

Aspectos sociales de la contratación pública: condiciones y límites.

Por Antonio Ramón Rodríguez Castaño
Letrado del Tribunal de Cuentas

I. Introducción

No hay actividad económica como la contratación pública si tomamos en consideración su volumen cuantitativo. La contratación pública oscila entre el 17 y el 20 % del Producto Interior Bruto de los estados de la Unión Europea.

No es extraño que, por tanto, el legislador comunitario haya puesto sus ojos en esa parte de la actividad pública al objeto de regularla para salvaguardar los objetivos propios de la Unión. Si permitiese que cada estado adjudicase sus contratos como entendiese conveniente, podrían existir graves dificultades para conseguir un mercado común pleno, una libre competencia y en general un desarrollo económico, según los parámetros de la Unión.

Nótese, y esto de suma importancia, que el derecho comunitario aborda la regulación de la contratación pública desde la perspectiva del interés comunitario que no tiene por qué coincidir, que no coincide, con la de los intereses de cada estado miembro como gestor de sus gastos contractuales.

Tradicionalmente, la contratación pública se ha regulado teniendo en cuenta sus peculiares características. Se trata de una cantidad ingente de dinero que debe gestionarse entendiendo que en España lo común no es de nadie (también hay quien dice que lo que hay en España es de los españoles) y por ello el interés en cuanto a su administración es menor que el de la gestión de los asuntos propios. Por ello la regulación de la contratación pública siempre ha sido formal, rígida y casuística y siempre ha perseguido que se adquiriera la mejor prestación al menor precio.

El hecho de que una ley busque que en un contrato se compre lo mejor y lo más barato es lógico, es connatural a la esencia del contrato. Sin embargo no es ese el objetivo del legislador comunitario, según se ha dicho más arriba, sino garantizar la existencia de un mercado común, que se considera que es lo idóneo para conseguir el progreso económico y para ello la normativa comunitaria persigue unos objetivos para la contratación pública como son la concurrencia, la publicidad y la no discriminación de los operadores económicos.

Quiere llamarse aquí la atención sobre lo acabado de decir. El legislador comunitario ha realizado una opción política, de política económica, pero política, no regula la contratación pública buscando los objetivos que son propios a la misma, sino que la utiliza como instrumento.

Lo cierto es que el volumen que supone la contratación pública que supera, o al menos antes de la crisis superaba, el 27% del presupuesto de los entes públicos, conlleva la tentación de utilizar la contratación como instrumento de políticas públicas ya sean estas sociales o de dirección de la actividad económica.

Y es muy lógico, o al menos muy natural, que así sea, en realidad es lo que acabamos de ver que ha hecho la Unión Europea, utilizar la contratación pública para generar la unidad de mercado.

El problema que se la plantea al gestor contractual es como incardinar la actuación social pública en la actividad contractual, si es que puede incardinarse de alguna manera.

II. Centrando la cuestión.

Los documentos de estudio, o incluso normativos, que existen sobre la relación entre acción social y contratación pública parten de una concepción que implica un prejuicio. Parten de la idea de que pueden incluirse aspectos sociales en la contratación pública, pero eliminan a limine la consideración de que la contratación como herramienta social en sí misma.

Así, la guía de la Comisión Europea al respecto se denomina o se subtitula *“una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”* y define las contrataciones públicas socialmente responsables, como las que tienen en cuenta uno o varios aspectos sociales a la vez que respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y en las Directivas de contratación.

Por su parte, la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid *“Relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal”* define lo que debe entenderse por cláusula social a los efectos de interpretación y aplicación de la Instrucción, es decir, contemplan la posible existencia de cláusulas sociales en un contrato, pero no un contrato dirigido como tal a conseguir un fin social.

Y prejuzgan porque, en pura teoría, la relación entre la contratación pública y la acción social podría plantearse en tres aspectos:

- .- la utilización de la contratación pública como medio de política social.
- .- la utilización de la contratación pública como instrumento en la política social.
- .- la toma en consideración en la contratación pública de aspectos sociales.

En el primero de los aspectos implicaría que la contratación pública tendría como objetivo desarrollar la política social, de tal manera que los contratos no sirvieran para adquirir una prestación necesaria de la mejor calidad y al mejor precio, sino que, por ejemplo, se adquiriesen servicios no necesarios a los meros efectos de ocupar desempleados.

Esta perspectiva está absolutamente vedada. El artículo 22 del TRLCSP permite solamente celebrar los contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales del ente contratante. Esta idea subyace en el concepto de contratación pública socialmente responsable y en el de cláusula social.

Téngase en cuenta que en otras áreas del ordenamiento público sí que se hace. Los beneficios fiscales son una exención tributaria para el fomento de finalidades que indudablemente tienen interés público, pero no una finalidad recaudatoria directa.

De lo acabado de exponer deben sacarse dos conclusiones, sin perjuicio de que con posterioridad se vuelva a ellas:

- .- no puede definirse el objeto del contrato de tal manera que dicho objeto implique una finalidad social, si esa finalidad no es la propia que el ente debe perseguir a través del contrato. Es decir, no puede definirse una prestación de tal manera que implique un aspecto social, si sin ese aspecto se cumple la finalidad que debe cumplir el contrato para el ente.
- .- el intentar llevar a cabo políticas de cierta naturaleza a través de instrumentos que no les son propios, no es una buena técnica de gestión, aunque sólo sea porque impide conocer los efectos de los mismos. Al igual que en los beneficios fiscales se desconocen sus efectos sobre la actividad que se trata de fomentar, dado que no se establecen unos indicadores ni una obligatoriedad de llevar a cabo la actividad, si se adjudica un contrato para adquirir una maquina vendedora que debe expedir café de comercio justo (por tomar un ejemplo conocido) sabemos que el contrato ha resultado más caro que si fuera de otro tipo de café, aunque no sabemos cuanto más caro y creemos que haber fomentado el comercio justo, pero no sabremos ni cuanto ni porque coste comparativo en relación con una subvención que hubiésemos concedido para la misma finalidad.

Viendo ahora el tercer aspecto (dejemos para después el segundo que es el medular de la cuestión) en toda contratación van a surgir de manera colateral una serie de cuestiones sociales y el ente público ha de plantearse como actuar frente a las mismas. En la ejecución de un contrato los trabajadores del adjudicatario o del subcontratista en su caso, realizan su actividad conforme unas normas legales reglamentarias o convencionales que disciplinan su relación con sus empresarios, no con el ente público que ha adquirido la prestación que realizan y el

cumplimiento de esas normas incumbe al empresario, pero no es menos cierto que el ente público adjudicador no puede permitir que dichas normas se vulneren, y si no podemos adquirir unos bienes que sabemos que son robados, por baratos que nos los vendan, tampoco deberíamos aceptar una oferta que implique que los trabajadores que vayan a realizar la actividad perciban una retribución ilícita.

La legislación aborda lo que hemos llamado efectos colaterales de dos maneras:

- una general impidiendo licitar a quienes hayan incumplido cierta normativa en materia social o medioambiental. Nótese que aquí se está tomando en consideración un aspecto metacontractual, la vulneración de una normativa por la que el licitador ha sido condenado no se ha producido en el contrato objeto de licitación, pero aun así no se le permite licitar por interesante que pueda ser su oferta. Es una decisión política que no tiene que ver ni con la adecuada calidad y precio de la prestación, ni con la libre competencia (al menos no directamente en el caso concreto), pero es totalmente lógico que un ente público (aun cuando no sea una Administración) no pueda actuar de forma que premie el incumplimiento de normas imperativas, por adecuada que pueda ser la prestación ofertada.
- la segunda es concreta, se refiere al contrato que se está licitando o ejecutando. En esta se impide que se adjudique el contrato a la oferta que necesariamente implique que se van a incumplir ciertas normas sociales, más concretamente las referidas a las condiciones de trabajos de quienes van a ejecutar materialmente la prestación. Un ejemplo claro es el rechazo de ofertas anormales por incumplimiento de las obligaciones del licitador respecto a sus trabajadores. En este sentido se puede apreciar una modificación en la regulación de la Directiva comunitaria, así el artículo 55 d) de la de 2004 hablaba de *"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"* mientras que el actual artículo 18.2 habla además del Derecho nacional de los convenios colectivos.

III. El núcleo del problema.

Existen varios momentos en el procedimiento contractual en los que tiene o puede tener cabida la utilización del contrato como instrumento de política social.

A) Definición del objeto de contrato.

El lugar más obvio para introducir un aspecto social en un contrato es precisamente en la determinación de la prestación que se contrata. Y aquí está la clave de todo el problema: si lo que se pretende adquirir, y se pretende porque es lo que el ente contratante debe adquirir para cumplir sus fines, tiene en sí un contenido social, no existe problema alguno, sin embargo, lo que no resulta posible es definir el objeto de un contrato que en esencia no debe tener una finalidad social de tal forma que la tenga.

Si el ente debe construir un edificio para el cumplimiento de su actividad, no puede definir el contrato diciendo que consistirá en una obra que debe construir una empresa que tenga un porcentaje determinado de trabajadores en riesgo de exclusión social y no puede hacerlo porque sería un fraude de ley, estaría adquiriendo una prestación que no sería la mejor económicamente, estaría excluyendo a empresarios que podrían licitar y estaría en general utilizando una potestad para fines distintos.

Este es a mi juicio el núcleo del problema y partiendo de lo que acaba de decirse es como se debe enfocar la inclusión de cláusulas sociales en los contratos, esa debe ser la línea directriz.

Evidentemente todo es objeto de matices, cabe que un objeto contractual tenga una vertiente social, pero de tal manera que no desvirtúe los fines de la figura contractual.

En este sentido parece muy adecuada la regulación contenida en la 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid que en su apartado Tercero 3.6, dentro de los principios para la aplicación de la Instrucción, donde dice que debe existir proporcionalidad entre la cláusula social y el objeto del contrato y que las cláusulas sociales deberán adaptarse al objeto del contrato.

Y por ejemplo, determina que puede emplearse una cláusula relativa a la estabilidad en el empleo cuando implique *"mayores ventajas para la prestación objeto"* del contrato *"y añada valor al servicio de que se trate"*, ofreciendo ejemplos de en qué contratos puede considerarse que ocurre esto.

B) Definición de la prestación.

La definición de las características técnicas de la prestación puede tener un indudable contenido social. Ese contenido se puede referir a los trabajadores que han de realizar la prestación (en cuanto a la forma de realizar la actividad), a los usuarios de la misma o a los proveedores.

Existen ocasiones en las que existe una previsión legal específica que permite, o incluso obliga, a que exista una previsión legal en la definición de la prestación, aun en casos en los la misma no sea connatural con la prestación, como es el caso del principio de accesibilidad universal.

En estos supuestos no existe problema alguno, sin embargo, fuera de ellos la situación es la misma que ocurre respecto al objeto y esto puede preciarce cuando el considerando 75 de la Directiva de 2014 señala que *"los poderes adjudicadores que deseen adquirir obras, suministros o servicios con determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo deben poder remitirse a etiquetas concretas"* pero este considerando está desarrollado por el artículo 43 que establece como requisito *"que los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta se refieran únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios que constituyan el objeto del contrato"*

C) Determinación de los medios de solvencia.

Aquí se produce la misma situación que en casos anteriores, para poder solicitar la acreditación de ciertas aptitudes sociales es preciso que las mismas sean precisas para la ejecución del contrato.

En este sentido, la Instrucción del Ayuntamiento de Madrid dice que *"la inclusión de cláusulas sociales como criterio de selección del contratista procederá en los contratos que incluyan en su objeto un fin institucional de carácter específicamente social"*, aunque aquí habría que realizar una restricción, o ampliación, interpretativa: no debe entenderse la expresión fin institucional como fin del ente, sino como el fin del contrato, que obviamente debe corresponder al fin institucional del ente contratante.

D) Criterios de adjudicación.

El artículo 67 de la Directiva de 2014 establece que los criterios de adjudicación de un contrato público deben estar vinculados al objeto del contrato.

Y un lugar donde resulta muy claro qué es *"estar vinculado al objeto del contrato"* es la Instrucción del Ayuntamiento de Madrid antes citada cuando dice que *"(e)n el caso de la fase de valoración de las ofertas, la vinculación, más estrecha, se establece a partir del fin u objeto social del contrato por lo que la introducción de la cláusula como criterio de adjudicación debe suponer una ventaja en las condiciones del mismo"*.

Por supuesto que pueden existir criterios de adjudicación con contenido social, pero todo criterio ha de suponer una ventaja en la ejecución del contrato, todo criterio implica una atribución de puntos porque el contrato se ejecute mejor de lo exigido inicialmente por el poder adjudicador y ese mejor evidentemente ha de ser mejor en relación con su objeto, con su naturaleza, cualquier otra cosa sería fraude.

Por tanto, los criterios sociales solamente pueden existir en contratos con un objeto social y en relación con el mismo.

E) Justificación de ofertas con valores anormales o desproporcionados.

Ya se ha hecho referencia más arriba a un cambio en la legislación, pues el actual artículo 18.2 de la Directiva exige que el oferente que ha realizado una oferta que puede ser considerada anormalmente baja acredite el cumplimiento de sus obligaciones sociales, incluidas las derivadas de los convenios colectivos.

F) Criterios para el desempate.

Actualmente, la Disposición Adicional cuarta del TRLCSP prevé la adjudicación a favor de una empresa, en caso de que haya empatado con otra u otras tras la aplicación de los criterios de adjudicación, en atención a ciertas cualidades de la empresa de eminente carácter social.

Esta habilitación legal no se agota en sí misma, sino que pueden establecerse otros criterios de desempate de carácter social (o de otro carácter). Téngase en cuenta, que en este caso la prestación va a ejecutarse de idéntica manera ventajosa al haberse obtenido los mismos puntos, y por ello el interés público está plenamente salvaguardado ejecute el contrato una empresa o lo haga otra, por ello el poder adjudicador puede establecer libremente una perspectiva social.

G) Condiciones especiales de ejecución.

En este punto puede considerarse que el derecho comunitario a restringido su utilización, pues mientras el artículo 26 de la Directiva de 2004 permitía exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario, el artículo 70 de la Directiva de 2014 exige que estas condiciones especiales estén siempre vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, que es el que determina como están vinculados al objeto del contrato los criterios de adjudicación.

H) Subrogación en las relaciones laborales relativas a la anterior ejecución del contrato.

En determinados contratos es común establecer, que el nuevo empresario deba subrogarse en las relaciones laborales con los trabajadores que vinieren realizando la actividad bajo la dirección de la empresa que la realizaba inmediatamente antes.

La subrogación puede venir impuesta directamente por la ley o por convenio colectivo, en cuyo caso resulta obligatoria para los trabajadores, o ser establecida en el contrato. Este último supuesto es el que aquí nos interesa.

El establecimiento de la subrogación por vía contractual tiene un innegable carácter social y está expresamente prevista en el artículo 120 del TRLCSP. Su objetivo es favorecer la estabilidad en el empleo y por tanto, solamente podría establecerse, en aquellos casos en que el hecho de que la prestación siga siendo realizada materialmente por las mismas personas físicas resultará de conveniencia para el interés público.

l) Contratos reservados.

Posibilidad prevista en la Disposición Adicional quinta del TRLCSP, en el considerando 36 y en los artículos 20 y 77 de la Directiva de 2014. Mientras se cumplan los requisitos de estas normas se puede actuar plenamente en este sentido.

Septiembre 2016.