El Contrato Social de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

JULIÁN GARRÁN DÍAZ
Doctorando en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide

1. **Introducción**
2. **La gran calidad**
3. **La cara «social» del contrato**
4. **Los criterios o cláusulas sociales sobre los licitadores**
5. **Intrusismo de lo administrativo sobre lo social**
6. **Oportunidad o realidad**
7. **Referencias bibliográficas**

Resumen

La nueva Ley de Contratos ofrece un nuevo panorama normativo en el que el criterio económico ya no se sitúa como criterio exclusivo de contratación, y debe convivir en pie de igualdad con los criterios cualitativos que son determinantes de la GRAN CALIDAD. Siguiendo la estela de la *praxis* que viene sucediendo en nuestro país, así como las imposiciones que vienen desde la Unión Europea, con la nueva legislación se pretende la inclusión de criterios sociales que hagan de la contratación una herramienta eficiente de prestación de servicios y bienes. Así pues, la contratación pública contempla una perspectiva más inclusiva respecto a colectivos en riesgo de exclusión o pobreza,

Artículo recibido el 06/09/2018; aceptado el 04/10/2018.

así como el brindis a la innovación o el respeto al medio ambiente entre otros muchos, como elementos a tener en consideración a la hora de ejecutar o adjudicar el contrato. Igualmente, esta consideración normativa introduce nuevos deberes a los empresarios como ámbito objetivo de la Ley. Entre estos deberá designarse un responsable del contrato, así como acreditar mediante «ecoetiquetas» u otras formas admisibles en la Ley el cumplimiento de las cláusulas sociales suscritas o declaradas en el proceso de contratación. Dicho todo lo anterior, el presente estudio pretende hacer una reflexión acerca de las oportunidades y desafíos que presentan estas cláusulas, así como una justificación sustantiva del significado de las mismas y del momento en el que se opta por su inclusión.

Palabras clave: *contratación socialmente responsable; contrato social; responsabilidad social; contratación pública; cláusulas sociales*.

The social contract in the Law 9/2017, of 8 November, of Public Procurement

Abstract

The novel procurement legislation offers a new normative perspective in which the economic criterion is no longer considered as the exclusive one. It must now coexist with the qualitative criteria which are determinants of the "great quality". According to the praxis in Spain, as well as the obligations that come from the European Union, the new legislation pursues to include social criteria for making public procurement a more efficient tool for the provision of services and goods. Therefore, public procurement takes into account a more inclusive perspective regarding, for instance, groups at risk of exclusion or poverty, innovation or the respect for the environment. Likewise, the new legislation introduces new duties to employers as the objective scope of the law. Inter alia, employers should nominate a person responsible for the contract and to certify through «eco-labels» or other way the compliance of the social clauses subscribed or declared in the contracting process. This article studies the opportunities and challenges for these social clauses and deals with the substantive justification of their meaning and the moment in which it is decided to include them.

Keywords: socially responsible public procurement; social contract; social responsibility; public procurement law; social clauses.

1
Introducción

Actualmente la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público está siendo debatida desde todos los frentes que abordan la ciencia jurídica, y más aún desde que entró en vigor el pasado 9 de marzo de 2018. Desde entonces, está siendo desgajada, provocando las más dispares reacciones, que van desde la celebración de la introducción de preceptos muy «progresistas» hasta la desesperación por su enorme articulado, y su difícil aplicación en municipios con escasos recursos[1]. Para comprender la importancia de este nuevo texto legal que introduce dos Directivas[2] de corte bastante anglosajón y que sigue la tendencia, como ya hace el también famoso Reglamento 679/2016 de protección de personas físicas en el tratamiento de datos personales y su libre circulación, tenemos que observar en primer lugar su importancia en la economía española: casi un 20 % del PIB español tiene su origen en contratación pública, es decir, numerosísimas empresas deben su existencia a esta ficción jurídica, y en segundo lugar está la regulación de la más notoria y relevante actuación del Estado y la Administración como ente ejecutor, es decir, su propia actuación como productor de bienes y servicios[3].

Antes de introducir el tema que nos ocupa y analizar sus preceptos que versan sobre la responsabilidad social, quiero recalcar algo que considero de vital importancia para comprender de qué estamos hablando. Nuestra Constitución enuncia en su primer artículo, cosa que le dota de valor añadido y que no resulta precisamente baladí, que nuestro Estado se constituye como un Estado social y democrático de Derecho[4]. El orden de los factores en este caso sí altera el producto, es decir, la posición del Estado social por encima de sus atribuciones democráticas o del imperio de la ley no trae otra causa que la propia justificación de la constitución de los Estados modernos pasando por los modelos garantistas o asistenciales (Manin 1998). La pregunta es muy sencilla, o al menos aparenta serlo: ¿para qué se constituye el Estado?; ¿para

1. Para una mayor información acerca de la situación económico-financiera de los municipios acceder a: http://serviciostelematicosext.minhap.gob.es/SGCAL/entidadeslocales/
2. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.
3. En la Unión Europea la influencia de la contratación pública se cifra en torno al 14 % sobre el PIB.
4. El artículo 1.1 del Título Preliminar de la Constitución Española de 1978.

obtener beneficios?; ¿para organizar la sociedad?; ¿para prestar servicios a su poder constituyente (ciudadanos)? Si avanzamos en estas preguntas el sentido común nos sitúa al Estado, primero, como un actor jurídico[5], y segundo, como un actor en la vida económica con un objeto muy diferente al que tienen las empresas, al menos las tradicionales. Esta segunda posición es la que fundamenta el sentido de la contratación pública.

De nuevo, nuestra Constitución tiene la respuesta y dirige el fundamento de las dos figuras del Estado, esta vez en el artículo 103 tan exprimido, analizado y citado dada su trascendencia: servir con objetividad los intereses generales. ¿Cómo podría servir a esos intereses generales que tantos quebraderos de cabeza traen a la sociedad, juristas, políticos y demás agentes sociales? Pues por medios propios, gestión directa descentralizada o utilizando la contratación pública. Aquí tenemos una primera justificación de la importancia del asunto: estamos hablando de uno de los principales instrumentos de actuación del Estado y por extensión de la Administración Pública, y no cabe otro fundamento para su utilización que la persecución y consecución de los intereses generales, ni más ni menos. Si en algo se caracterizan los intereses generales es en que su configuración se estructura en torno a los derechos fundamentales que recoge la misma Constitución. ¿Se podrían entender en situación de una actuación estatal o administrativa que no tuviera en su frente el interés general? Dicho queda que ese interés general puede reproducirse *ad intra* o *ad extra,* es decir, percibirse que su consecución es en beneficio del propio ente administrativo o estatal y en perjuicio de colectivos, todo ello, eso sí, por imperiosa necesidad y precisamente en nombre del *interés o voluntad general*[6]. Por todo lo anterior la relación entre la sustanciación del objeto legal, la contratación pública, y su fundamento constitucional debe inexcusablemente quedar plasmada en esta Ley de Contratos del Sector Público.

Una vez más, y siguiendo con la tendencia de que la introducción de estos preceptos no viene por inspiración divina o *motu propio* del legislador, encontramos que el motivo de la aparición de esta Ley lo tenemos en unas

5. Doctrinalmente se atribuyen a la Administración Pública diversas figuras que no vienen sino a reflejar una posición común como un actor más en la vida de los ciudadanos, en una relación, claro está, totalmente asimétrica. Estas formas que aparecen incluidas son la actividad de limitación o policía, la actividad de fomento, la actividad administrativa sancionadora o la arbitral, entre otras.

6. Esta aspiración *roussoniana* de persecución del bien común se diferencia de la *volonté de tous* (voluntad de todos). Concretamente, la *volonté générale* que predican y que caracteriza a todos los estados-nación, no se constituye a través de las aspiraciones y apetencias particulares y agregadas de cada individuo, sino que se construye en torno al bien común. Para una mejor comprensión de su significado ver Rousseau, Jean-Jaques. *El contrato social.* 1762. Editorial AKAL. 2016.

disposiciones europeas con diferente fuerza jurídica: por un lado, la Estrategia Europa 2020, y por otro lado, con poder vinculante, las Directivas anteriormente mencionadas: la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; la Directiva 2014/25/UE, para sectores del agua, energía, trasporte y servicios postales; y la Directiva 2014/23/UE, sobre la adjudicación de contratos de concesión. Quizás por su importancia sustancial y por constituir el horizonte europeo (y, por extensión, también el español), prestaré algunas líneas a esta Estrategia, que ayudarán a comprender el porqué de la introducción de estos principios sociales que, como ya hemos esbozado, no deberían ser ninguna novedad.

De hecho, lo novedoso de la Ley es la agrupación de estos principios y la dotación de ser determinantes de la gran calidad, objeto del contrato. Hay que tener en cuenta que la introducción de estos criterios se ha ido esparciendo a lo largo de la historia de la contratación pública en España. Concretamente el punto de partida, al menos en lo que se refiere a la introducción de cláusulas medioambientales, tiene su primera puesta en escena en otra trasposición, en este caso en las Directivas de contratos de 2004, realizada por la Ley 30/2007, de octubre, y en el posterior texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Como bien señala Consuelo Alonso García (2018), otras leyes de contenido ambiental y otras más generales introducirían medidas a tener en cuenta por la contratación pública, además de la multitud de iniciativas ejecutivas en el ámbito estatal, autonómico y local[7].

La Estrategia Europa 2020 es ante todo una estrategia de crecimiento. El crecimiento como máximo exponente medido con multitud de variables que se resumen cuantitativamente en el PIB, pero que en la realidad no solo se reducen a este. Esto quiere decir que, aunque Europa persigue el crecimiento, no lo hace a cualquier precio; su interés se dirige hacia la construcción de un nuevo modelo de crecimiento que contempla tres perspectivas:

I. **Crecimiento inteligente**. Contempla el desarrollo de productos de medio-alto valor añadido y que por tanto requieren un estudio y una innovación en los medios de producción y/o creación de nuevos productos. La más manifiesta forma en la contratación quizás sea el procedimiento de asociación para la innovación, aunque impregna el resto de modalidades.

7. Ver, por ejemplo, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, o la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa; o, en el nivel reglamentario, el Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono.

II. **Crecimiento sostenible**. La sostenibilidad en la gestión de los recursos es consecuencia misma de la eficiencia + medio ambiente. La introducción en los contratos públicos de criterios de adjudicación relacionados con el respeto al medio ambiente, como la utilización de productos y técnicas respetuosas con el mismo, es una realidad que se supone se irá integrando.

III. **Crecimiento integrador**. La cohesión social o la integración territorial las vemos plasmadas como esos criterios cualitativos que, como veremos en adelante, constituyen la **GRAN CALIDAD** del contrato en la nueva Ley.

Como vemos, la influencia de esta Estrategia no podría ser más decisiva. Si cabe, las recomendaciones específicas derivadas de la aplicación de esta Estrategia, que, como sabemos, se incumplen con una parsimonia pasmosa[8], se materializan en la figura jurídica de la recomendación. Esta, aunque carece de poder vinculante, resulta más «vergonzoso» su incumplimiento. Concretamente en lo que a España respecta estos tres tipos de crecimientos se adaptan a los problemas del país: al estado de las finanzas públicas, sistemas de pensiones, lucha contra el desempleo o la corrupción, y otros males cuasi endémicos.

Por otro lado, en un aspecto más concreto e incluido ya en nuestra legislación, la Directiva comunitaria 2014/24/UE introducía la obligatoriedad en el cumplimiento de las disposiciones sobre materia laboral y social (considerandos 2 y 37). En este sentido, lo dispuesto en materia social se observa de forma amplia y vinculada a las preocupaciones medioambientales, siendo de obligado cumplimiento su trasposición por los Estados miembros. Esto plantea un gran problema, pues, como veremos en el último apartado, la jurisprudencia española[9] ya preveía y advertía que los poderes adjudicadores eran ajenos a la relación que une al trabajador con el empresario con el que ellos contratan, por corresponder al ordenamiento laboral más que al administrativo. Estamos ante una extensión del derecho administrativo, que no era precisamente un derecho escueto, hacia fronteras que colindan con la legislación laboral y social[10,11].

8. Hay que decir también que los objetivos que se fijan distan mucho de la realidad, como el hecho de conseguir una tasa de ocupación del 75 % entre 20 y 64 años o reducir un 20 % las emisiones de gases invernadero.

9. Véase, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2007 o RTCR Central 317/2012.

10. Si establecemos una correlación entre su fundamento, es decir, el Estado y la Administración por extensión, y, por otro lado, su herramienta de funcionalidad, el derecho administrativo, parece imposible pensar que una mayor extensión del Estado social hacia fronteras que se introducen en planos que corresponden a aspectos privados no provoque más que la extensión inherente del derecho administrativo y su conflicto insalvable con los otros «derechos».

11. Para mayor profusión en la posición actual de la contratación pública global ir a Moreno Molina, A. «Globalización y contratación pública». Parte I. Capítulo II. Págs. 163-181.

2
La gran calidad

Esta exigencia, que deviene del mismo Preámbulo, plantea una discrecionalidad que solo se materializa a través de los principios «sociales». Esta función de la contratación pública, no solo vista desde su finalidad, sino como instrumento esbozado en la Directiva 2014/24/UE, refleja, como bien determina Juan José Pernas (2014), «la voluntad política decidida a fomentar la contratación pública como un instrumento de mercado de apoyo a los objetivos de las políticas públicas». En pos de la búsqueda de esta gran calidad se pretende la naturalidad de la selección de estos criterios y su inclusión en contratos de todo tipo, ya no de forma específica como hacen algunas leyes o disposiciones como por ejemplo la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, para promover en los contratos de suministro el uso de productos reutilizables y de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales «ecológicos». Estos criterios se observan como susceptibles de incluirse en todos los tipos de contrato, aunque evidentemente existen algunos más idóneos para su inclusión y desarrollo[12]. Ya el Plan de Acción estatal de 2008[13] no hacía mención de la exclusión de ningún tipo contractual, aunque sí señalaba algunos más idóneos, al menos para la perspectiva medioambiental, como son la construcción, el transporte, mantenimiento, energía, etc. (Nogueira López 2010).

Sin duda, introducir esta potestad creará las más variopintas concepciones de qué es esa gran calidad, cosa que no es desacertada siempre y cuando se certifique de alguna forma. Sea como fuere, los criterios sociales deben ser suficientemente específicos y cuantificables; así se restringe la capacidad discrecional de la que disponen los poderes públicos. Asimismo, su provisión ha de resultar, siguiendo la orden del Preámbulo de la Ley, proporcionada al objeto del contrato, debiendo asegurar la imparcialidad, no discriminación e igualdad de trato de los licitadores (Alonso García 2018).

Es evidente que algunos municipios, según sus características, abogarán por una gran calidad que se defina por la creación de empleo, el fomento de la competitividad o emprendimiento, etc. En este sentido, el apelar a la certificación cuantitativa o cualitativa no tiene otra razón de ser que evitar

En Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público.* Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.

12. Ver Alonso García, C. «Contratación Pública Ecológica». Parte X. Capítulo LIII. Págs. 2719-2759. En Gamero Casado. E y Gallego Córcoles. I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público.* Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.

13. http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0724170.pdf

adjudicaciones más que cuestionables en virtud de la gran calidad, basadas en cuestiones intangibles o difícilmente demostrables. Ya por experiencias pasadas sabemos que la discrecionalidad o la permisibilidad que se ha tenido, por ejemplo, con procedimientos como el negociado sin publicidad, genera el escenario perfecto para la corrupción y las malas prácticas[14]. De hecho, no nos resultaría irreconocible que tal o cual ayuntamiento adjudicase un contrato en virtud de un criterio social imposible de demostrar.

La gran calidad se introduce como la principal inspiración en el diseño de los criterios de adjudicación. Por ello la nueva contratación pública recela de las ofertas denominadas «anormalmente bajas»[15], ya que abandona el criterio de la oferta económica más ventajosa por la que ofrezca una mejor relación calidad-precio. Aunque parece que esa gran calidad se concreta en la inclusión de aspectos medioambientales, sociales e innovadores, plantea un nuevo problema, al dejar a la libre elección la necesidad de su utilización por naturaleza del contrato.

Siguiendo en el asunto que nos ocupa, todo lo anterior tiene cierta redundancia con el objetivo del sistema legal de contratación. La Ley tiene por objeto aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad, y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de pymes y de defensa de la competencia[16]. Es decir, su objetivo es implementar políticas sociales en un entorno de seguridad jurídica y utilizando para ello criterios sociales. A este respecto, sin entender muy bien por qué, delimita la utilización de esos criterios en la adjudicación por el objeto del contrato. De hecho, la no justificación de esta relación de causalidad entre cláusula y objeto de manera suficiente puede suponer la anulación de la susodicha[17]. En una primera aproximación, si bien es cierto que el asfaltado de una carretera no tiene una mayor calidad por que una empresa tenga un plan de igualdad o presente en la adjudicación un certificado de utilización de combustibles respetuosos con el medio ambiente, ¿acaso está justificado que una entidad pública que tiene

14. Ver Gimeno Feliu, J. M.ª. *Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP.* Parte I. Capítulo IV. Págs. 242-313. En Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público.* Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.

15. Párrafo II del Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público.

16. Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público.

17. Véase STSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 por la que se anuló una cláusula social por no constar ninguna argumentación por parte del órgano de contratación que permitiera atender a la vinculación entre el objeto y la mayor calidad que suponía la inclusión de la cláusula social. Respecto a la vinculación con el objeto ver JCCA de Cataluña en el informe 18/2014 sobre las especificaciones técnicas vinculadas al objeto del contrato.

entre su fundamento y justificación de ser el servicio al interés general y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia… contrate a una empresa en la que una trabajadora sufre acoso sexual?

El criterio de la gran calidad no solo se introduce en el diseño del pliego de condiciones para la adjudicación, sino también como condición especial en la ejecución, es decir, en el desarrollo de la ejecución del contrato, como, por ejemplo, la utilización de un procedimiento concreto, o la contratación de personas en riesgo de exclusión o con alguna discapacidad. Y de nuevo aquí lo supedita todo a su relación con el objeto del contrato a celebrar. Sin embargo, no todo queda tan supeditado al criterio del órgano de contratación de que es pertinente o está relacionado con el objeto del contrato, ya que la Ley obliga a establecer en el pliego al menos uno de los criterios «sociomedioambientales» listados en el artículo 202.

El artículo 1.3 hace mención tácita al criterio de gran calidad, esta vez de forma transversal y preceptiva, y una vez más guardando relación con el objeto contractual. La transversalidad de un criterio social no hace más que recordar a la transversalidad latente en las políticas de género, y quizás el legislador tenía en mente la introducción de criterios que sí son susceptibles de ser transversales. Cuesta reconocer la transversalidad de un criterio medioambiental como la utilización de un combustible cuando su utilización solo se pueda dar en un tipo específico de maquinaria. Sin embargo, este artículo sí introduce un *iter* en la contratación como es la facilitación en el acceso a pymes y empresas de economía social, aunque, claro está, habría que descubrir cómo facilitar este acceso.

Más adelante la gran calidad aparece como un elemento de justificación de la pertinencia del contrato y de su inherente eficiencia, siempre y cuando se obtenga el resultado deseado. Concretamente, en el artículo 28 de la misma Ley se vincula la idoneidad del contrato no solo con estos criterios que muchos definen como de «responsabilidad social», sino también con el tipo de procedimiento que se escoge: abierto, restringido o negociado sin publicidad. Estamos, por tanto, con que la idoneidad del contrato no se refiere *per se* a la gran calidad definida en todos sus términos, es decir, la idoneidad es la utilización pertinente y acertada de la tipología de contrato y la valoración de incorporar procedimientos que faciliten y agilicen el proceso e incorporen, si el objeto del contrato lo permite, esas consideraciones sociales, medioambientales y de innovación. Cabría preguntarse entonces: ¿la gran calidad qué es?; ¿el conjunto de procedimientos que hacen que un proceso de contratación sea el más idóneo?; ¿o simplemente es un plus que hay que valorar?

La clave en cuanto a la identificación del papel que juega la Gran Calidad la podemos encontrar en el artículo 145, sobre los requisitos y clases

de criterios de adjudicación. Es una relación causal que nos lleva hasta su ubicación en la contratación; si en el Preámbulo se enuncia que la gran calidad se concreta en aspectos cualitativos, y estos criterios forman parte de la evaluación de la relación calidad-precio, quiere decir que forma una de las patas de la contratación, pero que no es el baluarte central con el que valorar exclusivamente la forma de contratar. Ciertamente el criterio económico, heredero de la anterior Ley, en la que la oferta económica más ventajosa era la más acertada, sigue siendo uno de los elementos fundamentales en la contratación, y no es algo casuístico, sino que guarda relación con nuestra carta magna y más en concreto con el artículo 135. Siguiendo en esta estructura de la contratación con dos patas, gran calidad y oferta económica más ventajosa, es necesario reconocer que la inclusión de un criterio social no supone por sí misma la inclusión de la gran calidad, es decir, un contrato con un gran número de criterios sociales, pero mal diseñado y excesivamente caro, no supone la gran calidad, sino todo lo contrario. Definitivamente debemos observar que es la conjunción de estas dos patas la que enuncia la mejor relación calidad-precio, y no la inclusión a discreción de cláusulas sociales.

Siguiendo el artículo 145 de la Ley, en él se especifican algunos criterios que se podrán incluir como criterios cualitativos establecidos por el órgano de contratación, como, por ejemplo:

- Calidad, características estéticas, funcionales, accesibilidad, diseño universal, características sociales, medioambientales e innovadoras. Dada la generalidad, el artículo especifica algunos criterios más concretos: reducción del nivel de emisiones de gases de efecto invernadero, medidas de ahorro y eficiencia energética, energías obtenidas de fuentes renovables, fomento de la integración social de personas con discapacidad, mejoras de condiciones laborales, subcontratación con centros especiales de empleo, entre otros. Todos estos criterios tienen como límite implícito el principio de proporcionalidad, no pudiendo alterar los principios de la contratación, a saber: libertad de acceso a licitaciones, publicidad, transparencia, no discriminación, utilización eficiente de los fondos, salvaguarda de la libre competencia y selección de la oferta más ventajosa. Asimismo, la selección de estos criterios debe venir precedida de un adecuado estudio, así como la identificación de los problemas de índole social que dan pie a su consideración.

Finalmente, la utilización de esos criterios cualitativos sirve de justificación de un precio anormalmente bajo, es decir, puede existir una relación causal entre el precio-coste y la cláusula social que se incorpora desde el pliego y se adopta desde la empresa, por ejemplo: incorporar innovaciones que bajen el coste de un proceso o incorporar a trabajadores que gocen de beneficios fiscales. Es precisamente a esto a lo que se refiere el artículo 145

cuando determina que los criterios cualitativos deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes que podrá ser el precio o la rentabilidad. En cualquier caso, la introducción de varios criterios de adjudicación dependerá del listado que el mismo artículo ofrece y que goza de gran extensión. Sí hay que comentar que deben vincularse al objeto del contrato de manera objetiva y servir como elementos de competitividad efectiva entre los licitadores.

3
La cara «social» del contrato

A día de hoy el término que se utiliza para descubrir el fenómeno que aquí tratamos es la «contratación socialmente responsable». Doctrinalmente tiene una denominación distinta, a saber, contratación pública estratégica. Aunque se barajen denominaciones distintas, ambas definen un mismo hecho: la contratación tanto socialmente responsable como estratégica trata de reducir el impacto que en el entorno causa de forma amplia el sector público, y ser un motor que impulse a la innovación. Ambas entienden que adoptar estas medidas reporta importantes ventajas económicas, que se traducen en una mayor eficiencia en la utilización de recursos y un significativo ahorro de sus costes de funcionamiento[18].

Ciertamente el término socialmente responsable se refiere a un tipo de contratación que tiene en mente o en consideración los criterios cualitativos enunciados en la Ley como criterios de adjudicación y ejecución. Pero ¿puede existir una contratación que no sea socialmente responsable? Porque de ser así, y si de hecho somos conscientes de ello, habría que dar algunas explicaciones. Por otro lado, visto no desde su finalidad, sino como proceso, tenemos una perspectiva bien diferente, que se centra en definir este concepto como la incorporación de manera transversal y perceptiva de criterios sociales, incorporación que supone una mejora en la relación calidad-precio (García Blanco 2017).

Siguiendo en este sentido, la contratación socialmente responsable tiene su base en una contratación ética, eficiente y que contribuye a la creación de empleo, innovación… Como bien señala García Blanco, este concepto no es simplemente un concepto inventado por juristas para descubrir un fenó-

18. Afirmar que las medidas medioambientales, sociales o de innovación reportan ventajas económicas puede resultar algo peligroso debido a las dificultades que plantean tanto su cuantificación como la identificación de los beneficios que producen a corto plazo. Aun con esto es evidente que tienen como objeto una mayor eficiencia sin que esto suponga un menor coste.

meno, sino que desde organismos administrativos se ha utilizado y definido. El Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la JCCA de Aragón sostiene que es aquella que aspira al impulso y fomento de la responsabilidad social, valorando para la adjudicación del contrato el grado de compromiso con estos.

Sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad social es también de aplicación en el sector de la empresa, con el mismo sentido que se presenta para la Administración: dar respuesta a los retos de la sostenibilidad. Aunque para el Estado y Administración el ánimo de lucro no es un fin, sino un medio para la ejecución de las políticas públicas, comparte la idea y los procesos de gestión que velan por el gasto eficiente y la sostenibilidad de estos. Siguiendo en el ámbito de la empresa, la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) se caracteriza por dos aspectos a poner en común con su homónima pública: la asunción voluntaria y el compromiso de dar solución a los desafíos globales teniendo en cuenta las expectativas ciudadanas. Si bien es cierto que en una primera aproximación no existe diferencia sustancial entre la RSE y la Responsabilidad Social de la Administración. Es decir, las dos comparten que como límite esencial está el respeto a la ley y tienen como objeto la sostenibilidad del bien que proveen o del servicio que prestan. Evidentemente el respeto a la ley no supone *per se* el cumplimiento de esas demandas sociales que se incluyen en la responsabilidad social, de ahí el carácter voluntario. Cada entidad decide cómo actúa dentro del cumplimiento de la ley, y según su *target,* sean ciudadanos o clientes, determinará qué criterios son más interesantes. Criterios como el fomento de la empleabilidad, la formación, la innovación, el comercio justo, el respeto al medio ambiente, los programas sociales de igualdad o de ayuda a colectivos en riesgo de exclusión, ofrecen un abanico de posibilidades donde las empresas y la Administración pueden ejercer su responsabilidad. De hecho, la gestión responsable es valorada cada vez más por inversores, clientes, empleados y Administración (Granda Revilla 2012).

En una nueva sociedad en la que los factores diferenciales suponen el éxito o el fracaso empresarial, adoptar la gestión responsable es un deber casi inexcusable. Sin embargo, sucede una cosa distinta con la Administración: dependiendo de quien lo observe, puede identificar que la Administración se mantiene ajena a estos procesos y que a través de los procesos democráticos se solventan todas las dudas que pudieren surgir. Sin ir más lejos de la realidad, la legitimidad de la que gozan las Administraciones puede ser de oficio o inicio, pero cosa distinta es la legitimidad de ejercicio. La legitimidad de sus actuaciones y del ejercicio del poder concedido son elementos que pueden definir el éxito o el fracaso de una política pública que además –he de recordar– supone el éxito o el fracaso de todos.

Teniendo en cuenta que para la Administración los *stakeholders* o grupos de presión se pueden hacer extensivos a todo ciudadano con plenos derechos o sin ellos, la complejidad que resulta de la sostenibilidad es más que significativa. Si algo tienen en común estas organizaciones o entidades es que deben contribuir a los objetivos que las personas y las sociedades consideran deseables y beneficiosos, ya que solo así tendrán la legitimidad de sus actuaciones. Precisamente la legitimidad de actuación está virando y encontrando a la legitimidad social como la base de la confianza que a su vez es la base de la rentabilidad de las actividades y la credibilidad de las organizaciones. Parece ser que los ciudadanos, en su ánimo por identificar la buena gestión, asignan un valor positivo a las operaciones sociales de las entidades privadas y públicas, y son estas operaciones las que se convierten en una demanda política ciudadana.

Como bien apunta Francés (2004), la Responsabilidad Social Empresarial es un enfoque de gestión adecuado al momento histórico y económico, ya que presenta un espacio de creatividad para las empresas en una economía globalizada que sirve a grandes mercados de ciudadanos informados y exigentes. Actualmente no cabe ninguna duda del peligro de observar a la responsabilidad social como el *totum revolutum* de la empresa y casi que por extensión de la Administración. No debemos olvidar que actualmente todo productor de bienes y servicios baña de marketing todos sus elementos, muchas veces hasta casi desnaturalizar el bien que se presta, con el fin de asentar una marca bien diferenciada. La Administración, sin embargo, no puede cometer el error de maquillar sus actuaciones con procesos más inclusivos, sociales o que incluyan toda una amalgama de herramientas comunicativas que desvíen la atención del producto final: el bien común.

Dicho todo lo anterior, parece claro que la responsabilidad social ya no es algo eventual, y que con luces y sombras ha llegado para quedarse con la nueva Ley de contratos. Por ello hay que atender a varios aspectos que la constituyen y la desarrollan, con el fin de hacer una reflexión acerca de su sentido y su posible destino.

En primer lugar, el contenido mínimo de un contrato público a todas luces se termina constituyendo como el contenido básico o esencial que se utiliza en la mayor parte de las instituciones públicas, si bien es cierto que los órganos encargados de la contratación y los agentes implicados, con el fin de ser fieles a la agilización de los procesos, terminan por elaborar modelos tipo de contratos públicos. Estos «modelos tipo» que evidentemente se constituyen como el quehacer diario de contratación no tienen una configuración legal. Esto quiere decir que su elaboración y su existencia son cuando menos cuestionables y no son resultado de un precepto legal. De ahí la importancia

de elaborar unos criterios mínimos que se definan con claridad y que sirvan para realizar una contratación responsable y ágil.

Como bien se extrae del artículo 35, los contratos deberán incluir como mínimo y necesariamente: la identificación de las partes, la acreditación de la capacidad de suscribir el contrato, la definición del objeto y tipo contractual, (…) y lo que nos ocupa: las consideraciones sociales, ambientales y de innovación. Estas consideraciones aparecen siempre relacionadas con el objeto del contrato, y de ahí se deriva la pertinencia de su inclusión. Pero ¿ignorar esta consideración no mermaría la idoneidad del contrato, o solo sería algo para tener en cuenta? Las dificultades que nos plantea la indefinición del papel que juegan estas consideraciones terminarán, sin ninguna duda, por su inaplicación, a no ser que el objeto del contrato tuviera íntima relación con estas consideraciones, como por ejemplo un taller sobre violencia de género en el polideportivo municipal. Sea como fuere, como un criterio dependa facultativa o potestativamente de su apreciación y esta haga que el procedimiento sea menos rápido y más complicado, el órgano de contratación va a desestimar su utilización a no ser que sea obligatorio. Dicho esto, parece claro que los criterios sociales solo podrán surtir efecto y naturalizarse a través de su imposición, o como requisito *sine qua non* para la adjudicación del contrato.

La clave para poder determinar si se introducen o no esos criterios de la gran calidad aparece en el objeto del contrato. Según el artículo 99, el objeto del contrato deberá ser determinado, lo que quiere decir que sí puede dirigirse a generalidades o abstracciones siempre que sean definidas. Potestativamente el objeto del contrato se podrá definir en atención a necesidades o funcionalidades concretas a satisfacer sin cerrar el objeto a solución única. Es decir, se puede fijar el horizonte, pero no dibujar el camino con total precisión y tratar de imponerlo a un adjudicatario. A este respecto, aquellos contratos en los que se estime conveniente la incorporación de innovación o criterios sociales deberán definirse en torno a la atención de necesidades o funcionalidades expresadas con anterioridad.

Como vemos, los criterios o cláusulas sociales impregnan y se establecen desde el primer momento de la elaboración de una política pública, es decir, desde la definición del objeto hasta su ejecución, con lo cual tienen su aparición también con carácter previo al pliego y anuncio de licitación. En este caso el artículo 247 desarrolla, en el régimen de concesión de obra, la precepción de la realización de un estudio de viabilidad que deberá contener informes o estudios que delimiten la adecuación de la obra, así como la idoneidad cuantitativa y cualitativa de la utilización del contrato de concesión, las previsiones sobre incidencia económico-social y su influencia, la valoración del planeamiento sectorial, territorial o urbanístico, el estudio de

impacto ambiental, siempre que sea preceptivo, la justificación de la solución elegida, el riesgo operacional, el coste de inversión, los estudios de salud y seguridad, el valor neto de las inversiones, la existencia de ayudas o subvenciones del Estado, entre otros. Todo lo anterior necesita de un proceso de legitimación como es el sometimiento, en el plazo de un mes prorrogable otro más, a información pública; y, dado el caso, se podrá sustituir la percepción del informe de impacto ambiental, cosa que resulta cuando menos cuestionable. Primero porque en la mayor parte de las ocasiones la ciudadanía no participa en estos procesos de información pública, y por otro lado porque la participación de la ciudadanía o de los interesados en el asunto no garantiza la idoneidad medioambiental del contrato. Además, como añade el artículo, ese estudio podrá ser realizado por iniciativa privada cuya admisión sería positiva por silencio. Esto no hace más que confirmar la debilidad de este informe. Cuesta dar credibilidad a un informe que ha sido redactado por el mismo que se beneficiaría por su adopción, y además tiene la iniciativa de realizarlo, primero porque le aporta 5 puntos adicionales y segundo porque, de no ser el afortunado, obtiene un 5 % sobre el precio del estudio, que, como podemos intuir, no sería barato.

Siguiendo en este momento previo del contrato, puede suceder que, dada la naturaleza y complejidad de la obra, sea aconsejable la realización de un anteproyecto, una vez aprobado el estudio de viabilidad (artículo 248). Además de que este documento puede incluir elementos adyacentes al contrato principal, como por ejemplo otras potencialidades o explotaciones parejas a la principal, el anteproyecto tiene como objeto una aproximación previa al proyecto con una menor profusión en sus elementos. La principal diferencia con respecto al estudio de viabilidad es que este documento no trata de probar y valorar el impacto de la concesión de obra. Es por ello que el contenido del anteproyecto lo conforma documentación distinta a la referida en el estudio de viabilidad. En ella se tratan de valorar los elementos que forman parte de la política referida, no los efectos adversos o subyacentes que tendrían lugar, es decir, se trata de la delimitación de la política por un lado y de sus efectos o impacto por otro[19].

El anteproyecto lo conformarán: una memoria, un plano de situación general y de conjunto, un presupuesto que contemple la totalidad de la obra y un estudio del régimen de utilización y el régimen tarifario en su caso. Dentro de estos documentos es la memoria la que tiene una mayor incidencia en el asunto que nos ocupa. Primero porque define el objeto social, económico,

19. Para una mayor profundidad y comprensión ver la división del proceso de adopción de un programa público en fases denominado: «ciclo de políticas públicas» (Laswell 1956).

medioambiental del contrato, y segundo porque sirve de justificación para adecuar los criterios y cláusulas sociales posteriores a su idoneidad respecto al objeto del contrato. Este documento se presume no debe hacer una valoración vacía de contenido, pues debe acompañarse de datos y cálculos para su posterior ponderación.

En otro orden de cosas, como se esboza en la introducción, existen dos momentos en los que estos criterios sociales o de responsabilidad social tienen su aparición: por un lado, como criterio de adjudicación, y por otro lado, determinante para la ejecución. En un primer momento los criterios sociales son contemplados en el pliego de cláusulas administrativas que deberá aprobarse previamente a la autorización del gasto o en conjunción con ella, y siempre antes de que se produzca la licitación (artículo 122). En una primera instancia estos pliegos recogerán las consideraciones sociales, laborales y/o ambientales necesarias y que serán relativas e indicativas de la solvencia de la adjudicación. Cosa muy importante es que estos pliegos podrán establecer penalidades en caso de incumplimiento. Importante precisamente porque se extrae una consecuencia jurídica y económica por su incumplimiento, y por tanto significan a estos criterios sociales que gozan de fuerza vinculante nunca vista hasta ahora. Estas penalizaciones, que no deben ser confundidas con la prohibición de contratar, se pueden producir *in itinere* o *ex post*, por lo que guardan una mayor relación con la ejecución de la obra o servicio y la comprobación material que se produce tras su finalización. Este hecho sitúa al responsable del contrato como un nuevo agente con la máxima responsabilidad, ya que deberá acreditar y tener bajo su posesión los documentos que certifiquen que se cumplió ese criterio social requerido en los pliegos[20]. Más adelante, concretamente en el artículo 201, se determina que serán los órganos de contratación quienes tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución del contrato, los contratistas cumplen las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral establecidas por la Unión Europea, el derecho nacional o los convenios colectivos[21]. Todo lo anterior establece una carga de inspección contundente, haciéndoles responsables de la comprobación, durante el procedimiento, del cumplimiento de las obligaciones que tienen en otros ámbitos que se escapan del derecho administrativo.

20. Artículo 62 de la LCSP.

21. Como bien determina el artículo 319 de la LCSP, las obligaciones sobre materia medioambiental, social o laboral se determinarán por lo dispuesto en este artículo 201. Sin embargo, los efectos y la extinción de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan categoría de Administraciones Públicas, como, por ejemplo, las entidades públicas empresariales estatales o los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales, se regirán por el derecho privado.

Por último debemos recordar lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 1 de la disposición final quinta de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[22], para comprender lo expresado en la disposición adicional cuarta sobre los contratos reservados: «la actuación de la Administración General del Estado asegurará a los ciudadanos con discapacidad la efectividad de sus derechos en sus relaciones con la Administración mediante: […] b) La acción positiva para compensar las desventajas que estos ciudadanos en sus relaciones con la Administración pudieran presentar». Esta cuestión que tiene tantos nombres (acción positiva, discriminación positiva…) como detractores se presenta en la ya mencionada disposición adicional cuarta de la siguiente forma:

- Obligatoriedad para las instituciones. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en las comunidades autónomas y las entidades locales se fijarán porcentajes mínimos.
- Derecho a participar en determinados contratos o lotes.
- Centros especiales de empleo de iniciativa social y empresas de inserción reguladas. Serán los sujetos de esta reserva, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la normativa, concretamente en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

4
Los criterios o cláusulas sociales sobre los licitadores

Quizás la principal dificultad con la que se encuentran los licitadores sea definir a ciencia cierta cuándo y qué les van a solicitar en un pliego de condiciones. Esto sucede principalmente porque la Administración adopta una doble perspectiva referente a la adopción de estos criterios sociales: una facultativa y otra obligatoria, como el cumplimiento de la norma laboral.

22. Aunque esta disposición está derogada por el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado, en el artículo 2 del mismo Real Decreto se mantiene la vigencia de lo aquí expresado.

La complejidad que se plantea no es tanto el cumplimiento *per se* de las condiciones cuanto el cumplimiento a tiempo de esos criterios adoptados facultativamente por los que se exijan la aportación de un certificado, un documento acreditativo u otras formas de verificación. Hay que decir que la potestad de requerir estos criterios está limitada al principio de no discriminación e igualdad en el procedimiento de contratación, expresado en el artículo 126.1 LCSP.

De hecho, la exigencia del etiquetado que enunciábamos se veía desde la Comisión Europea como algo que iba en contra del principio de no discriminación, pues no se podía exigir a los licitadores estar en posesión de un sistema de etiquetado ecológico, ni tampoco cumplir cada uno de los criterios definidos (Pernas García 2011). Esto sin duda mermaría la capacidad de las pymes, por competir contra empresas bien asentadas sobre el sector de competencia. Sin embargo, desde 2013 –concretamente en el Reglamento UE 782/2013 de la Comisión de 14 de agosto de 2013, que modificó el Reglamento (UE) 66/2010– convive con la española AENOR Medio Ambiente la Etiqueta Ecológica Europea. Esta Etiqueta no viene sino a confirmar el cambio de tendencia y las pretensiones de homogeneizar el sistema de contratación dentro y fuera de la Unión Europea.

En otro orden, los órganos de contratación pueden decantarse por exigir las etiquetas o, en sustitución, definir las prescripciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas en la susodicha (art. 127.2 LCSP). Como sigue el mismo artículo, en ningún caso el órgano de contratación queda eximido de detallar con claridad en sus pliegos las características y requisitos, aunque haga uso de una etiqueta. Esto salvaguarda que los licitadores que no posean una etiqueta específica puedan cumplir sus especificaciones técnicas de otras formas y acceder al contrato.

Añadido a lo anterior, los licitadores pueden aportar, además de una etiqueta, otros medios alternativos admitidos, como el informe de verificación, un certificado expedido por un organismo de evaluación o incluso una autodeclaración de los licitadores, en el caso de que no se haya podido obtener la etiqueta u otra justificación dentro del plazo y por motivos que no les sean imputables (art. 128 LCSP). Dado el caso –como continúa el artículo 128–, los órganos de contratación deben aceptar otros medios adecuados, como un informe técnico del fabricante. Esto da cumplida cuenta de que los licitadores no encuentran en la etiqueta una barrera infranqueable, aunque, claro está, deberán alegar la no disposición de ella si el órgano de contratación se lo requiere.

Asimismo, estos criterios deben referirse a las características concretas de la obra o servicio y no a la capacidad o aptitud general del licitador,

lo que salvaguarda que actuaciones no ajustadas con anterioridad a esos criterios afecten a contratos futuros. De la misma forma, estos criterios deben expresarse con la suficiente precisión como para que los licitadores puedan determinar el objeto del contrato y, por contraposición, el órgano de contratación adjudicarlo [art.126.5.a) LCSP)]. Sin perjuicio de lo anterior, el licitador podrá ofrecer soluciones técnicas o innovadoras que puedan mejorar su oferta o la calidad del contrato. Siguiendo en este orden, en el artículo 145 LCSP se determina que, en el caso de que el empresario adopte mejoras en un procedimiento basadas en una mejora cualitativa o cuantitativa, podrá basar en ella la adjudicación del contrato. Claro está, este procedimiento debe admitir la negociación de los licitadores y además contemplar esta mejora de forma suficientemente especificada. Concretamente estas mejoras no supondrán una asignación de más de 2,5 puntos sobre el total puntuado. Esto ofrece nuevas posibilidades en cuanto a innovación o inclusión de criterios sociales como criterios de contratación, y por tanto facilita la competitividad hacia pequeñas y medianas empresas que no pueden competir con el precio que ofrecen empresas de mayor tamaño, y cuya naturaleza competitiva se orienta a la rotación y no al margen[23].

Todo lo anterior nos lleva a una pregunta lógica: ¿cómo deben certificar estos responsables del contrato el cumplimiento de los criterios sociales cuando no sean obligaciones legales contraídas con la Seguridad Social u otras Administraciones? Uno de los elementos que ya hemos mencionado y que prevé la Ley son las etiquetas (artículo 127). Las etiquetas, entendidas en un sentido amplio, son referidas a documentos, certificados o acreditaciones que confirmen el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. En el mismo artículo se aclara que se podrán exigir «etiquetas» específicas según los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución basados en características de tipo social, medioambiental, etc. Estas etiquetas deben cumplir unos requisitos proyectados hacia el empresario para poder ser válidas:

- Basados en criterios verificables de forma objetiva, es decir, que puedan ser probados y que no resulten discriminatorios.
- Que sean accesibles.

23. Las empresas que tienen en su modelo de negocio la rotación compiten en precios bajos y alto nivel de trabajo para obtener rentabilidad; en cambio, las empresas de menor tamaño compiten por el margen de beneficios que obtienen con la producción del bien o del servicio.

- Que se adapten a procedimientos abiertos y transparentes en que todo agente que quiera pueda participar.

Por otro lado, para la validez de su petición por parte del órgano contratante:

- No deben restringir la innovación.
- Deben ajustarse al objeto del contrato y ser adecuados para definir las características del contrato.

Igualmente, no son cosa menor las consecuencias que se derivan del incumplimiento de las obligaciones referidas; en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios, o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192. Como se puede observar, situaciones que nada tienen que ver con el cumplimiento o la ejecución del contrato suponen una penalidad que puede ponerlo en peligro. De hecho, si nos dirigimos al artículo 263 podemos observar una consecuencia mucho más grave para el empresario, esta vez relacionada con el cumplimiento contractual. Así pues, como el mismo artículo dispone, en el caso de que exista un grave riesgo para el desarrollo normal del servicio y se causare así perjuicio grave o daño social, el órgano de contratación, previa audiencia y puesta en conocimiento del concesionario, podrá realizar, temporalmente, la intervención o secuestro de la concesión. Esta rescisión temporal del contrato se dará una vez expirado el plazo que se hubiera fijado con el concesionario y tras su notificación. El adjetivo «social» puede ser uno de los conceptos más vagos y confusos dentro de la producción jurídica. Ciertamente existe una sensación que aboga por el sentido común para definir qué es un daño social en un contexto determinado, pero, claro está, esto dependerá de la clase política y de la cercanía de las elecciones. El dotar de aires programáticos a un artículo que no habla ni más ni menos que del secuestro de un contrato, nos sitúa en la tendencia anglosajona que definíamos al principio. Abogar por las potestades, las costumbres y el ritmo natural de la sociedad produce, en la mayoría de las ocasiones, una gran inseguridad jurídica, claro está, cuando nuestras instituciones no están programadas para sufrir un cambio tan radical de paradigma jurídico.

Otro asunto a este respecto es la imposibilidad de ejercer lo dispuesto en este artículo cuando el coste de asumir esa concesión supera con creces la estimación de ese «daño social». Imaginemos que un servicio de autobuses incumple sistemáticamente el régimen de horarios que acordó en el contrato; evidentemente, el ayuntamiento no podría asumir de forma tan repentina el coste de comprar autobuses para prestar el servicio. Estamos sin duda ante

un artículo garantista, un artículo que se plasma para guardar la encomienda más importante que tienen asignada el Estado y la Administración: el interés general.

Siguiendo en este sentido, la Administración podrá aportar fondos públicos o subvenciones para la prestación efectiva de la concesión que por su naturaleza y rentabilidad económica y/o social lo hagan aconsejable. Es decir, la Administración concesionaria u otra, respetando el principio de asunción de riesgo operacional asumido por el concesionado, podrá intervenir en la prestación del servicio o explotación de la obra sujeto de la concesión. No tiene otra lógica que intervenir activamente para que no tengamos que recurrir al anterior artículo y así secuestrar o intervenir de forma directa la concesión (artículo 265).

5
Intrusismo de lo administrativo sobre lo social

La intromisión de los criterios sociales en esta dimensión de las relaciones jurídico-administrativas que es la contratación no debe observarse como una intromisión repentina, carente de fundamento o adoptada de forma programática. Nada más lejos de la realidad. Desde que se aprobara la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se llevan introduciendo en los distintos espacios diferentes obligaciones que van desde la incorporación de cupos del 2 % de disminuidos en la Administración hasta la exigencia, en el plano privado, de planes de igualdad en centros de trabajo con más de 250 trabajadores. Esto supone que el binomio Estado/Administración no puede vivir ajeno a estas exigencias sociales, y que por tanto es más que comprensible este intrusismo que aparece como algo rupturista, pero que no hace más que señalarnos un horizonte en el que los límites jurídicos se difuminan.

Todo lo que viene a continuación sigue la lógica de salvaguardar los criterios establecidos por los pliegos que suscriben, al fin y al cabo, las condiciones del contrato. Sin embargo, parece bien claro que la jurisprudencia trata de delimitar las fronteras entre qué es y qué no es competencia del poder adjudicador como ente de derecho administrativo. A este respecto, desde el RTCR Central ya se ha señalado que el pliego de cláusulas tiene su contenido limitado a la regulación de una relación

jurídico-administrativa, quedando al margen la regulación de extremos pertenecientes a relaciones jurídicas de distinta naturaleza. Claro está que esta era la reflexión sostenida en 2012, y que hasta ahora, a la estela de estas consideraciones, los tribunales venían –dada la naturaleza jurídica– anulando instrumentos plasmados en recomendaciones, guías elaboradas por comunidades autónomas y entidades locales. Esto quiere decir que dicha intromisión de lo administrativo sobre lo laboral lleva produciéndose desde años atrás, y que la contratación pública ética, social y responsable lleva luchando con estas incoherencias desde entonces. Un problema que, como bien señala recientemente García Blanco, es la aplicación y las dificultades que plantea en la práctica la conflictividad de esta intromisión, que a fecha de hoy carece de parámetros claros ni a nivel normativo ni jurisprudencial.

A este respecto la contratación pública emerge como una herramienta de control que, como veremos en adelante, plantea sus propias dificultades. Como bien expresa Santiago Muñoz Machado, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, nuestra legislación sobre la discapacidad goza de una gran perfección normativa, pero otra cosa es la práctica. Esto quiere decir que sin operadores que hagan efectivo el cumplimiento de estas cláusulas sociales e imposiciones que se producen desde las «legislaciones integradoras», por muy planteadas y estructuradas que estén, serán papel mojado. Si bien es cierto que en el ámbito de lo social y laboral, donde lo privado y lo común convergen, es donde se genera una mayor controversia, al chocar de plano el interés privado con lo que clásicamente se ha entendido como su contrario: el interés común. Si consideramos el trabajo como el instrumento de dignidad social de mayor repercusión, no es para nada descabellado pensar –como ya hace Abel Caballero, presidente de la Federación Española de Municipios y Provincias y alcalde de Vigo– que la clave de conseguir una mayor igualdad de oportunidades sea permeabilizar las cláusulas sociales no solo al ámbito de la contratación pública, sino también en la empresa privada.

Existe, por tanto, la voluntad de unir lo público con lo privado en pos de la igualdad de oportunidades. Lo que aparenta ser una revolución socialista en toda regla no resulta ser más que un espejismo hacia un nuevo cambio de paradigma, la asunción de que los criterios sociales conforman un valor mucho más importante que los beneficios económicos. Sin embargo, ¿cómo se va a producir algo de este calado en las instituciones que tienen mayor debilidad presupuestaria y estructural? Como ya se sabe, la Administración local es, sin duda, el eje subjetivo de la contratación pública; es en ella en la que recae, por sus recursos y por su posición frente a la ciudadanía, la enco-

mienda de gestionar los servicios más cotidianos, sea por medios propios o externalizando los servicios[24].

La LCSP es consciente de la complejidad de las novedades sociales que introduce y por ello requiere de un control a posteriori que garantice su cumplimiento. En el mismo artículo 334 se determina la creación de la Estrategia Nacional de Contratación Pública como instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Su actuación se basará en el análisis de las actuaciones de contratación a través de las distintas fuentes de información cualitativa y cuantitativa, lo que supone un control al cumplimiento de las cláusulas sociales y la inherente responsabilidad por las irregularidades o incumplimientos cometidos. Los encargados de la elaboración de esta Estrategia serán los responsables de los órganos de supervisión, control y asesoramiento. La aspiración a la que se dirige esta Estrategia es la unificación y armonización de la contratación pública a través de la mejora de la supervisión y la coordinación de los criterios y metodologías comunes, garantizando lo dispuesto por las Directivas y las instituciones comunitarias[25].

6
Oportunidad o realidad

La adopción de una contratación socialmente responsable, lejos de volver más complicada a la contratación pública, trata de fulminar de plano las malas prácticas que se venían produciendo con la exclusividad del criterio económico como criterio de adjudicación. La utilización del criterio económico, es decir, la oferta económica más ventajosa, desprestigiaba la calidad, el trabajo de las empresas, en favor de las ofertas económicas más bajas. En un entorno

24. Para más información: Jornada «Innovación Social y Responsabilidad Social Corporativa (RSC)-Discapacidad en la Administración Pública. Compartiendo experiencias de éxito».

25. Todo lo anterior se encuentra sometido a la sostenibilidad financiera de los contratos y la adecuación de estos a la normativa vigente. Para ello, el control y la utilización de mecanismos que verifiquen la legalidad deberán ofrecerse de forma conjunta y homogénea, observando la disposición y reasignación de efectivos, lo que se presume no supondrá un coste nuevo para la Administración. Como ya venimos diciendo, el objetivo es trazar una senda a través de esta Estrategia y manuales de buenas prácticas que recojan recomendaciones y traten de combatir la corrupción e incrementar la profesionalización del personal, todo ello en el entorno de las nuevas tecnologías. Otro asunto son las complejidades que plantea la utilización de la contratación electrónica, que en ocasiones no resulta más que la digitalización de los procesos que ya se vienen produciendo en papel, lo que en vez de agilizar la contratación la hace más tediosa y complicada.

en el que la sostenibilidad económica, el equilibrio financiero y la eficiencia se erigen como los estandartes económicos del ente público, la consideración en exclusiva del término económico contradecía los teoremas empresariales de la eficiencia y el éxito de la actualidad que tanto influyen en la Administración. La consideración de lo que se reconoce como el capital social o la innovación, produce una apreciación muy positiva de los que consumen el bien y de los que se mantienen ajenos a él. La contribución, aunque sea algo intangible, a las sociedades mediante el capital social se ha conformado como una de las claves del éxito, y eso ha tratado de abordar la actual Ley.

En otro orden, introducir criterios cualitativos que contribuyen a una mejora más que significativa de la calidad del bien o del servicio terminará por reproducir un tipo determinado de empresa responsable. La clave de todo lo que nos acontece es que esta vez se pone el balón en el tejado de la empresa, que será quien decida jugar o no, y esto sucede precisamente porque las Directivas entendieron que el poder de transformar los sistemas productivos o las actuaciones de las empresas no se encuentra solo en la producción y la obligación, mediante documentos jurídicos, del cumplimiento de estos requisitos, sino que se encontraba en el cliente. El cliente, sea la Administración o una persona que entra en nuestro local, es el objeto principal de nuestra actividad, y cualquier empresa con ánimo de lucro no lo puede pasar por alto. Actualmente, siempre y cuando estos criterios vengan incluidos en los pliegos, las empresas no podrán obviar el respeto al medio ambiente o el criterio que se decida incluir para poder acceder en régimen de concurrencia al contrato. Esto es algo que hay que celebrar, aunque tenga las limitaciones que enunciamos en el presente estudio.

La discrecionalidad de la que goza la elección de estos criterios es uno de sus puntos fuertes y a la vez débiles. Fuertes, porque se adaptará a cada consistorio, gobierno y/o demanda que se exija desde colectivos con una gran capacidad de influencia, y débiles porque la discrecionalidad o el hecho de que sea una potestad más del órgano de contratación pone en peligro su utilización. La mayor amenaza con la que cuenta esta gran calidad es precisamente su inutilidad.

En cambio, las empresas deben observar que, utilizando estos criterios sociales, medioambientales o de innovación, pueden justificar una cuantía económica menor. En todo caso, lo que parece más claro es que, si ya nos veníamos encontrando las más variopintas resoluciones sobre criterios sociales no ajustados al objeto del contrato, con la actual Ley los tribunales tendrán mucho trabajo por delante.

Asimismo, la nueva Ley ofrece, como bien dice en su primer artículo, una oportunidad a las pequeñas y medianas empresas, así como a las que se

catalogan como empresas de economía social. Los criterios o cláusulas sociales son un arma de doble filo; por un lado, ofrecen una oportunidad a empresas que tienen un menor capital y por tanto no pueden ofrecer cuantías económicas más competitivas o, dicho de otra forma, más bajas, pero, por otro lado, están las dificultades que plantea la acreditación del cumplimiento de estas cláusulas. Esta nueva batería de certificaciones, comprobaciones, trámites de verificación, etc., terminará por alargar los procedimientos de contratación, lo que afectará a cualquier tipo de empresa, sea pequeña, mediana o grande. Todo lo anterior no deja más que entrever la necesidad de un desarrollo de estas cláusulas, la necesidad de un proceso propio para la selección y un sistema eficiente de verificación en cuanto al cumplimiento.

Presentar las cláusulas sociales exclusivamente como una oportunidad o como una realidad sería un error de plano. Primero porque la introducción de criterios sociales a la hora de adjudicar un contrato es una práctica que se viene sucediendo desde años atrás, aunque con luces y sombras, y segundo porque, además de ser una realidad, la determinación legal de esta *praxis* presenta nuevas oportunidades. Por tanto, hay que observarlo como una realidad que había carecido de regulación legal hasta ahora, y como una oportunidad hacia nuevos horizontes que se presumen más inclusivos y sociales. Al decir que se encontraba carente de regulación legal, no significa que fuese ilegal, sino que no existía una regulación armonizadora de los conceptos y criterios que se desarrollaban de forma heterogénea en los distintos consistorios.

Finalmente debemos esperar que la introducción de estos criterios sea más que una obligación heredada de las Directivas comunitarias, y que se implementen en aquellas instituciones cuyas prácticas desconocían la introducción de estos. Sin embargo, todo parece indicar que, al tratarse de una voluntad política y una potestad que goza de cierta discrecionalidad, estos criterios tratan de constituirse como verdaderas herramientas de propaganda política, cosa que de forma colateral puede fomentar su transparencia y, por ende, su control público.

7
Referencias bibliográficas

Alonso García, Consuelo. 2018. «Contratación Pública Ecológica». En Gamero Casado, E y Gallego Córcoles, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público.* Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia. Págs. 2703-2759.

Francés, Pedro. 2004. *Ética de los negocios: Innovación y responsabilidad*. Descleé. 2004.

Gallego Córcoles, Isabel. «Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*. N.º 152. 2017. Págs. 84-95.

Gamero Casado. E. y Gallego Córcoles. I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público.* Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia.

García Blanco, Jesús María. «La contratación socialmente responsable en la nueva Ley de Contratos del Sector Público». *Revista de Estudios Locales.* N.º 205. 2017. Págs. 94–110.

Gimeno Feliu, J. María. *Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP.* Parte I. Capítulo IV. En Gamero Casado, E y Gallego Córcoles, I. (dirs.). *Tratado de Contratos del Sector Público.* Tirant lo Blanch Tratados. 2018. Valencia. Págs. 242-313.

Granda Revilla, Germán. *Fundamentos de la gestión socialmente responsable*. En Galán Zazo, José Ignacio y Sáenz de Miera, Antonio. *Reflexiones Sobre La Responsabilidad Social Corporativa En El Siglo XXI*. Ediciones Universidad de Salamanca Aquina Fuentes. 2012. Págs. 161–168.

Juan Gómez, Mateo. «Breve estudio sobre la incorporación de cláusulas sociales y medio ambientales en la contratación pública actual». *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*. N.º 155. 2018. Págs. 6-21.

Manin, Bernard. *Los Principios Del Gobierno Representativo*. Alianza. 1998. Madrid.

Nogueira López, Alba. «La actividad de fomento para la protección de la atmósfera». En *La calidad del aire y la protección de la atmósfera*. Thomson Reuters-Aranzadi. 2010. Págs. 203–36.

Pernas García, J. José. *Contratación Pública Verde*. Wolters Kluwer. 2011.

Pernas García, J. José. *Libre mercado y protección ambiental. De la ordenación administrativa de actividades económicas a la contratación pública verde.* Observatorio de Políticas Ambientales. 2014. Págs. 431-462.