integrarse efectivamente en la plantilla de la contratista principal: *"Dicho compromiso se entenderá cumplido tanto si las trabajadoras a adscribir, en el número de horas indicado, se encuentran ya integradas en la plantilla de la empresa contratista y/o subcontratista, o son personal de nueva contratación"*.

De esa manera, la flexible redacción de la Cláusula contenida en el apartado II.2.B.4 asegura que no se otorgue ninguna preferencia a aquellas empresas que ya cuenten con mujeres en su plantilla. Más aún, tampoco se concibe esta cláusula como una condición de obligado cumplimiento para los licitadores. Se trata, como ha quedado explicado, de una mejora de carácter meramente voluntario cuya no proposición por parte de un licitador ni tiene como efecto su exclusión del procedimiento licitatorio, ni, tampoco, le impide convertirse en el



<h1>Ayuntamiento de Aviles</h1>			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociado CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

adjudicatario de la contratación. La mención que la recurrente efectúa al Informe de la Junta Consultiva 44/04, de 12 de noviembre de 2004, no desvirtúa ninguno de estos argumentos, al referirse dicho Informe a unos hechos notoriamente diferentes a los que constituyen el objeto del presente recurso.

En suma, y a modo de sintética recapitulación de todo lo expuesto, la cláusula contenida en el apartado II.2.B.4 de los Pliegos de Prescripciones Técnicas (así como su reflejo en la Cláusula 16.B.4 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares) que rigen esta licitación es una medida tendente al Fomento del Empleo. El fundamento normativo expreso y directo para la introducción de esta Cláusula se encuentra, con ello, expresamente recogido en el RDL 13/2009, de 26 de octubre (sobre todo en su artículo 17.3), y por ello, su introducción respeta escrupulosamente los requisitos exigidos en la legislación vigente (incluyendo el artículo 134 LCSP) para la incorporación de criterios sociales en la valoración de la adjudicación de un contrato. La vinculación entre el objeto del contrato y la cláusula resulta meridiana si se toma en consideración el hecho de que la licitación que nos ocupa se encuentra financiada con cargo al FEESL y que, por tanto, nos encontramos ante un contrato con una estrechísima e ineludible orientación social.

CUARTO: SOBRE LAS ALEGACIONES DE LA RECURRENTE QUE LLEVAN POR TÍTULO "DE SU CONSIDERACIÓN COMO CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO" Y "DEL SOMETIMIENTO DE TALES CONSIDERACIONES SOCIALES AL DERECHO COMUNITARIO"

La segunda de las alegaciones contenidas en el recurso de reposición sostiene que, resultando improcedente la inclusión en el Pliego del requisito de discriminación positiva como criterio de adjudicación, *"en su caso, la única forma de incluir consideraciones de tipo social en el pliego sería como una condición especial de ejecución del contrato. Por lo tanto, como cláusula contractual que debe ser aceptada por el contratista adjudicatario, y que se refiere a la ejecución del contrato mismo"*.

Por su parte, en la tercera de las alegaciones, la recurrente argumenta que la hipotética introducción de la Cláusula establecida en el apartado II.2.B.4 de los Pliegos Técnicos como condición especial de ejecución sería igualmente ilegal, en cuanto, contraria a las disposiciones del Derecho Comunitario *"al vulnerar principios como el de igualdad y no discriminación, así como el de libre acceso a las licitaciones"*. En concreto el recurso de reposición señala al efecto que:

"Y es que, no solo se está primando, sin motivación de ninguna clase, la adscripción a la obra de mujeres en detrimento de los hombres, sino que, con su exigencia, y al tener que producirse tal adscripción en unas determinadas categorías profesionales, se está produciendo un efecto discriminatorio respecto a otros empresarios de los restantes Estados miembros de la UE, cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías profesionales de la legislación española, o que se verán imposibilitados, o en condiciones muy difíciles de cumplir, para acreditar que



<h1>Ayuntamiento de Áviles</h1>			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociado CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos, produciéndose en consecuencia una vulneración del principio de acceso a las licitaciones”.

Dichas alegaciones deben ser desestimadas con fundamentos en las siguientes razones:

Los argumentos jurídicos desarrollados en el Fundamento de Derecho anterior de este escrito para justificar la corrección legal de la articulación técnica seguida en los Pliegos (en torno a preceptos como el artículo 17.3 del RDL 13/2009, y el art. 134 LCSP) pueden traerse a colación en estos momentos para rechazar también esa parte de la alegación del recurso. Todos esos argumentos, ya analizados, sirven para sostener que, si bien el artículo 102 LCSP constituye otro fundamento normativo válido para poder introducir cláusulas sociales en la contratación pública, esta fórmula no es, en modo alguno, la única posible y que, junto a ella, caben otras alternativas igualmente legales como, entre otras, la articulada por el Ayuntamiento de Áviles en la Cláusula II.2.B.4 de los Pliegos impugnados.

Asimismo, no debe dejar de señalarse que en esta parte de su recurso la recurrente no está impugnando ninguna Cláusula concreta de los Pliegos sino que está únicamente afirmando que si la cláusula contenida en el apartado II.2.B.4 se hubiera articulado técnicamente como una condición especial de ejecución (cosa que esta Administración Local no ha hecho, como la propia recurrente reconoce), sería igualmente ilegal al vulnerar, presuntamente, algunos principios esenciales del Derecho Comunitario.

Por todo ello, NO resulta preciso entrar al análisis de estas cuestiones en cuanto se conectan con una hipótesis o ficción que no tiene una correspondencia con la redacción y la propuesta técnica contenida en los Pliegos que reguladores de esta licitación.

QUINTO: SOBRE LA SOLICITUD DE LA RECURRENTE DE QUE SE ACUERDE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO.

La recurrente concluye su escrito solicitando que *"se suspenda toda actuación posterior que haya de ser llevada a cabo como consecuencia del acuerdo impugnado"*. Y esta petición de la suspensión del procedimiento licitatorio es justificada en el recurso de reposición del siguiente modo:

"El hecho de no suspender este acuerdo supone la continuación de todas las actuaciones relativas al presente expediente, lo que significa presentación de proposiciones, apertura de pliegos, adjudicación del contrato y ejecución de la obra (por citar las actuaciones más relevantes de un expediente administrativo de contratación).

Sin embargo, si el presente recurso prospera, (ya sea en esta vía administrativa, ya en la posible vía contenciosa) la ejecución de la Resolución, o de la Sentencia en su caso, sería de imposible cumplimiento, toda vez que cabe la posibilidad de que, en caso de seguir tramitándose el expediente administrativo derivado del acto cuya



<h1>Ayuntamiento de Aviles</h1>			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociado CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADU10JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

suspensión aquí se solicita, se haya finalizado ya la ejecución de las obras. En caso de considerarse por quien en cada caso corresponda que las alegaciones vertidas en el cuerpo de este escrito son conformes a Derecho y desvirtúan lo establecido en el acto de la Administración recurrid, ello supondría que se haya podido apartar de la correspondiente licitación a un contratista que cumplía los requisitos legalmente establecidos”.

Esta solicitud o petición de suspensión del procedimiento licitatorio NO puede estimarse con fundamento en las siguientes razones jurídicas:

La interposición de un recurso de reposición, a diferencia de lo que sucede con el recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 37 de la LCSP, no suspende ex lege el procedimiento licitatorio. El régimen jurídico aplicable para acordar la suspensión en este caso es el establecido en el artículo 111 de la LRJAP que establece, como regla general, que: *“La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado”.* (Art. 111.1 LRJAP).

La suspensión del acto impugnado es, por tanto y de acuerdo con los dictados de este precepto, la excepción y no la regla general en el ordenamiento jurídico vigente. Una excepción, muy tasada por la Ley, que para poder acordarse requiere necesariamente: que el órgano a quien compete resolver el recurso pondere, de modo previo y suficientemente razonado, el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido y que, además, concorra alternativamente alguna de estas dos circunstancias: Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación; o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJAP (Art. 111.2 LRJAP).

Pues bien, en el presente supuesto no concurren los requisitos legalmente establecidos en ese artículo 111.2 LRJAP para que se pueda estimar la petición del recurrente y acordar la suspensión del procedimiento licitatorio. Y es que un análisis ponderado de los perjuicios que causaría acordar o no acordar la suspensión nos muestra como el daño que se infringiría al interés público o a terceros con la suspensión es manifiestamente superior a la hipotética lesión que se produciría en los derechos e intereses de la recurrente, manteniendo la ejecutividad de los Pliegos impugnados a través de su recurso.

Por una parte, la gravedad del perjuicio que se podría causar al interés público acordando la suspensión del presente procedimiento licitatorio queda fehacientemente constatada si tomamos en consideración que la presente contratación se encuentra financiada -como ya ha quedado explicado en fundamentos de derecho anteriores de este escrito- con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local y que la normativa específica que regula este Fondo (RDL 13/2009, de 26 de octubre), vincula la obtención efectiva de las subvenciones estatales al cumplimiento por parte de las Administraciones Locales de unos plazos taxativos tanto en el procedimiento licitatorio (vgr. art. 10.3 y 17.1 RDL 13/2009), como en la ejecución



Ayuntamiento de Aviles

Código de Verificación:



4B42591L1T14502W0ZSW



Negociado
CONTRATACION ADMINISTRATIVA
 Asunto: **DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN**

Documento
 CADU10JF

Expediente
 AYT/652/2010

Fecha Resolución
 07-06-2010

de las obras, estableciéndose, a ese respecto, que la ejecución de las mismas debe finalizar con anterioridad al 31 de diciembre de 2010 (art. 16.1 RDL 13/2009). La suspensión en estos momentos del procedimiento licitatorio impediría cumplir todos esos plazos y ocasionaría, por ello, la pérdida irremediable de los recursos económicos que hacen posible la contratación. Además, y *a fortiori* de estos perjuicios que acaban de ser apuntados, debemos tener en cuenta que la suspensión desbarataría las urgentes necesidades de interés público que justifican, en último término, la ejecución de las obras proyectadas, y que congruentemente con las finalidades perseguidas por el RDL 13/2009, no son otras que contribuir a la reactivación económica, luchar frente al desempleo e introducir en el mercado un volumen de obra pública para compensar el claro déficit y desajuste que existe, entre estos momentos, entre la oferta y la demanda de obra privada. Adicionalmente, tampoco debe obviarse en esta ponderación de perjuicios que la suspensión también produciría importantes efectos lesivos para los licitadores que, sin manifestar en ningún momento su oposición – ni expresa ni implícita- a la cláusula II.2.B.4 de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, han concurrido a la licitación en curso.

Por otro lado -y aunque lo señalado en el párrafo anterior ya sería suficiente para desestimar la solicitud de suspensión del procedimiento licitatorio- tampoco parece que se cause a la recurrente ningún perjuicio concreto como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido. Tal y como se señaló en el Fundamento de Derecho Segundo, la recurrente no tiene la condición de entidad licitadora en la presente contratación, sino que es una organización empresarial que aglutina y sirve de cauce de representación a entidades del sector productivo de la construcción. Y si bien es cierto que esta circunstancia no la priva de legitimación activa para plantear un recurso frente a los Pliegos, no es menos cierto que la esfera de sus derechos o intereses legítimos se encuentra afectada de un modo muy diferente, y más tangencialmente, que los de las entidades licitadoras. El interés de la Confederación Asturiana de la Construcción en el presente procedimiento es, por todo ello, un interés indirecto y abstracto, vinculado con preocupaciones genéricas del respeto a la legalidad, que esta Administración, por otro lado, comparte plenamente. Sin embargo, en modo alguno puede concluirse que se cause ninguna lesión ni perjuicio a ninguno de sus derechos concretos al no suspender el procedimiento licitatorio.

Por último, esta Administración tampoco puede adherirse al argumento de la recurrente de que *“se haya podido apartar de la correspondiente licitación a un contratista que cumplía los requisitos legalmente establecidos”*, ya que la Cláusula de los Pliegos recurrida no opera, en modo alguno como ya ha quedado explicado, como un criterio que obligatoriamente deban reunir todos los licitadores, so pena de ser excluidos del procedimiento licitatorio. Y además cualquier potencial licitador que pudiera considerarse perjudicado en sus derechos e intereses, por esa articulación técnica, dispondría, por sí mismo, de todos los remedios y mecanismos arbitrados por el ordenamiento jurídico para la salvaguarda de los mismos. La recurrente invoca, por todo ello, un perjuicio indeterminado e inconcreto, completamente difuso y que no se traduce en ninguna lesión real y efectiva que avale su petición de que el órgano de contratación acuerde la suspensión del procedimiento licitatorio.



11112

Ayuntamiento de Aviles			Código de Verificación:  4B42591L1T14502W0ZSW
	Negociado CONTRATACION ADMINISTRATIVA Asunto: DESESTIMAR RECURSO DE REPOSICIÓN		
	Documento CADUI0JF	Expediente AYT/652/2010	Fecha Resolución 07-06-2010

DISPONGO:

PRIMERO.- No acceder a la petición de la recurrente de suspender el procedimiento licitatorio, por cuanto -tal y como se ha razonado y ponderado en el Fundamentos de Derecho 5º de este Informe- el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión es manifiestamente mayor que el hipotético perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido.

SEGUNDO.- Desestimar el recurso de reposición interpuesto por DON DANIEL GARCIA-BALBIN ALVAREZ, en representación de la CONFEDERACIÓN ASTURIANA DE LA CONSTRUCCIÓN, frente al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas reguladores del expediente de contratación de las obras relativas al Proyecto de mejora de eficiencia energética de Colegios Públicos del Ayuntamiento de Avilés, con fundamento en las razones anteriormente expuestas.

TERCERO.- Notifíquese esta Resolución a la entidad recurrente con la advertencia expresa de que contra la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, puede interponer recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses a contar a partir del día siguiente al recibo de la presente notificación ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo, o cualquier otro recurso que estime oportuno o conveniente.

Así lo dispuso la Ilma. Sra. Alcaldesa del Excmo. Ayuntamiento de Avilés, en el lugar y fecha indicados, de todo lo cual, y en el exclusivo ejercicio de la fe pública administrativa que me es propia, certifico.



LA ALCALDESA

Fdo.: Pilar Varela Díaz

LA SECRETARIA GENERAL

Fdo.: Pilar Pontón Domínguez.