LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN FORMAN PARTE DEL DERECHO COMUNITARIO

1. El contenido de las directivas comunitarias en materia de contratación ha sido incorporado íntegramente a la legislación española: particular referencia a los aspectos sociales.

La Exposición de Motivos de la LCSP recuerda que el origen de muchas de estas determinaciones son la simple incorporación “en sus propios términos y sin reservas de las directrices de la Directiva 2004/18/CE”. E incluso subraya que “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 los nuevos requerimientos éticos y sociales”.

Es decir que las cláusulas sociales incluidas en la LCSP son simple transposición, a veces literal, de lo establecido en las normas comunitarias.

En la evolución favorable a la inclusión de cláusulas de índole social en la contratación pública ha jugado un importante papel la Comisión Europea, que viendo en ocasiones su posición corregida por la jurisprudencia comunitaria se ha adecuado a ella, pronunciándose a través de diversas Comunicaciones Interpretativas de trascendental valor interpretativo. Así en su Comunicación titulada **"La Contratación pública en la Unión Europea" de 11 de marzo de 1998**, afronta directamente en su punto 4.4, la relación de las cláusulas sociales con la contratación y señala lo siguiente:

> "*La política social es de una gran importancia para la Unión Europea. Esta tiene como objeto el perseguir un alto nivel de empleo y de protección social. Además, el tratado de Ámsterdam se plantea, como una de sus prioridades, la eliminación de la desigualdad y la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer en todas las políticas y actividades de la Unión Europea, defendiendo además la necesidad de combatir todo tipo de discriminación.*
>
> *La Comisión ha indicado ya en su Libro Verde las condiciones en las que las consideraciones sociales pueden jugar un papel en el procedimiento de adjudicación de contratos públicos, y en concreto, la posibilidad de incluir la obligación de respetar el derecho social existente, especialmente la normativa social comunitaria y, entre otras, la derivada de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).*
>
> *De este modo, existe un abanico de posibilidades que pueden tenerse en cuenta para conseguir objetivos sociales en las compras realizadas por la Administración pública:*

- *Las normas de las directivas sobre contratación pública permiten excluir a los candidatos que violan la legislación en materia social, incluyendo la relacionada con la promoción de la igualdad de oportunidades.*
- *Una segunda posibilidad consiste en tomar como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social, que tenga como objeto promover el empleo femenino o apoyar a ciertas categorías desfavorecidas. Es evidente que sólo se permiten las condiciones de ejecución que no discriminen, directa o indirectamente, a los licitadores provenientes de otros Estados miembros. Por otro lado, se debe asegurar una transparencia adecuada, mencionando estas condiciones en el anuncio y en las condiciones generales de contratación.*

  De este modo, los poderes adjudicadores pueden desarrollar diferentes aspectos de política social durante el procedimiento de contratación, pudiendo constituir así sus comprar un medio importante para orientar la acción de los operadores económicos. Entre los ejemplos que pueden ilustrar este supuesto, podemos citar las obligaciones legales en materia de protección del empleo y las condiciones de trabajo cuya aplicación es obligatoria en el lugar de ejecución del contrato de obras, o incluso las denominadas "acciones positivas", esto es, utilizar un contrato público como medio para alcanzar un objetivo deseado, como por ejemplo, la constitución de un mercado cautivo para un taller protegido, el cual no podría hacer frente a la competencia de empresas comerciales clásicas con un nivel de productividad normal".

En este documento se comprometía a elaborar una nueva comunicación que clarificase las posibilidades de incluir las cláusulas sociales en la contratación pública que sería la importante **Comunicación interpretativa de la Comisión sobre legislación comunitaria en materia de contratos**

públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos (COM 2001 566 Final) donde se señala algunas condiciones particulares adicionales que pueden imponerse al titular del contrato: dar trabajo a desempleados, aplicar medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades, contratar a personas discapacitadas en un número superior al exigido por la legislación, etc.

Esta Comunicación de 2001, completa la anterior y se enmarca en las acciones anunciadas en la Agenda de política social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000. En ella se establece claramente que: las "*cláusulas [sociales] pueden englobar medidas a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo*", señalando que pueden incluirse en la fase de ejecución, que pueden tenerse en cuenta al definir las especificaciones técnicas y los criterios de selección, como condiciones de ejecución y que "*por lo* ***que respecta a los contratos que no entran en el ámbito de aplicación de las Directivas, los compradores públicos pueden libremente perseguir objetivos sociales a la hora de celebrar sus contratos, siempre que se atengan a las normas y los principios generales del Tratado CE. Corresponde a los Estados miembros determinar si los poderes adjudicadores pueden, o incluso deben, perseguir tales objetivos a través de los contratos públicos***".

Los aspectos sociales, siempre según la Comunicación, engloba acepciones y ámbitos muy diversos: "*Puede remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respecto de los derechos fundamentales y a los principios de igualdad de trato y no discriminación (por ejemplo, entre hombres y mujeres), como a las legislaciones nacionales en materia social, así como a las directivas comunitarias al respecto.* La expresión *"aspectos sociales" abarca también las cláusulas preferentes (por ejemplo para la reinserción de las personas desfavorecidas o excluidas del mercado de trabajo) o las actuaciones o discriminaciones positivas de cara a la lucha contra el desempleo o la exclusión social*". Pues en definitiva, "*incrementar el nivel de vida, promover un elevado nivel de empleo y protección social, mejorar las condiciones de vida y de trabajo y desarrollar la calidad de vida figuran entre los objetivos de la Unión Europea según figura en la Comunicación de la Comisión "Promover las normas fundamentales del trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización*".

A ello han contribuido sin duda las previsiones de Tratados como el de Ámsterdam, que había fijado como una prioridad la eliminación de desigualdades y la promoción de la igualdad de oportunidades o el Tratado de Niza que reafirmó el objetivo de integrar totalmente los derechos

fundamentales en todas las políticas y acciones de la Comunidad, siendo la Carta de Derechos Fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa jurídicamente vinculante.

Conviene señalar también que la inserción de cláusulas de índole social forman parte del movimiento de responsabilidad social corporativa impulsado desde la Unión Europeo y, en concreto, por el **Libro verde sobre Responsabilidad Social Corporativa de la Comisión Europea de 2001.** La idea de la responsabilidad social corporativa, de aplicación también a las Administración públicas, comienza por evitar que una interpretación estricta de la elección de la oferta económicamente más ventajosa se fundamente en el incumplimiento de la normativa laboral y social por parte de los competidores, de ahí que, con independencia de la admisión de las cláusulas sociales en sentido estricto a lo largo del proceso de contratación, sea importante el reforzamiento del cumplimiento de la legalidad y la implicación en el mismo de los órganos de contratación tal como se ha indicado en páginas anteriores.

La posibilidad de insertar aspectos sociales en la contratación pública es hoy, tras el debate mantenido durante años por las instituciones comunitarias, Derecho positivo y se han recogido en la Directiva 2004/18/CE, sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y

servicios, y la Directiva 2004/17/CE, para los sectores especiales. Según expresamente señala la Directiva 2004/18/CE en su considerando 1, dicha norma se basa

> "*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*".

Así en el art. 19, se permite que "*Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales*".

En el considerando 33 de la exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE señala que **las condiciones de ejecución del contrato son compatibles con la norma comunitaria**, siempre que no sean directa o

indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de contrato o en el pliego de condiciones. En concreto, se indica que pueden establecerse como condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato consideraciones de orden social "*con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar 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*". Y así se recoge en el art. 26 de la Directiva, donde se establece la posibilidad de incluir criterios de orden social entre las condiciones especiales de ejecución.

De igual manera en el considerando 46 se indica que el "*poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias* ***sociales*** *que, en particular, respondan a necesidades –definidas en las especificaciones del contrato- propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato*".

Por último, la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009**,** sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios

por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y seguridad, cuyo plazo de transposición finaliza el 21 de agosto de 2011, en la misma línea de las anteriores, menciona para la reserva de contratos en su considerando 45 lo siguiente:

> "*El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos o reservar su ejecución en el mercado de programas de empleo protegido*".

1. La compatibilidad de las cláusulas sociales por el Derecho comunitario, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, ha debido pronunciarse en diversas ocasiones sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de incluir determinados criterios de valoración, como los de orden de tipo personal, criterios medioambientales, sociales u otros, con anterioridad a la existencia de normativa comunitaria en este sentido. Se trata, por tanto, de un problema ya planteado y, actualmente, resuelto por el Derecho Comunitario

pues ha sido precisamente esta jurisprudencia la que ha permitido incluir las cláusulas sociales en la contratación pública en las Directivas 2004/18/CE, sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, suministros y servicios, y la Directiva 2004/17/CE, para los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, actualmente en vigor.

El primer caso donde el Tribunal afronta directamente esta cuestión es la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 *Gebroeders Beentjes*, asunto en el que una de las empresas licitadoras, pese a presentar la oferta más baja, vio como el órgano de contratación excluía su propuesta al considerar, entre otras razones, que no parecía estar en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, adjudicándose finalmente el contrato de obras en cuestión a otra empresa que había licitado por una cantidad superior.

En el parágrafo 19, señala el Tribunal que "*si bien la Directiva deja a los poderes adjudicadores la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente*", si bien "*las condiciones de índole social podrían establecerse siempre que se respetasen las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones derivadas*

de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios".

Puesto que se trataba de un criterio que no guardaba relación con los criterios de adjudicación del contrato, según los arts. 25 a 29 de la Directiva 71/305/CEE entonces vigente, el TJUE concluyó que podía ser aceptado si bien como condición particular complementaria y concluye afirmando 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***" y que dicha "*condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato*".

Con independencia de la resolución concreta del caso, ésta sentencia, como las siguientes que tienen la oportunidad de pronunciarse sobre criterios secundarios de adjudicación sean sociales o medioambientales, han indicado las pautas a seguir para determinar la conformidad con el Derecho comunitario de dichas cláusulas en la contratación pública.

En la siguiente sentencia de 26 de diciembre de 2000, *Asunto Nord-Pas-de Calais*, se pronuncia el TJUE sobre una licitación de un contrato de

rehabilitación y mantenimiento entre cuyos criterios de valoración aludía a un "*criterio adicional relativo al empleo*". Si bien la cláusula fue finalmente anulada porque no permitía a los licitadores conocer con anterioridad en qué consistía tal medida, el Tribunal señala que no se puede excluir

> "*la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios*".

La **Sentencia de 17 de septiembre de 2002, asunto *Concordia Bus*** aporta una importante matización para el entendimiento de lo que ha de significar la "*oferta económicamente más favorable*": ésta no puede interpretarse exigiendo que cada uno de los criterios de adjudicación seleccionados por el órgano de contratación deba ser necesariamente de naturaleza económica, admitiendo, por tanto, que otros factores que no son puramente económicos pueden afectar al valor de una oferta. En el caso, se trataba de considerar como criterio de valoración cuestiones medioambientales, relativos al nivel del ruido y de emisiones de óxidos de nitrógenos que consideraron relacionados con el objeto de un contrato relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús y aunque se

refiere a criterios medioambientales la decisión del Tribunal es plenamente aplicable a las cláusulas sociales que nos ocupan y a este respecto indica:

> "*De estas consideraciones resulta que, cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, puede tener en cuenta criterios relativos a la conservación del medio ambiente siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación*".

También fueron criterios medioambientales sobre los que se pronunció el TJUE en su **Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (Asunto C-448/01)** ***Asunto Wienstrom*****.** Se trataba de valorar el empleo de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad que si bien fue considerado compatible con el Derecho comunitario fue finalmente rechazado por dos razones: puesto que la cantidad procedente de dichas fuentes a tener en cuenta sobrepasaba el consumo anual previsible, se consideró que no guardaba relación con el objeto del contrato y que podía ser discriminatorio, favoreciendo a aquellos licitadores en condiciones de suministrar mayores cantidades y, en perjuicio de los que, sin embargo, sí eran capaces de suministrar las cantidades pretendidas en el objeto del contrato.

De la Jurisprudencia Comunitaria relativa a la contratación pública se puede concluir que con la fórmula de la "*oferta económicamente más ventajosa*" se trata de permitir al órgano de contratación que, tras comparar todas las ofertas presentadas pueda elegir, cumpliendo con el principio de eficiencia económica la que sea económicamente más ventajosa, en razón de criterios objetivos, según dejó indicado ya el Tribunal, y siguiendo las conclusiones del Abogado General, en la *Sentencia Beentjes*. Por esta razón, según afirma en **la Sentencia de 16 de septiembre de 1999, asunto *Metalmeccanica Fracasso SpA***, el órgano de contratación no está obligado a adjudicar el contrato al único licitador que ha accedido al procedimiento. Según se desprende de la sentencia:

> *"… para cumplir el objetivo de lograr el desarrollo de una competencia efectiva en el ámbito de los contratos públicos, la Directiva 93/37 tiende a organizar la adjudicación de los contratos de tal manera que el órgano de contratación pueda comparar las diferentes ofertas y aceptar la más ventajosa, basándose en criterios objetivos semejantes a los enumerados a título de ejemplo en el artículo 30, apartado 1, de la Directiva (véase, en este sentido, en relación con la Directiva 71/305, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 27).*
>
> *Pues bien, si como resultado de uno de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras definidos por la Directiva 93/37, solamente quedase una oferta, el órgano de contratación ya no estaría en condiciones de comparar los precios o las demás*

> *características de las diferentes ofertas a fin de adjudicar el contrato con arreglo a los criterios a que se refiere el Capítulo 3 del Título IV de dicha Directiva*".

La obligación del Tribunal es asegurar el cumplimiento del Derecho Comunitario y con el enjuiciamiento de los criterios de valoración para la adjudicación de los contratos trata de asegurar una competencia efectiva que haga posible el mercado único para lo que es esencial el respeto a las libertades comunitarias, de circulación de personas, mercancías y capitales y a los principios derivados de ellas, el principio de no discriminación y libertad de establecimiento y servicios, según se ha visto ya en las sentencias anteriormente citadas, el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Así se recuerda en la sentencia del asunto *Concordia*:

> "*Se debe señalar que el deber de respetar el principio de igualdad de trato responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en sus ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. p. I-3353, apartado 33). Así, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 63 de la presente sentencia, los criterios de adjudicación deben respetar el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del*

> *Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios*".

Es igualmente una exigencia del Derecho Comunitario que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (S de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, apartado 34, también en la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54). Y así, según ha dejado sentado el Tribunal en su sentencia de 24 de noviembre de 2005, *TI EAC SrL y Viaggi di Maio Snc*, Asunto C-331/04), es fundamental que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y, si ello es posible, la importancia relativa de los mismos (véanse, en este sentido, las sentencias de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88, y de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98).

> "*En consecuencia, (…) el Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego*

> *de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión: apartado 32: No modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas habrían podido influir en tal preparación; No haya sido adoptado teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores*".

Puede concluirse, por tanto, que las cláusulas de índole social de la contratación pública son admisibles, siempre que respeten los principios comunitarios derivados de las libertades comunitarias, según se viene afirmando desde la *Sentencia Beentjes*, que puede considerarse el leading *case* en la materia, el Tribunal ha establecido la doctrina básica del Tribunal que ha sido recogida con posterioridad en numerosas ocasiones, por ejemplo en la más reciente de 24 de enero de 2008, *Asunto Lianakis* y otros.

En segundo lugar, en cuanto las cláusulas sociales traducen medidas de discriminación positiva deben respetar la jurisprudencia comunitaria en este sentido, es decir, que tengan por objeto restablecer la igualdad de oportunidades en un ámbito en el que exista infrarrepresentación del colectivo beneficiario, siempre que la medida no suponga una preferencia absoluta e incondicional de las personas que pertenezcan al colectivo infrarrepresentado sin tener en cuenta las condiciones objetivas en su valoración; y, en tercer y

último lugar, que las medidas adoptadas no sen arbitrarias (SSTJUE de 11 de noviembre de 1997, (*Marschall*, 22 de febrero de 2001, (*Griesmar*); de 19 de marzo de 2001, (*Lommers*).