

BUENA ADMINISTRACIÓN Y CLÁUSULAS SOCIALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS: HACIA EL INTERÉS GENERAL DESDE LA COMPRA PÚBLICA*

GOOD ADMINISTRATION AND SOCIAL CLAUSES AS SPECIAL
CONDITIONS OF EXECUTION IN PUBLIC CONTRACTS: LOOKING
FOR THE COMMON INTEREST FROM PUBLIC PROCUREMENT

José Ignacio Herce Maza

Abogado en ejercicio

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN

La contratación pública es un magnífico un instrumento para desarrollar políticas públicas para el interés general. Se estudiará en este trabajo como pueden promover los derechos fundamentales de las personas, especialmente la igualdad de todos a través de condiciones especiales de ejecución, a la luz del derecho fundamental a una buena administración pública.

Palabras clave: *Contratos del Sector Público; Cláusulas Sociales; Contratación Pública Estratégica; Buena Administración; Buen Gobierno.*

* Fecha de recepción: 09/03/2022; Fecha de aceptación: 05/12/2022.

ABSTRACT

Public procurement is a magnificent instrument to develop public policies for the general interest. It will be studied in this work how they can promote the fundamental rights of people, especially the equality of all through special conditions of execution, in light of the fundamental right to good public administration.

Keywords: *Public sector contracts; Social clauses; Strategic public procurement; Good administration; Good governance.*

SUMARIO

1. PROLEGÓMENOS.
2. EL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: HACIA LA REALIZACIÓN DE POLÍTICAS DE INTERÉS GENERAL.
3. CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.
 - 3.1. OBLIGATORIEDAD DE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y SU VINCULACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO.
 - 3.2. CLÁUSULAS SOCIALES Y CRITERIOS DE EFICIENCIA Y ECONOMÍA.
 - 3.3. LA OBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES.
 - 3.4. ALGUNAS REFERENCIAS A LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PODER ADJUDICADOR.
 - 3.5. CONDICIONES DE SOLVENCIA.
 - 3.6. PROHIBICIONES PARA CONTRATAR.
 - 3.7. CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.
 - 3.8. UNA APROXIMACIÓN A LAS ETIQUETAS.
 - 3.9. LOS INFORMES DE VERIFICACIÓN.
 - 3.10. LA INTERDICCIÓN DE CLÁUSULAS QUE SUPONGAN INJERENCIAS INDEBIDAS EN LA POLÍTICA DE LA EMPRESA.

3.11. REPERCUSIÓN EN LA CALIDAD DE LA PRESTACIÓN CONTRATADA.

3.12. RAZONABILIDAD DE LA CLÁUSULA.

4. LAS CLÁUSULAS SOCIALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN PARA LA PROMOCIÓN DEL INTERÉS GENERAL.
 - 4.1. LAS CLÁUSULAS SOCIALES RELACIONADAS CON LAS CONDICIONES LABORALES.
 - 4.2. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN.
5. REFLEXIONES FINALES: LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LAS PERSONAS A TRAVÉS DE LA COMPRA PÚBLICA.
6. BIBLIOGRAFÍA.

1. PROLEGÓMENOS

La contratación pública ha superado la concepción tradicional que la consideraba como un mecanismo para satisfacer necesidades de la Administración. Ha pasado a ser un sistema idóneo para promover objetivos de carácter social, medioambiental y de innovación.

Entender de esta manera la contratación pública no implica romper con sus instituciones y principios básicos. Sí implica, por otra parte, que debe adaptarse a los nuevos tiempos y aprovechar el escenario que proporciona para que los poderes públicos promuevan cuestiones de interés común. Esta manera de proyectar la contratación pública quiere decir que se la reconoce como un medio para promover los derechos fundamentales de las personas que, por todos es conocido, es uno de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho.

Partir de la premisa de la dignidad de la persona y su centralidad en el Ordenamiento jurídico proyecta una visión de la realidad administrativa destinada a la promoción y al fomento de los derechos fundamentales. Esta afirmación tiene indudables consecuencias prácticas en el día a día de la actividad de la Administración. Se trata de materializar en las actuaciones administrativas concretas los derechos inherentes al ser humano y que además se encuentran reconocidos en la Constitución española.

Por ello la contratación administrativa pasa de ser un simple sistema de provisión de necesidades de la Administración a una política pública a través de la cual se pueden alcanzar fines de interés general que no estén directamente vinculados a la provisión de bienes, obras o servicios que requiere la Administración.

La mayor parte de los cambios que han afectado a nuestro Derecho de contratos públicos provienen del acervo comunitario que se ha incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales. En las directivas comunitarias de cuarta generación¹ sobre contratación pública se muestra la relevancia de la compra pública para alcanzar los grandes objetivos de la Unión. Estas normas de obli-

¹ Las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

gado cumplimiento establecen una regulación marco supranacional de los contratos públicos enfocada a la mejora del bienestar general de todos los ciudadanos de la Unión.

Sin perder de vista el Derecho comunitario, la Constitución española promulga que la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento del orden político y la paz social. La gran meta del Derecho administrativo es fortalecer la dignidad de la persona y promover la efectiva realización de los derechos fundamentales. Aquí la compra pública puede desarrollar un importante papel: la promoción de objetivos de interés general mediante la introducción de ciertas cláusulas en los contratos administrativos. En este trabajo se dará protagonismo a los objetivos de interés social especialmente enfocados a lo social.

La nueva manera de entender la contratación pública se encuentra a caballo entre la política pública y la ejecución administrativa. Se alza como un fantástico instrumento para alcanzar objetivos de interés común y promover la dignidad de la persona humana a través de actuaciones administrativas concretas. A través de la contratación con el Sector Público puede promoverse la realización de los derechos fundamentales en cada contrato.

Dada su relevancia, la contratación pública ha de estar imbuida de los valores y principios del buen gobierno de los poderes públicos y de la buena administración en las actuaciones concretas de ejecución. Es imprescindible una buena configuración de las políticas de contratación y, por supuesto, una ejecución conforme a los principios de buena administración. Cumpliendo con estos valores los procesos de licitación se desenvolverán siempre dirigidos al interés general objetivo y a la promoción de los derechos fundamentales de las personas.

2. EL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: HACIA LA REALIZACIÓN DE POLÍTICAS DE INTERÉS GENERAL

Ya se apuntaba en la introducción el cambio de paradigma en la contratación pública. Tradicionalmente los mecanismos de contratación administrativa estaban destinados a la satisfacción de necesidades de la Administración. Se entendían como un instrumento habilitado para proveer bienes, obras o servicios a la administración licitadora.

Si acudimos a los derechos nacionales podemos encontrar dos corrientes que se encuentran diferenciadas y que se explicarán a continuación, siguiendo los criterios propuestos por DÍEZ SASTRE².

Una primera entiende que la Administración debe contratar con terceros como lo hace un particular. Desde este punto de vista cuando la Administración contrata celebra contratos privados bajo el Derecho privado (así es en el Derecho alemán o italiano), salvo en la fase de ejecución, en la que existen reglas de carácter interno.

Una segunda entiende que cuando la Administración contrata con terceros en un mercado no lo hace como un particular. Su justificación no es otra que el interés general vinculado al objeto del contrato, y por ello se desarrolla una categoría distinta al contrato privado. Su normativa se desarrolla con reglas especiales que reconocen una serie de prerrogativas y potestades para satisfacer el interés general (como en el Derecho francés o español).

En este último caso prefiero emplear el término potestad a prerrogativa, en tanto en cuanto la Administración pública por imperativo constitucional ha de servir objetivamente a los intereses generales (art. 103 de la Constitución Española, en adelante CE). El Derecho español, que es el objeto de este estudio, ha tendido a un modelo dirigido a una preponderancia al servicio del interés público³. Por ello la actividad administrativa y el ejercicio de potestades han de enfocarse siempre desde la idea de servicio y no de privilegio.

Gracias al influjo de la Unión Europea y su acervo comunitario, partiendo de la gran envergadura de la contratación pública en el PIB de la Unión y de los Estados miembros se comienza a plantear si los mecanismos de la contratación pública pueden servir para alcanzar los objetivos de la Unión Europea y, de esta manera, lograr fines de interés general. Se empieza a ver a la contratación de la Administración con una amplitud mucho mayor.

Con el paso del tiempo, este desarrollo normativo ha avanzado mucho y ha perfilado el contrato administrativo. Llegamos entonces a la satisfacción del interés general a través de la compra pública: la inclusión de cláusulas destinadas a promover el bien común en el propio contrato.

² DÍEZ SASTRE, S., «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, Madrid, 2017, p. 197.

³ GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa: nueva época*, núm. 4, 2017, p. 92.

Valorar su inclusión es consecuencia de esa visión comunitaria de que la contratación administrativa puede lograr objetivos distintos a la mera satisfacción de la necesidad concreta de la Administración previsto en cada contrato.

Si nos olvidamos de definiciones abstractas puede observarse que el contrato público es, simplemente, un acuerdo de voluntades en virtud del cual los contratantes intercambian prestaciones. Si en un contrato privado una de las partes entrega dinero y recibe la correspondiente contraprestación, en un contrato administrativo una de las partes intervinientes es un ente público.

La naturaleza jurídica última del contrato administrativo, señalan algunos, es idéntica a la de los contratos, pero tiene una regulación distinta⁴ por razones de interés general. Estas razones justifican, por ejemplo, las potestades de la Administración en la ejecución del contrato. Creo que si la manera de ver la contratación administrativa no se amplía con la persecución del interés general muestra tener muy poca prospectiva y se desaprovechan las oportunidades que ofrece. Precisamente ALONSO HIGUERA en relación con lo anterior ha hecho referencia a que la causa de los contratos administrativos descansa en el interés general⁵.

En mi opinión, deberíamos tener en cuenta en la naturaleza jurídica del contrato público un elemento finalista que no es otro que la satisfacción de los intereses generales desde la óptica de la mayor promoción de los derechos fundamentales de las personas. La inclusión de cláusulas sociales, medioambientales o de innovación en el fondo satisfacen una necesidad pública que ayuda a conseguir el bien de todos de manera directa o indirecta. Ya el mismo empleo de la contratación administrativa de manera eficiente satisface el interés de la sociedad desde la gestión económica y presupuestaria. Por ello la contratación con la Administración va mucho más lejos que una mera provisión de bienes, servicios u obras.

Esta labor de intervención en la sociedad a través de las compras de la Administración debe estar siempre en la misma dirección que los principios básicos del Derecho comunitario que se encuentran en las directivas de contratación y en el resto del acervo de la Unión. Entre otros principios debe respetar las reglas de igualdad, transparencia, libre concurrencia y competencia.

⁴ CHICANO JÁVEGA, E. & RAMÓN RODRÍGUEZ-CASTAÑO, A. R., «Las cláusulas sociales en la contratación pública: estudio de la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid», *Revista Española de Control Externo*, núm. 55, 2017, p. 113.

⁵ ALONSO HIGUERA, C., *Manual del secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 1120-1121.

La contratación pública comunitaria parte, *ab initio*, de un desarrollo regulatorio destinado a evitar una adjudicación contraria a principios de competencia, transparencia y no discriminación. Si se acude a los principios de la Estrategia 2020 podemos detectar cómo el principio pro-competencia está muy presente⁶.

Considero que la oportunidad que nos ofrece la compra pública para ayudar a promover el interés común no debe ser desperdiciada. Esta opinión no implica que deba desarrollarse una intervención exagerada a través de estas cláusulas, o que las posibilidades de su incorporación sean ilimitadas. Mucho menos que suponga un perjuicio económico al contratista.

No deben ser vulnerados los principios básicos del derecho comunitario ni generarse desajustes económicos que lleguen a frustrar el interés económico del contratista. Por ello debe haber una utilización razonable y proporcionada de este tipo de cláusulas, debiendo ser el órgano administrativo competente para su determinación prudente en su inclusión. El principio de proporcionalidad, tan conocido en el Derecho administrativo, ha de estar presente en todo momento unido al de buena fe.

Estas cláusulas deben estar directamente vinculadas con el derecho fundamental a una buena administración que se proyecta en todas y cada una de las partes del contrato administrativo. Debe salvaguardarse este principio desde la determinación de la necesidad a satisfacer y la redacción de los pliegos hasta la finalización normal o anormal de su ejecución. La buena administración, que es entendida en este trabajo de la manera más amplia posible, será expuesta en los párrafos posteriores.

Se trata de promover que, gracias a la contratación pública, se satisfagan fines de interés común no sólo mediante la realización del objeto del contrato sino con la incorporación de cláusulas vinculadas al fomento de cuestiones sociales, a la protección del medioambiente o a la promoción de la innovación. Por ello la compra pública comienza a entenderse desde un punto de vista estratégico y, sobre todo, como una política pública. En definitiva, estamos alcanzando una contratación pública con mucha más perspectiva que la visión tradicional.

En esta línea señala GIMENO FELIÚ, de manera muy acertada, que se pasa de una visión burocrática de la compra pública diseñada de una manera hacen-

⁶ SÁNCHEZ-GRAELLS, A., «A deformed principle of competition? – The subjective drafting of article 18(1) of Directive 2014/24», en *Reformation and deformation of the EU public procurement rules* (coord. SKOVGAARD OELYKKE, G., & SÁNCHEZ-GRAELLS, A.), Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 81, en DÍEZ SASTRE, S., «Las cláusulas sociales...», ob. cit., p. 197.

dística y con poca prospectiva a una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines⁷. La compra pública, ya estratégica, entra en pleno contacto con el art. 103 CE, que señala que la Administración pública sirve objetivamente a los intereses generales. Si el contrato administrativo es una buena dinámica para promocionar el interés común no es cuestión baladí afirmar, como señala MEDINA, que puede hablarse del empleo de esta institución para «orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato»⁸.

El principio de eficiencia en los contratos públicos también se encuentra vinculado con el servicio objetivo al interés de la comunidad. Es positiva para la sociedad en su conjunto una buena gestión económico-financiera de los recursos y un despliegue de medios adecuado a la finalidad que se pretende conseguir. Este principio de eficiencia es inherente a la contratación pública y no puede interpretarse desde modelos exclusivamente economicistas. Debe velarse por el adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio⁹.

El art. 1.3 LCSP señala que la inclusión de criterios sociales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato proporciona una mejor calidad-precio en la prestación contractual y una mayor y mejor eficiencia de los fondos públicos. Precisamente por este motivo la calidad-precio es una constante en la ley y se hace referencia a su relación con objetivos de interés general incorporados de manera transversal en los contratos administrativos.

Una buena prueba de lo afirmado en el párrafo anterior es que la adjudicación de un contrato administrativo se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación que busquen la mejor calidad-precio (art. 131.2 LCSP) y que, previa justificación en el expediente, los contratos podrán adjudicarse teniendo en cuenta criterios basados en un planteamiento que atienda a la mejor relación coste-eficacia, sobre la base del precio o coste, como el cálculo del coste del ciclo de vida (art. 145 LCSP).

Todas estas exposiciones en relación con la compra pública estratégica deben descender a la realidad concreta y desplegar sus efectos en el día a día de la

⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., «Compra pública estratégica», en *Contratación Pública Estratégica* (coord. PERNÁS, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-80.

⁸ MEDINA, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*» Civitas, Madrid, 2011, pp. 43 a 94; RODRÍGUEZ-ARANA, J., «La contratación del sector público como política pública», en *Contratación Pública Estratégica* (op. cit.), pp. 31-44.

⁹ GIMENO FELIÚ, J. M., «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, 2016, pp. 137-158.

contratación administrativa. De nada sirven disquisiciones metafísicas si se alejan de la realidad práctica. Con ello quiero decir que es fundamental que haya una aplicación real y efectiva en la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación en la contratación administrativa que se configuren de manera coherente y respetuosa con los principios del Derecho comunitario y de la regulación española sobre contratación pública.

3. CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Se ha afirmado en los epígrafes anteriores cómo la contratación pública ha de emplearse con la mirada fija en la Constitución y en los derechos fundamentales de la persona, especialmente, y como no podría ser de otra manera, cuando se habla de cláusulas sociales en la compra pública. Por ello, y sin perjuicio del Derecho comunitario, conviene recordar la posición de la Carta Magna en tanto en cuanto señala cómo la Administración podrá promover el fortalecimiento de la dignidad de la persona (art. 9 CE) y fomentar la libertad y la igualdad (art. 10 CE).

MOLINA NAVARRETE, en referencia a las cláusulas sociales, señala que «*la cultura jurídica asume desde hace largo tiempo, que el “principio social” propio de un “Estado Constitucional de Derecho” debe hacer permeables a todos los sectores del ordenamiento jurídico la idea de “misión social”*»¹⁰. El profesor señala que esta visión social no se revela como una nueva tentación de esnobismo jurídico, sino que apela a señales de identidad genuinas de la economía social de mercado¹¹ representada por la Escuela de Friburgo.

Partiendo del Derecho administrativo constitucional¹² y de los derechos fundamentales de la persona, qué duda cabe que la LCSP es un instrumento adecuado para promover la dignidad humana a través de la contratación pública con la inclusión de cláusulas sociales. Precisamente, ARROYO JIMÉNEZ señalaba cómo la intensidad de la constitucionalización del Derecho administrativo es muy elevada¹³. Consecuencia de la anterior es que a partir del conocido como Derecho administrativo constitucional han de entenderse las instituciones y categorías del Derecho administrativo a la luz de los derechos fundamentales de los seres humanos.

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C., «Cláusulas sociales...», op. cit., p. 80.

¹¹ Ibid.

¹² RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, Universidad del Externo de Colombia, Bogotá, 2009.

¹³ ARROYO JIMÉNEZ, L., «Derecho administrativo y Constitución española», *Revista de administración pública*, núm. 209, 2019, p. 160.

La Carta Magna establece, por tanto, un marco legal orientador para el empleo de la compra pública de manera estratégica para alcanzar fines de interés para la comunidad en su conjunto. El foco de la actuación administrativa, incluida la compra pública, es la efectiva promoción y desarrollo de los derechos fundamentales de las personas.

En relación con lo anterior resulta conveniente traer a colación una afirmación de RODRÍGUEZ-ARANA, para quien las políticas públicas de contratación son instrumentos gracias a los cuales, «*con pleno respeto a la juridicidad, es posible contribuir de manera directa y tangible a un mayor compromiso social*»¹⁴. La mayor manifestación del citado compromiso no es otra que la inclusión de cláusulas de interés social en los contratos públicos.

Pero ¿qué entendemos por cláusulas sociales? Pueden definirse como cualquier tipo de estipulación, normativa o contractual, en virtud de la cual se establecen compromisos específicos (obligaciones) de índole social y laboral en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública¹⁵. Estas cláusulas para que tengan sentido deben ir más allá de la protección básica establecida por el marco regulatorio. Por ello estas cláusulas deben tratar de mejorar las condiciones mínimas previstas legalmente en cuestiones sociales.

Conviene aclarar aquí que estas cláusulas sociales no excluyen la incorporación de cláusulas medioambientales o de innovación. De hecho, puede comprobarse que pueden relacionarse entre ellas. Son complementarias y en ningún caso excluyentes.

Que estas cláusulas en los contratos públicos sean un sistema para fomentar cuestiones de interés social no implica que puedan incluirse de manera arbitraria, desproporcionada o ilimitada. Además, en esta situación se impone la perspectiva ética a la que obligan el buen gobierno y la buena administración, inseparables de la compra pública social. Deberá aplicarse la regulación comunitaria y nacional de los contratos administrativos en cada caso concreto y abordarse desde una perspectiva ética¹⁶.

Se ha afirmado que cabe un uso estratégico, que no oportunista, de estas cláusulas. Dada la diversidad de cláusulas en materia social (que pueden calificarse de «polifuncionales») se exige que se utilicen como una garantía complemen-

¹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «La contratación del sector público...», op. cit., p. 40.

¹⁵ MOLINA NAVARRETE, C., «Cláusulas sociales...», op. cit., p. 92.

¹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J., *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001.

taria a las laborales y sociales ya previstas en la norma y, sobre todo, un instrumento promocional de estándares socio-laborales más favorables¹⁷. Precisamente esta mejora de lo presente ha sido destacada por GALLEGO CÓRCOLES porque no justifican directamente la contratación pero sí conllevan una mejora en relación con la situación preexistente¹⁸.

Estas limitaciones se han puesto de manifiesto en la jurisprudencia comunitaria. ROMEO RUIZ hace referencia en una de sus investigaciones al asunto *Bentjees* o *Regiopost*, que nos recuerda que dichos criterios sociales están condicionados a «*que los mismos guarden relación con el objeto del contrato, deberán publicitarse y concretarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, no podrán otorgar un poder ilimitado de elección al poder adjudicador y deberán someterse a los principios básicos del Derecho de la Unión Europea y muy especialmente al principio de libre concurrencia y no discriminación*», en la medida en que el TJUE siempre ha supeditado su incorporación práctica a la no afeción de la libre competencia¹⁹.

Si se respetan principios como los de transparencia y no discriminación y se mantiene también presente el paradigma de la buena administración en sentido amplio, podemos comprobar que el tándem entre contratación pública y cláusulas sociales puede alentar la política social de la Unión. Las empresas que deseen formar parte del proceso de adjudicación deberán ser conscientes y capaces de asumir dichos compromisos²⁰ de carácter humano para el servicio al interés común.

Se recuerda cómo la LCSP hace múltiples referencias en su articulado a la perspectiva social de la compra pública. El art. 1.3 de esta norma impone la incorporación de manera transversal y preceptiva de criterios sociales siempre que guarden relación con el objeto del contrato. La norma entiende que proporciona una calidad-precio mayor en la prestación contractual e incrementa la eficiencia en el empleo de los fondos públicos. Vemos, por tanto, la vinculación al interés general que tiene la contratación pública a partir de los principios fundamentales de la LCSP y el acervo comunitario.

El art. 28 LCSP indica cómo las entidades del sector público valorarán la incorporación de condiciones sociales en relación con la idoneidad y necesidad del

¹⁷ MOLINA NAVARRETE, C., «Cláusulas sociales...», op. cit., p. 107.

¹⁸ GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas...», op. cit., p. 92.

¹⁹ ROMEO RUIZ, A., «Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, pp. 145-146.

²⁰ MORCILLO MORENO, J., «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, p. 181.

contrato. El art. 35.1 LCSP señala cómo deben tenerse en cuenta estas consideraciones a la hora de definir el objeto y tipo de contrato. Referencia obligada también supone el art. 145.2 LCSP, en virtud del cual podrán incluirse aspectos sociales vinculados al contrato como criterios cualitativos para valorar la relación calidad-precio.

Desempeñan como se ha visto un importante papel en el diseño del objeto del contrato, en el desarrollo de los criterios de adjudicación, la delimitación de los presupuestos para realizar un desempate o las condiciones especiales de ejecución.

3.1. OBLIGATORIEDAD DE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES Y SU VINCULACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO

En la inclusión de las cláusulas sociales lo primero que ha de tenerse en cuenta es su obligada relación con el objeto del contrato. El art. 1.3 LCSP señala que se incluirán este tipo de cláusulas de manera transversal y preceptiva siempre que estas guarden relación con el objeto del contrato. Esto es así porque la norma considera, y así lo afirma, que su inclusión proporciona una mejor calidad-precio. De la lectura de ese artículo se desprende la obligatoriedad de su incorporación y de su vinculación a la necesidad que pretenden satisfacer.

El art. 99 LCSP, en relación con lo señalado en el párrafo anterior, indica que el objeto debe ser determinado y definirse en relación con las necesidades que pretenden satisfacerse. Se definirán de este modo los contratos en los que se considere que pueden incluirse innovaciones sociales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios. Esta fase es crucial, en la medida en que cuando debe decidirse qué comprar o qué construir ha de elegirse aquel producto que más concuerde con los objetivos sociales del poder adjudicador²¹. Podemos comprobar la relevancia del objeto del contrato a la hora de definir los objetivos sociales que se pretenden alcanzar, más allá de cubrir necesidades de los poderes públicos.

La LCSP establece en su art. 122 que en los pliegos de condiciones administrativas particulares se incluirán las consideraciones sociales, laborales y ambientales en forma de criterios de solvencia, adjudicación o condiciones especiales de ejecución. Al respecto de estas últimas, el art. 202 LCSP señala que es obligatorio establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares

²¹ LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E., «Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales* (País Vasco, núm. 31, 2014), p. 142.

al menos una condición especial de ejecución relativa a cuestiones económicas relacionadas con la innovación, aspectos medioambientales o sociales.

Además de la relevancia del objeto del contrato y la necesidad de incorporar cláusulas de carácter social en los pliegos de condiciones administrativas, estas han de encontrarse siempre vinculadas al objeto del contrato.

La Directiva 2014/24/UE señala en el Considerando 98 que los criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción deben estar referidos a las «*obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate*». En esta línea, el art. 67.3 de la Directiva señala que se considera que los criterios están vinculados al objeto del contrato cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse con arreglo a él. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución núm. 897/2019 señala que un criterio de adjudicación está relacionado con el objeto del contrato si se vincula «*bien directamente a las prestaciones en sí mismas objeto del contrato (...) bien a través de los factores que intervienen en alguno de los procesos indicados de sus ciclos de vida, los del objeto del contrato en sentido estricto*». Deben afectar de manera significativa a la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato tal y como se ha definido en las especificaciones técnicas. Si el criterio social no cumple con estos supuestos, deberá ser anulado.

Un ejemplo de criterio social que sí es conforme a Derecho es el que se analiza en la Resolución 235/2019, también del TACRC. En dicha Resolución se considera que un criterio de adjudicación relativo a la Memoria sobre la prestación del servicio que valore en mayor medida las ofertas que introduzcan una mayor tecnificación en los procesos podría servir a la finalidad de la conciliación personal y laboral, «*en la medida en el que el trabajo se hará de forma más eficiente, pudiendo redundar en la finalidad de permitir en mayor medida la conciliación personal y laboral*».

Pero, por otra parte, el TACRC también ha anulado cláusulas sociales al considerarlas no vinculadas con el objeto del contrato. Tal es así en la Resolución 660/2018, en la que anula una cláusula que imponía un mínimo del 50 % de mujeres en plantilla de la empresa en su totalidad, y no al porcentaje de mujeres de la plantilla que ejecutarán la prestación. Considera el Tribunal que no se encuentra vinculado al objeto del contrato.

La salvaguarda de esta conexión es un requisito que se encuentra positivizado tanto en las directivas de contratación pública como en la legislación española sobre contratación pública. En este aspecto, las autoridades comunitarias, a través del *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública*

de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, hacían referencia a que, para asegurar la competencia efectiva entre los operadores económicos y evitar decisiones arbitrarias, los criterios de adjudicación han de estar vinculados al objeto del contrato, no deben conferir una libertad de decisión ilimitada al poder adjudicador y han de estar mencionados de manera explícita en el pliego de condiciones.

A través de esta comunicación se insiste en cómo el empleo de cláusulas sociales, medioambientales o de innovación impulsa a las empresas a presentar ofertas que van mucho más lejos de las meras especificaciones técnicas. Su vinculación al objeto del contrato es una garantía para evitar que algunos operadores económicos de un país concreto puedan verse favorecidos en detrimento de otros Estados miembros, y da seguridad y previsibilidad a las empresas en la toma de decisiones.

3.2. CLÁUSULAS SOCIALES Y CRITERIOS DE EFICIENCIA Y ECONOMÍA

La exposición de motivos de la LCSP indica cómo la eficiencia en el gasto público debe perseguirse en todo momento. En este sentido ya se ha señalado cómo el art. 1.3 LCSP hace referencia a que la inclusión de criterios sociales fomenta una mayor y mejor eficiencia en el empleo de los fondos públicos.

El principio de eficiencia como parámetro para comprobar la corrección de la política pública de contratación tiene fundamento constitucional en el art. 31.2 CE. Una compra pública no basta con que tenga una tramitación conforme con el principio de legalidad, sino que debe respetar los principios de estabilidad presupuestaria y de eficiencia²². Precisamente el art. 334 LCSP, que regula la Estrategia Nacional de Contratación Pública, establece como uno de sus objetivos «*promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público*». De hecho, el conjunto de principios generales de la contratación pública pretende asegurar la eficiencia en el gasto público²³.

²² GIMENO FELIÚ, J. M., «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, 2016, p. 138.

²³ VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, 2018, p. 16.

El principio de eficiencia es inherente a la contratación pública y supera modelos exclusivamente economicistas²⁴. Esto tiene como consecuencia que debe ser valorada también la eficiencia con el cumplimiento de sus fines o sus políticas públicas, teniendo en cuenta objetivos sociales²⁵. Precisamente el *Dictamen del Comité de las Regiones rubricado «La modernización de la política de la contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente»*, fechado en 2011, hace referencia a que han de ser armonizados los objetivos tradicionales de la contratación administrativa con la consecución de valores sociales. La eficiencia es comprendida desde un punto de vista más amplio y global. Se valoran, puede comprobarse, la eficiencia en relación con el interés general y los beneficios sociales concretos que pueden alcanzarse a través de los instrumentos de compra pública.

Se establece una obligación que recae sobre los órganos de contratación de velar para que en los criterios de adjudicación se incluyan aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores que se vinculen al objeto del contrato, en la convicción de que es el mejor sistema para lograr una mejor calidad-precio²⁶. La calidad-precio, se insiste, comprende también la maximización del interés general.

3.3. LA OBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES

Tras el impulso de las directivas comunitarias en materia de contratación pública los Estados miembros han incorporado en sus legislaciones en materia de contratos los principios de objetividad, transparencia, publicidad, no discriminación y libre concurrencia para evitar que la competencia resulte falseada²⁷. En este aspecto se dirigen a promover la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales²⁸.

²⁴ GIMENO FELIÚ, J. M., «Las condiciones sociales en la contratación...», op. cit., p. 2.

²⁵ GIMENO FELIÚ, J. M., «Reglas básicas para mejorar...», op. cit., p. 138.

²⁶ VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Las principales novedades...», op. cit., p. 16.

²⁷ MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books, Oxford, 2015, p. 14.

²⁸ PIÑAR MAÑAS, J. L., «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 50; en MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo derecho...*, op. cit., p. 14.

El Considerando 90 de la Directiva 2014/24/UE señala que la adjudicación de los contratos debe basarse en criterios objetivos que respeten los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato.

Estos principios que presiden la normativa de contratación pública prevalecen sobre cualquier otra función de la normativa sobre la contratación²⁹. Por ello la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación ha de hacerse con pleno respeto a estos principios.

Las cláusulas de mejora de condiciones sociales en los contratos administrativos como criterios de adjudicación deben respetar el Derecho europeo, en especial el principio de no discriminación, y el de libre prestación de servicios y de establecimiento. Tal es así por imperativo del art. 67 de la Directiva 2014/24/UE y de la jurisprudencia del TJUE, y se muestra en reiteradas resoluciones del TACRC, tal como la 764/2018.

Lo anterior implica que un criterio de adjudicación no es admisible si es discriminatorio entre operadores. Es Doctrina del TACRC, por ejemplo, considerar contrarias a derecho las cláusulas que introduzcan el arraigo territorial aunque sean sociales, al establecer una discriminación positiva para los licitadores implantados en el territorio correspondiente (siendo indiferente si son condiciones de solvencia, criterios de adjudicación o condiciones especiales de ejecución). La excepción es la existencia de un interés general objetivo que justifique su imposición, en tanto en cuanto estén relacionadas con el contrato que se pretende celebrar y las necesidades que mediante este pretenda satisfacer (RTA-CRC núm. 76/2016, 391/2016, 644/2015). Se entiende que no son discriminatorias ni afectan a la competencia aquellas que simplemente exijan a los licitadores el cumplimiento de normas generales en el territorio y respeten la autonomía de la voluntad de las partes (RTACRC núm. 160/2016).

Consustanciales a la contratación administrativa son los principios de publicidad y transparencia. GONZÁLEZ RÍOS considera que la transparencia es un principio vertebrador de la compra pública. A falta de una definición de transparencia en la contratación administrativa, en las directivas de contratación debe atenderse a su configuración y al Derecho interno. Aspectos concretos de la transparencia son la previsión de obligaciones concretas de publicidad activa y el respeto al derecho de acceso a la información contractual. De esta manera se reduce la discrecionalidad administrativa en la contratación³⁰ desde el punto de

²⁹ HUERGA LORA, A., «El derecho español de contratos públicos y el derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, 2005, p. 234 y ss.

³⁰ GONZÁLEZ RÍOS, I., «La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa», *REALA*, núm. 12, 2019.

vista de la arbitrariedad. El marco normativo aquí presente se encuentra conformado por el Derecho de contratos del Sector Público y la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que impone, entre otras, obligaciones de puesta a disposición al ciudadano de información sobre los contratos celebrados por Administraciones Públicas desde la vertiente de la publicidad activa.

Matices experimenta en esta materia la contratación pública de emergencia que conviene mencionar, dada la relevancia que en estos días ha mantenido como consecuencia de la crisis humanitaria ocasionada por la COVID-19. En una situación derivada del Estado de Alarma y la emergencia sanitaria es necesario incrementar las obligaciones de transparencia y motivación, más aún cuando nos encontramos ante potestades discrecionales³¹ y tramitaciones de carácter extraordinario por razones de interés general. En estas ocasiones la prioridad es garantizar la salud de las personas partiendo de su dignidad, pero la salvaguarda de su derecho a la salud (art. 43 CE) no es incompatible con el empleo legal y garantista de las herramientas de control de la compra pública, aun en un espectro de excepcionalidad.

Señala CAMPOS ACUÑA que la transparencia es un medio fundamental para garantizar que los procedimientos de contratación se ajusten a los principios que deben regir la contratación pública como la libertad de acceso a licitaciones, publicidad, transparencia y no discriminación³².

Estas obligaciones se trasladan a todos los contratos (salvo las excepciones previstas en la propia LCSP) y afectan, por supuesto, a aquellos que contienen cláusulas sociales. En este tipo de contratos ha de estar presente la transparencia, ya no solo para la mejor satisfacción de las necesidades concretas que requiere el poder adjudicador, sino para la satisfacción indirecta de intereses generales que se encuentran previstos en el contrato.

³¹ HERCE MAZA, J. I., «Transparencia en la contratación administrativa durante la crisis del COVID-19», *El Cierre Digital* (07/05/2020), recuperado de: <https://elcierredigital.com/patio-de-columnas/51760357/transparencia-contratacion-covid19.html>.

³² CAMPOS ACUÑA, M. C., «Medios de publicidad en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. La responsabilidad del secretario en materia de transparencia», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 4, (2018) recuperado en: <https://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMzEwtjM7WY1KLizPw8WyMDQwsDY0NjkEBmWqVlfnJl-ZUGqbVpiTnEqAOslp5o1AAAAWKE>.

3.4. ALGUNAS REFERENCIAS A LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PODER ADJUDICADOR

Es evidente la existencia de la discrecionalidad administrativa en el ámbito de la contratación pública. La discrecionalidad se encuentra desde la determinación del objeto del contrato y pasa por fases como la redacción de los pliegos hasta alcanzar a determinadas decisiones en la fase de adjudicación y ejecución. Las fases y decisiones discrecionales en el marco de la contratación administrativa no son pocas, y en ellas debe estar siempre presente el derecho fundamental a una buena administración.

Se encuentra reconocida por la jurisprudencia la potestad discrecionalidad del poder adjudicador a la hora de configurar el pliego e introducir sus cláusulas (STS de 9 de marzo de 2001) siempre que se encuentren vinculadas al objeto del contrato sin que configuren una libertad de elección ilimitada (STJUE de 24 de junio de 2005, C-331/2004). Ese marco de decisión en la inclusión de las cláusulas en los pliegos incluye la determinación de condiciones de interés general, como las sociales, que han de estar sometidas al principio de legalidad y a la normativa en materia de contratación pública.

Ejemplos de ello los encontramos en la exigencia de la relación de la cláusula con el objeto del contrato, la prohibición de la discriminación y el respeto al principio de libre concurrencia, entre otros. Evidentemente cabe el control judicial de la redacción de los pliegos y de las diversas actuaciones y decisiones de los poderes adjudicadores en el marco de la licitación y ejecución del contrato.

El equilibrio entre el elemento reglado y la discrecionalidad administrativa se nos muestra difícil. En el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, al que ya se ha hecho referencia con anterioridad, se indica cómo limitar en demasía la discrecionalidad de los poderes adjudicadores puede dificultar la puesta en práctica de ciertas decisiones. Estas medidas contra la arbitrariedad y anticorrupción no deben limitar el margen de maniobra que los poderes adjudicadores necesitan para efectuar compras públicas adaptadas a sus necesidades. El juego de pesos y contrapesos entre el elemento reglado y discrecional debe ser equilibrado para no obstaculizar la dinámica de la contratación administrativa y permitir seleccionar la mejor de las ofertas. Muchas veces, por ejemplo, en materia de compra pública de innovación, es necesario valorar ciertos elementos que son apreciables mediante juicios de valor.

Puede apreciarse lo complicado que es establecer una balanza que mantenga la operatividad de la compra pública. Por un lado, se debe otorgar márgenes de decisión a los poderes adjudicadores, y por otro establecer mecanismos de con-

trol de las decisiones administrativas en aras de bloquear posibles arbitrariedades. En esta dualidad es importante mantener el equilibrio evitando caer en la burocracia o visiones cerradas de la actividad administrativa contractual.

Se trata, en definitiva, de emplear fórmulas que mantengan claridad y precisión en las cláusulas, establezcan solo márgenes de valoración estrictamente necesarios para alcanzar la finalidad legítima del contrato y, por supuesto, para que la Administración, una buena administración, emplee de manera ética las facultades discrecionales previstas en el Ordenamiento jurídico de la contratación administrativa.

Existen controles, muchos introducidos a través de la jurisprudencia comunitaria, ante la discrecionalidad administrativa del poder adjudicador a la hora de valorar las distintas ofertas presentadas por los licitadores. En este sentido las cláusulas que contienen elementos reglados o económicos no presentan tantos problemas, en términos de discrecionalidad y una posible arbitrariedad, como aquellas que incluyen amplios marcos de valoración o criterios no económicos. En resumidas cuentas: es necesario que las cláusulas sean claras, precisas y establezcan los márgenes de decisión estrictamente necesarios para la buena marcha del proceso de licitación.

En relación con lo anterior, DÍEZ SASTRE³³ relaciona la jurisprudencia comunitaria sobre el control de la discrecionalidad administrativa con criterios de adjudicación que superan elementos meramente economicistas. Entre los anteriores se encuentran las consideraciones sociales empleadas como criterios para valorar las ofertas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló, en su Sentencia de 4 de diciembre de 2003, Asunto C-448/01, cómo es posible introducir una condición que implicara que la producción de energía en un contrato de suministro de electricidad tuviera como procedencia energías renovables. Ello no implica, señala la profesora, que la configuración de criterios no económicos de libertad de elección al poder adjudicador³⁴, por lo que la discrecionalidad del poder adjudicador debe restringirse. Puede concluirse entonces que la inclusión de elementos sociales, de innovación y medioambientales no implica necesariamente una apertura de puertas a la discrecionalidad administrativa que pueda desembocar en la arbitrariedad.

Una manera conveniente para evitar el abuso de la discrecionalidad administrativa consiste en reflejar de manera transparente y clara los criterios de valoración, de tal manera que se reflejen los objetivos perseguidos por el contrato,

³³ DÍEZ SASTRE, S., «Las cláusulas sociales...», ob. cit., p. 207.

³⁴ STJUE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99.

evitando la confusión de los medios con los fines incorporando elementos confusos³⁵.

VAÑO VAÑO señalaba cómo el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA), presente en el Informe núm. 12/2011, de 28 de octubre, señala que no son admisibles las condiciones sociales, ya como condiciones especiales de ejecución, ya como criterios de adjudicación, que impliquen discriminación entre licitadores. Pueden introducirse cláusulas que favorezcan la lucha contra el desempleo, por supuesto, siempre y cuando no incurran en discriminación³⁶.

Las valoraciones que se efectúen sobre estos criterios sociales deberán realizarse de manera objetiva, con respeto al acervo normativo y, por supuesto, las resoluciones que se dicten deberán ser motivadas. A mayor grado de discrecionalidad, mayor motivación de la decisión adoptada. Precisamente la motivación concreta dependerá de las circunstancias de cada caso en particular. Es lógico que las causas que han determinado una decisión amparada en una potestad discrecional se encuentren concretizadas en un sentido específico³⁷.

Cabe afirmar la existencia de la discrecionalidad administrativa (a) en la configuración de los pliegos y del contrato y (b) en la valoración de aspectos concretos del propio pliego, como por ejemplo los criterios de adjudicación.

En ambas el principal límite a la discrecionalidad ilícita es el propio Ordenamiento jurídico, entendido en el sentido amplio que señala nuestra Constitución a través del art. 103 CE. La Administración Pública se encuentra sometida a la Ley y al Derecho. Para realizar valoraciones justas en aquellas fases de la licitación en las que están presentes facultades discrecionales es conveniente la adecuación y objetivación al máximo posible de los elementos o requisitos a valorar en los pliegos, y una exquisita motivación de la decisión adoptada. Este aspecto es importante en las cláusulas sociales, puesto que deberán ser concretas, claras y precisas.

En fin, la existencia de cierta discrecionalidad en la inclusión de cláusulas sociales en los contratos administrativos no es una potestad ilimitada ni mucho menos, excluida del control judicial. El hecho de que en ocasiones se puedan

³⁵ VAÑO VAÑO, M. J., «Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia», *CIRIEC - ESPAÑA. Revista de la economía pública, social y cooperativa*, núm. 87, 2016.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, J., «Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (Perú), núm. 67, 2011, p. 220.

valorar criterios cualitativos o aspectos en los cuales puedan adoptarse decisiones de manera amplia no es óbice para el respeto al servicio objetivo al interés general y al Ordenamiento jurídico.

3.5. CONDICIONES DE SOLVENCIA

La acreditación de solvencia es un mecanismo previsto en la normativa sobre contratación pública cuya finalidad es establecer una serie de condiciones de aptitud necesarias para contratar con la Administración. Pretende asegurar que el licitador cumpla con las condiciones precisas para ejecutar la prestación del objeto del contrato.

Solo podrán contratar con el sector público, así lo señala el art. 65 LCSP, las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que acrediten su solvencia económica y financiera, y técnica o profesional. Acreditar esta solvencia es una *conditio sine qua non* para contratar con la Administración y dependerá de cada contrato.

El Informe de la Junta Superior de Contratación de la Comunidad Valenciana 4/2017, de 12 de abril, establece un importante límite en relación con los requisitos para contratar. Ha señalado con rotundidad que es causa de nulidad el establecimiento de requisitos para contratar que vayan más lejos de los previstos en la Ley con independencia del buen fin que estos pretendan.

Existe una ligazón al principio de proporcionalidad en la acreditación de la solvencia. El art. 87.4 LCSP determina que la solvencia económica y financiera deberá resultar proporcional al objeto contractual atendiendo al art. 74.2 LCSP, y sin que pueda suponer un obstáculo a la participación de pequeñas y medianas empresas.

En esta panorámica general sobre las condiciones de solvencia cabe preguntarse si pueden incluirse cláusulas relativas a elementos sociales en la fase de selección de los licitadores como condición de solvencia técnica. Desde este punto de vista el órgano de contratación evaluaría si el licitador cumple con las condiciones necesarias para ejecutar el contrato desde un marco relativo a cuestiones sociales. A continuación, se evaluará si pueden incluirse cláusulas sociales como condiciones de solvencia en los contratos del sector público.

Pueden incluirse cláusulas de este tipo en la fase de selección de licitadores como condiciones de solvencia técnica siempre y cuando estén vinculadas al objeto del contrato y estén orientadas a evaluar si el licitador cumple con las condiciones necesarias para llevar a cabo la ejecución de la prestación.

La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea de 15 de octubre de 2001 hacía referencia a que si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social es lícito exigir una experiencia concreta en esta materia para demostrar la solvencia de los candidatos. Por ello se retoma el requisito de vinculación al objeto del contrato visto en epígrafes anteriores, esta vez para determinar la relación entre la prestación y la capacidad técnica. Solo podrán incluirse en el caso de que el contrato tenga un objeto vinculado con aspectos sociales y sea necesaria solvencia técnica en esa misma materia para realizar la prestación.

Un panorama interesante nos ofrece la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid, que indica que las cláusulas sociales únicamente podrán incorporarse como requisito de solvencia en aquellos contratos cuyo objeto requiera para su ejecución que la empresa tenga aptitudes específicas, experiencia acreditada en materia social o conocimientos técnicos concretos. También pueden incluirse en el caso de que, por razón de la naturaleza del contrato, sea preciso que el personal destinado a su ejecución cuente con experiencia en materia socio-laboral.

Se concluye que los requisitos elementales para establecer cláusulas sociales como criterios de solvencia en los pliegos son los siguientes: a) la vinculación con el objeto del contrato, y b) su exigibilidad para su cumplimiento.

No cabe por tanto incluir cláusulas de este tipo como mecanismo de acreditación de solvencia si el contrato no está dirigido expresamente a un fin social y no es necesaria dicha condición para la adecuada ejecución del contrato. La JCCA de Cataluña de 18/2014 ha señalado cómo *«los aspectos sociales se pueden incluir en los criterios de selección técnicos solo si el cumplimiento del contrato exige conocimientos específicos en el ámbito social»*.

La inclusión de condiciones sociales como criterios de solvencia técnica solo cabe en supuestos muy tasados. Únicamente podrán incluirse cuando nos encontremos ante ciertos tipos de contratos en los cuales su objeto esté relacionado con cuestiones sociales. Es necesaria una relación entre la condición de aptitud técnica, el objeto del contrato y su adecuada ejecución.

3.6. PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

Si bien es cierto que el art. 65 LCSP hace referencia a las condiciones de solvencia de los licitadores como requisito para contratar, no deben perderse de vista las previsiones relativas en el art. 71 LCSP sobre las prohibiciones para contratar. Señala este artículo que *«no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el ar-*

título 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias...». No incurrir en estas prohibiciones es un requisito más para contratar con la Administración.

POZO BOUZAS ha hecho referencia a que excluyen del procedimiento de adjudicación a quienes incurren en una serie de supuestos vinculados al incumplimiento de normas esenciales, conflictos de intereses o falta de honorabilidad profesional³⁸. Se establecen en el art. 71 LCSP una serie de prohibiciones que sancionan una serie de comportamientos que son reprochables desde el punto de vista social y medioambiental³⁹.

Desde este punto de vista cabe analizarlo desde dos aspectos: a) prohibiciones expresas ante determinados supuestos sociales y medioambientales, y b) prohibición de contratar consecuencia del incumplimiento de cláusulas esenciales del contrato, entre las que se encuentran las condiciones especiales de ejecución.

Desde el primer punto de vista, la LCSP señala las siguientes prohibiciones para contratar en su art. 71. No podrán contratar con la Administración las personas físicas o jurídicas que:

- Hayan sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio y el medio ambiente.
- Hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente. También se incluye a las que hayan cometido infracciones muy graves en materia laboral o social.
- No se encuentren al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes o, en caso de empresas de cincuenta o más trabajadores, no cumplir el requisito de que, al menos, el dos por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad.

³⁸ POZO BOUZAS, E. G., «Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *El Derecho* (09/03/2018), recuperado de: <https://elderecho.com/las-clausulas-sociales-y-medioambientales-en-la-nueva-ley-92017-de-contratos-del-sector-publico>.

³⁹ *Ibid.*

Puede comprobarse fácilmente que este catálogo prevé condiciones sociales y medioambientales como requisito para contratar con la Administración. No podrá contratar con la Administración aquella entidad que haya atentado contra los intereses generales desde un punto de vista medioambiental o social (si ha sido condenada por sentencia firme por delitos relativos a la ordenación del territorio o medio ambiente o contra los derechos de los trabajadores, por ejemplo).

Es importante tener en cuenta en su determinación y aplicación el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón 15/2016, de 20 de julio, que señala que el establecimiento de prohibiciones de contratar debe hacerse atendiendo a la regulación estatal básica. No cabe, por tanto, efectuar una ampliación de las previsiones allí recogidas más allá del régimen legal establecido.

Pueden, en conclusión, incurrir en prohibiciones para contratar aquellas empresas que hayan incumplido el ordenamiento jurídico en materias como la igualdad, las relaciones laborales y otras cuestiones de índole social. Lo mismo ocurre en aquellos casos en los que incumplen condiciones sociales elevadas al rango de esenciales, o que sean condiciones especiales de ejecución.

3.7. CLÁUSULAS SOCIALES COMO CRITERIOS DE ADJUDUCACIÓN

La finalidad a la que responde el establecimiento de criterios de adjudicación en los contratos administrativos no es otra que permitir al poder adjudicador realizar una comparación objetiva entre las distintas ofertas. Debemos preguntarnos si cabe introducir cláusulas sociales como criterio de adjudicación y cuáles son los límites previstos por el ordenamiento jurídico para su establecimiento.

La Directiva 2014/24/UE hace referencia en sus Considerandos 40 y 99 al importante papel que pueden desempeñar las cláusulas sociales. El control de cumplimiento de las disposiciones sociales y laborales debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, por ejemplo cuando se apliquen los principios generales relacionados con la elección de participantes y la adjudicación de los contratos.

La propia LCSP en su Exposición de Motivos indica que estas consideraciones podrán incluirse tanto *«al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio»*. Precisamente en esa misma Exposición se señala cómo, con el ánimo de favorecer el respeto de los derechos humanos, y en especial hacia los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras, se introduce incluso la posibilidad de que los criterios de adjudicación prevean aspectos sociales del proceso de producción y comercialización.

El art. 145 LCSP indica cuáles son los requisitos de los criterios de adjudicación, señalando que los criterios cualitativos que el órgano de contratación introduzca para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir características sociales. Estas características sociales, señala el mismo artículo, pueden buscar entre otras las siguientes finalidades: fomentar la integración de personas con discapacidad o grupos vulnerables asignados a la ejecución del contrato, la inserción socio-laboral, subcontratación con Centros Especiales de Empleo, conciliación, mejora de condiciones laborales y salariales, estabilidad en el empleo, formación y protección de la salud... En suma, existe un largo elenco de posibilidades que pueden incluirse como criterios de adjudicación.

Precisamente la RTACRC núm. 133/2019 hace referencia a los requisitos impuestos por el Derecho comunitario para valorar la conformidad a derecho de los criterios de adjudicación que incluyen condiciones sociales. Esta Resolución señala, con base en el acervo comunitario, que los criterios de adjudicación (a) deben estar vinculados al objeto del contrato, (b) ser específicos y cuantificables objetivamente, (c) respetar el Derecho comunitario y en especial principios de no discriminación, libre prestación de servicios y establecimiento y (d) publicarse previamente.

La RTACRC núm. 235/2019, de 8 de marzo, estudia las cuestiones sociales que se incluyen como criterios de adjudicación. La precitada Resolución indica que únicamente pueden establecerse como criterios de adjudicación de carácter social aquellos criterios que permitan realizar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato tal y como se define en el pliego de especificaciones técnicas. Ello quiere decir que en cada criterio debe medirse el rendimiento de la oferta en relación con el objeto del contrato.

De lo anterior se desprende que los criterios además de estar vinculados con el objeto del contrato deben permitir realizar una evaluación comparativa entre las ofertas. Deben ser requisitos cuantificables y objetivables que permitan buscar la oferta más ventajosa de conformidad con la LCSP y los criterios que determina que se han de valorar.

Estos parámetros deben valorar las ofertas, y no a las empresas licitadoras. Precisamente por ello, la RTACRC 677/2017, de 21 de julio de 2017, considera que puede valorarse la experiencia del equipo de trabajo como criterio de adjudicación siempre que sea un plus sobre lo exigido como criterio de solvencia profesional.

La Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid núm. 354/2017 considera como válido un criterio de adjudicación relativo a un contrato de servicio para vigilancia y seguridad de los edificios

de un distrito madrileño en el que se cuestionaban los criterios de adjudicación que incluyen elementos sociales. El Tribunal considera que pueden introducirse mejoras en las condiciones laborales y salariales como criterio de adjudicación siempre que se cumplan los requisitos del art. 145.5 LCSP.

3.8. UNA APROXIMACIÓN A LAS ETIQUETAS

El art. 2.1.23 de la Directiva 2014/24/UE y el art. 127 LCSP definen la etiqueta como cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen con ciertos requisitos.

Dentro de los distintos tipos de etiquetas, podemos encontrarnos con las conocidas como etiquetas sociales, que han sido definidas en el Libro Verde *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* publicado en 2001 por la Comisión Europea. Estas etiquetas son unas palabras o símbolos sobre un producto «con las que se intenta influir en las decisiones de compra de los consumidores garantizando el impacto social y ético de una operación empresarial en otras partes interesadas». Las etiquetas forman parte de la compra pública como política en tanto en cuanto buscan la satisfacción de intereses sociales y éticos.

Una lectura de esta definición nos lleva a la concepción de la contratación administrativa como un mecanismo para alcanzar objetivos de interés común. Estas etiquetas de tipo social pueden incluirse, tal y como señala el art. 127 LCSP, en los pliegos de prescripciones técnicas, como criterio de adjudicación o condición de ejecución del contrato. Actúan como un medio probatorio que acredita el cumplimiento de una serie de estándares de interés común, como pueden ser los sociales o los medioambientales.

Estas etiquetas están sometidas a una serie de requisitos para poder incluirse en la compra pública: a) que se refieran a criterios vinculados al objeto del contrato y sean adecuados en relación a él; b) que se basen en criterios verificables objetivamente y no sean discriminatorios; c) que las etiquetas se adopten con arreglo a un procedimiento abierto y transparente⁴⁰; d) que sean accesibles a todos los interesados; e) que los requisitos exigidos para la obtención de la etiqueta hayan sido fijados por un tercero, y f) que no restrinjan la innovación.

⁴⁰ Este principio abierto y transparente deberá contar con la participación de todas las partes interesadas, como organismos gubernamentales, consumidores, interlocutores sociales, fabricantes, distribuidores y organizaciones no gubernamentales (art. 127.1.c LCSP).

El art. 127.2 señala que las etiquetas de tipo social son aquellas relacionadas a la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que cumplan ciertas condiciones⁴¹. La presentación de las etiquetas lo es sin perjuicio de otras posibles formas de acreditar los rendimientos o exigencias funcionales que se definen en ellas.

3.9. LOS INFORMES DE VERIFICACIÓN

El art. 157 LCSP se refiere al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación. Una vez examinadas las proposiciones la Mesa de Contratación formulará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para seleccionar al adjudicatario.

El apartado 157.5 LCSP señala que para valorar las proposiciones que tienen en cuenta criterios distintos al precio, el órgano competente podrá solicitar, antes de formular propuestas, cuantos informes técnicos considere precisos.

Estos informes podrán ser requeridos también a las organizaciones sociales de usuarios destinados a la prestación, a las organizaciones representativas del ámbito de actividad al que corresponda el objeto, a las organizaciones sindicales, a las que defiendan la igualdad de género y a otras organizaciones para la verificación de consideraciones sociales y ambientales.

El órgano competente podrá entonces solicitar informes de verificación a entidades y organizaciones de la sociedad civil que tienen por objeto de su actividad cuestiones sociales y laborales.

3.10. LA INTERDICCIÓN DE CLÁUSULAS QUE SUPONGAN INJERENCIAS INDEBIDAS EN LA POLÍTICA DE LA EMPRESA

Las cláusulas sociales, se ha dicho, son instrumentos articulados para alcanzar fines de interés general. Estas cláusulas incorporadas a los pliegos buscan promocionar objetivos no directamente vinculados a la satisfacción funcional que pretende el contrato, aunque ya se ha visto que han de estar vinculadas a su objeto.

⁴¹ RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. & SANJURJO GONZÁLEZ, C., «La contratación pública desde la perspectiva social» *Revista española de control externo*, núm. 60, 2018, p. 304; GALLEGO CÓRCOLES, I. op. cit., p. 98.

Estás cláusulas deben limitarse al espectro delimitado al contrato, sin suponer una indebida injerencia en la política de la empresa en su conjunto. Este concepto, de carácter indeterminado, debe valorarse y estudiarse en cada caso particular sin perder de vista que, en el fondo, la contratación pública estratégica trata de influir en políticas empresariales. En mi opinión, la injerencia o no en la política de la empresa deberá valorarse a través de la vinculación con el objeto del contrato y su proporcionalidad.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha ratificado la validez de varios pliegos que contienen la obligación de aplicar las tablas salariales del convenio estatal como criterio de adjudicación y como condición especial de ejecución. Estas resoluciones ponen un importante ejemplo que no debe perderse de vista en relación con la injerencia en la política de la empresa: *«así por ejemplo sería admisible que contrato de suministro de energía imponga como condición de ejecución su procedencia de energías renovables para favorecer la no emisión de CO₂ a la atmósfera, pero no puede imponer que la política de la empresa sea esa impidiendo que en su funcionamiento incluya la distribución de energía procedente de fuentes que sí lo emiten»*. Este es el criterio de las RTACP de Madrid núm. 331/2017 y núm. 196/2017.

La intervención en la política de la empresa más allá de las prestaciones objeto del contrato deberá valorarse según el tenor de cada contrato específico, en la medida en que nos encontramos ante un concepto jurídico de carácter indeterminado.

3.11. REPERCUSIÓN EN LA CALIDAD DE LA PRESTACIÓN CONTRATADA

Para entender cómo opera este requisito en la inclusión de cláusulas sociales es necesario entender la compra pública desde una perspectiva amplia. Es necesario comprender que la contratación estratégica puede mejorar la calidad de la prestación de manera indirecta. Todo ello sin perjuicio de que, como ha señalado la profesora GALLEGO CÓRCOLES, su inclusión ha sido, en algunas ocasiones, forzada⁴².

⁴² GALLEGO CÓRCOLES, I., op. cit., p. 103.

El Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su Resolución núm. 150/2017, señala cómo se puede establecer un criterio de adjudicación basado en un elemento no determinante directamente en la calidad del producto a suministrar, como la etiqueta de comercio justo.

En refuerzo de lo anterior, el art. 145 LCSP recuerda que la adjudicación de los contratos partirá de la búsqueda de la mejor relación calidad-precio. Esta relación se evaluará conforme a criterios económicos y cualitativos; entre estos últimos se encuentran los criterios sociales. Ha de buscarse que los criterios sociales repercutan de manera lógica y razonable en la calidad de la prestación contratada sin desvirtuar los principios básicos de la contratación administrativa ni sobrepasar de cargas al contratista.

3.12. RAZONABILIDAD DE LA CLÁUSULA

La presencia del principio de razonabilidad o proporcionalidad en el Derecho administrativo se extiende también a la contratación pública y el establecimiento del clausulado de los contratos administrativos. La regla de la proporcionalidad ha sido aplicada a diversas esferas de la actividad administrativa⁴³. Una de estas esferas es la contratación pública.

Precisamente, LÓPEZ GONZÁLEZ ha señalado que este principio representa una exigencia constitucional para la actividad de todos los poderes públicos⁴⁴. En este sentido el profesor señala que, para entender su aplicación real, debe tenerse presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, sin perjuicio de otras muchas que han continuado su doctrina.

Los tres requisitos son los siguientes: a) que el contenido de la actuación administrativa sea adecuado a los fines que la justifican; b) que la medida sea la necesaria, y c) que resulte equilibrada para el interés general. En la contratación administrativa es necesaria una adecuación entre el valor de lo que se valora y los puntos que se atribuyen, por ejemplo.

⁴³ Son destacables en relación con la proporcionalidad en el Derecho administrativo los estudios de LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, y, del mismo autor, «El principio de proporcionalidad en Derecho administrativo», en *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, 1998, y ARROYO JIMÉNEZ, L., «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo», *Indret, revista para el análisis del derecho*, 2009.

⁴⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., «El principio de proporcionalidad en Derecho administrativo», *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, 1998, p. 154.

Las *Propuestas de mejora para la contratación pública de consultoría y servicios TI* de la Asociación Española de Empresas de Consultoría señala que los criterios sociales, y en especial los de género, deben incluirse bajo los principios de proporcionalidad y gradualidad.

Es el art. 145.5 LCSP el que señala que los criterios de adjudicación *«deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada»*.

En mi opinión, ha de ser proporcional la puntuación que se otorga a la oferta económica en relación con la otorgada a los criterios sociales. Aunque no es necesario una preponderancia de los criterios económicos sí han de tenerse en cuenta para seleccionar la oferta más ventajosa. Por ello la valoración de los criterios sociales ha de ser razonada y razonable en relación con los demás criterios y, entre ellos, los económicos.

La profesora GALLEGO CÓRCOLES ha señalado cómo el principio de proporcionalidad en cada caso concreto dependerá de su configuración y de la naturaleza de la prestación. Para evitar que un criterio sea excesivo, los beneficios que se derivan de un criterio de adjudicación para seleccionar la objetiva más ventajosa deben superar los perjuicios que supone a la libertad empresarial⁴⁵. Debe respetarse la libertad de la empresa y lograr el mantenimiento de los criterios que pueden permitir al poder adjudicador cribar y encontrar la oferta más ventajosa en relación directa con la propia prestación que necesita la Administración.

La RTACRC 970/2016, de 25 de noviembre, declara la nulidad del criterio de adjudicación debido a que la importancia de cada uno de los componentes del servicio no guarda relación con su ponderación de puntuación. Señala el Tribunal que la falta de equilibrio que hay entre las prestaciones y su ponderación en la valoración del precio genera que los licitadores puedan presentar ofertas que perviertan la identificación de la mejor de todas ellas.

El criterio de razonabilidad de la cláusula deberá valorarse en cada caso concreto a la luz del principio de buena administración partiendo del objetivo o finalidad que persiga el contrato y el valor que aporte para alcanzar los objetivos previstos en la licitación. En mi opinión, su configuración no debe perjudicar la libertad de empresa ni ser gravoso para el contratista en exceso, de tal manera que pervierta o rompa el beneficio económico que debe estar presente en el contrato.

⁴⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I., op. cit., p. 103.

4. LAS CLÁUSULAS SOCIALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN PARA LA PROMOCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

En los epígrafes anteriores se ha hecho referencia a la importancia de la inclusión de cláusulas de interés general en los contratos del sector público partiendo del buen gobierno y buena administración de la contratación pública. Se ha demostrado cómo la inclusión de cláusulas de estas características ayuda a la consecución de los fines del Estado social y democrático. Entre esos fines debe resaltarse la promoción de los derechos fundamentales de las personas.

De entre todas las posibilidades de inclusión que ofrece nuestro derecho de contratos destaca su incorporación como condiciones especiales de ejecución frente a, por ejemplo, criterios de adjudicación. De hecho, la CNMC ha recomendado priorizar las condiciones especiales de ejecución frente a los criterios de adjudicación.

La CNMC entiende que la inclusión de condiciones sociales no distorsiona la competencia ni impide el funcionamiento natural del mercado⁴⁶. No obstante, también hay opiniones contrarias que consideran que sí se produce distorsión de la competencia porque se emplean criterios separados del propio contrato⁴⁷. En este punto creo necesario insistir en que una proporcionada y razonable inclusión de estas cláusulas no rompe ni debe romper la dinámica del mercado.

Estas cláusulas sociales proyectadas en el contrato como condiciones especiales de ejecución muestran una importante ventaja frente a su inclusión como criterios de adjudicación, sobre todo desde una aproximación práctica. Si se vinculan a la ejecución no se encuentran directamente relacionadas con las ofertas, sino que son aceptadas en el momento en que el licitador concursa porque se encuentran previstas en los pliegos. Si se incluyen como criterios de adjudicación están vinculadas, sin embargo, a la generosidad que los licitadores manifiesten en la presentación de sus ofertas.

De la buena marcha de la fase de ejecución depende directamente la efectiva realización de la prestación, y por ello el cumplimiento de lo pactado, que no es

⁴⁶ DRAGOS, D. C. & NEAMTU, B., «Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects», en F. LICHÈRE, R. CARANTA y S. TREUMER (eds.), *Modernising public procurement: the new Directive*, DJOEF Publishing, Copenhague, 2014, pp. 301-335, esp. 319, 322, en DÍEZ SASTRE, Silvia, «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *AFDUAM* 21, 2017, p. 202.

⁴⁷ DÍEZ SASTRE, Silvia, «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *AFDUAM* 21, 2017, p. 197.

otra cosa que la necesidad pública a satisfacer⁴⁸. Por ello es fundamental el cumplimiento del contrato en sus estrictos términos y condiciones también en lo que respecta a las cláusulas sociales.

En esta fase se encuentra directamente en juego la satisfacción del interés general objetivo que pretendía satisfacerse a través de la contratación administrativa. En este aspecto es el art. 189 LCSP el que prescribe que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas.

Con la finalidad de hacer valer el interés público que se encuentra presente en todo contrato celebrado por la Administración, ya sea más o menos evidente, la Administración Pública cuenta con una serie de potestades que se ejercitan en la fase de ejecución. Estas potestades deberán ser ejercidas de manera responsable y ética⁴⁹.

En esta fase se concede a la autoridad administrativa la capacidad de inspeccionar las actividades del contratista durante la ejecución, interpretar las cláusulas del contrato, resolver las dudas o controversias sobre su cumplimiento, suspender la ejecución o resolverlo. Estas potestades se encuentran reguladas en el art. 190 LCSP y deberán ejercerse conforme a los principios de la buena administración entendida en un sentido amplio. Esta capacidad del poder público para controlar la ejecución de los contratos administrativos se extiende a las cláusulas sociales que, además, pueden preverse como condiciones especiales de ejecución.

El órgano de contratación, en virtud del art. 202 LCSP, se encuentra obligado a introducir en los pliegos al menos una condición especial de ejecución referida a cuestiones medioambientales, sociales o de empleo. Por ello su inclusión tiene carácter preceptivo.

Las entidades que se presenten a las licitaciones deberán aportar en la documentación general un documento de adhesión y compromiso de cumplimiento de las condiciones sociales. No obstante, la participación en el proceso licitatorio ya tiene como consecuencia la asunción de las condiciones que estén previstas en los pliegos.

⁴⁸ Citado por VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., en «La fase de ejecución de los contratos públicos y su control», disponible en: https://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Panel3PatriciaValcarcel_2c8d66ab%232E%23pdf/chk.3256b7cd78f35ffe86a%20306f0d03d2a5d (recuperado el 15 de enero de 2019).

⁴⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J. I., La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extra 1, 2019, p. 36.

Las condiciones especiales de ejecución pueden emplearse para promover la realización de los derechos previstos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, para la promoción del empleo de personas con dificultades de inserción, para la supresión de desigualdades de género o para promover la conciliación familiar.

Gracias a todos estos instrumentos pueden concretarse cláusulas sociales para promover una situación laboral que sea digna y justa para todos aquellos que realicen actividades laborales derivadas del contrato adjudicado, lo que incluye a los subcontratistas que participen en el proceso de ejecución (art. 202.4 LCSP).

Estas cláusulas como condiciones especiales de ejecución deberán tener una virtualidad realmente práctica. Estas cláusulas deben tener un efecto real y producir una mejora en las condiciones de trabajo existentes de los empleados adscritos a la realización de la prestación prevista en el contrato.

Ha de concretarse el modo en el que se verificará el cumplimiento de dichas condiciones sociales en fase de ejecución. ¿Qué deberá detallarse? El papel del responsable del contrato, la documentación que debe presentar la empresa adjudicataria (declaraciones, certificados, informes...), la periodicidad de presentación y la determinación de los posibles incumplimientos en detalle. Gracias a una adecuada previsión de estas circunstancias en los pliegos se garantiza la seguridad jurídica y de la transparencia. De esta manera se establecen con claridad las reglas del juego.

4.1. LAS CLÁUSULAS SOCIALES RELACIONADAS CON LAS CONDICIONES LABORALES

Estas cláusulas tienen por objetivo lógico mejorar los cánones de dignidad en el trabajo e incrementar la inclusión social. Pretenden ir más lejos de lo previsto legalmente sobre la materia.

Pueden incorporarse cláusulas que impongan al contratista que en las nuevas contrataciones, bajas y sustituciones durante la ejecución incorporen un porcentaje de personas que estén en situación de desempleo e inscritas en las oficinas de empleo.

Otra posibilidad es añadir aquellas que requieren el compromiso de garantizar el respeto de los derechos laborales básicos atendiendo a las Convenciones más importantes de la OIT en, por ejemplo, libertad sindical, trabajo forzoso, discriminación en materia de empleo o abolición del trabajo infantil. Aunque esto

se inserta en el marco del cumplimiento normativo de lo ya existente, considero que es conveniente incluirlo en los pliegos.

También es opción del poder adjudicador promover la inclusión en el mundo profesional de personas que tengan dificultades para acceder al mercado laboral. En este sentido puede establecerse una condición especial de ejecución que imponga al adjudicatario que las nuevas contrataciones de personal que directamente ejecutará el contrato incluyan un porcentaje de personas que pertenezcan a colectivos que sufran de dificultades en el acceso al mercado laboral.

Dentro de este colectivo pueden señalarse aquellas personas con discapacidad física, psíquica, mental o sensorial de al menos un 33 %, mujeres víctimas de violencia de género, desempleados y desempleadas de larga duración, personas internas en centros penitenciarios que puedan tener una ocupación o personas en libertad condicional.

Puede solicitarse al contratista el mantenimiento de la plantilla de trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, sin que proceda la extinción de sus contratos laborales. Para estos casos es importante señalar con claridad que podrán suspenderse o extinguirse los contratos en casos como suspensiones o extinciones que partan de la solicitud del trabajador, despidos disciplinarios, disconformidad de la Administración o modificaciones del contrato por razones pre-supuestarias.

Aunque debe promocionarse la estabilidad en el empleo no debe perderse de vista la realidad de la dinámica empresarial y por ello, siempre salvaguardando los derechos fundamentales de los trabajadores y unas condiciones dignas en el trabajo, debe mantenerse una flexibilidad acorde con la realidad de la actividad de la empresa. Se insiste, como se ha hecho a lo largo de este trabajo, en que las cláusulas sociales han de ser racionales, razonables y proporcionadas, no debiendo intervenir la política general de la empresa.

4.2. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

La eficacia de las condiciones especiales de ejecución en materia social y de igualdad, es evidente, depende del cumplimiento de lo que se encuentra previsto durante toda la vida de la ejecución contractual. Es decir, la satisfacción de fines de interés general y la promoción de los derechos fundamentales de las personas dependen en gran medida de que se cumplan dichas condiciones en el término de lo pactado.

De esta fase depende la satisfacción del interés general a través de la compra pública, y que se ha determinado en el objeto del contrato. Conscientes de que está en juego la satisfacción de los intereses de todos, tanto la Directiva 2014/24/UE, en su art. 18.2, como el art. 189 LCSP hacen referencia al cumplimiento del objeto del contrato que tiene lugar en fase de ejecución. El art. 189 LCSP indica con claridad que los contratos administrativos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas sin perjuicio de las potestades otorgadas a la Administración. Nos encontramos aquí el principio de *pacta sunt servanda* previsto en el art. 1091 del Código Civil, que determina que «*los contratos son obligatorios, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*».

La inclusión de este tipo de cláusulas como condiciones especiales de ejecución constituyen una buena garantía para asegurar el alcance de objetivos sociales, cuyo cumplimiento debe ser controlado a través del seguimiento del responsable del contrato e impuesto a través de las potestades reconocidas a la Administración en la contratación administrativa.

No conviene olvidar aquí el más que relevante papel del derecho fundamental a una buena administración, en la medida en que matiza y orienta el papel de los poderes públicos. En este caso el papel a desempeñar por el responsable del contrato, y la graduación de las posibles penalidades por incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, deben ponderarse en el caso particular y grado de cumplimiento a la luz del principio de proporcionalidad.

No todo incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución ha de llevar aparejado una resolución de contrato, más bien deberá atenerse a las distintas posibilidades existentes y, sobre todo, a lo previsto en los pliegos, que son, como hemos recordado varias veces en este trabajo, *lex contractus*.

5. REFLEXIONES FINALES: LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LAS PERSONAS A TRAVÉS DE LA COMPRA PÚBLICA

La contratación pública, se ha visto, ha superado su concepción tradicional como un mecanismo de provisión de necesidades de la Administración para convertirse en una política pública a través de la cual pueden satisfacerse cuestiones de interés general mediante la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación relacionadas con el objeto del contrato.

Esta visión de la contratación pública como una estrategia para promover cuestiones de interés de todos obliga a comprenderla desde los principios de buen

gobierno y buena administración. El primero debe estar presente en el establecimiento de políticas de contratación, y el segundo en la ejecución de estas políticas. En ambas debe presidir siempre la búsqueda del interés general objetivo que es, además, un mandato constitucional previsto en el art. 103 CE.

La búsqueda del servicio objetivo al interés general debe tener muy en cuenta los derechos fundamentales de las personas (art. 9 CE, art. 10 CE), que en la contratación administrativa se pone especialmente de manifiesto a través de las cláusulas sociales. A través de estas cláusulas pueden perseguirse objetivos de inclusión, igualdad o derechos laborales superando los estándares previstos en las normas sectoriales.

Aunque las previsiones sociales en la compra pública se encuentran muy presentes en la LCSP y en prácticamente todas sus fases debe discutirse en qué fase del contrato es más conveniente incluirlas en aras del fomento de su eficacia y de garantía de los principios comunitarios. En mi opinión la fase más apropiada para su inclusión es la fase de ejecución como condiciones especiales.

La ejecución del contrato es una de las fases más importantes, en la medida en que está en juego la satisfacción funcional que se busca a través del contrato administrativo, por lo que la figura del responsable del contrato se yergue como garantía del cumplimiento a través de sus labores de seguimiento y control. Este responsable del contrato deberá vigilar su correcta ejecución, lo que incluye las cláusulas sociales establecidas como condiciones especiales de ejecución.

Debe recordarse que en los pliegos puede optarse por diversas opciones para perseguir su incumplimiento: atribuirles el carácter de obligación contractual esencial, establecer penalidades o considerarlos como infracción grave.

Estas cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución y evidentemente de cumplimiento exigible por el órgano de contratación pueden destinarse a la mejora de condiciones laborales, la promoción de la igualdad o la inclusión social. Por ello son un fantástico mecanismo para promover los derechos fundamentales de las personas como la igualdad (art. 14 CE) o el derecho al trabajo digno (art. 35 CE), entre muchos otros.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO HIGUERA, C., *Manual del secretario. Teoría y Práctica del Derecho Municipal*, tomo II, Atelier, Barcelona, 2002.

ARROYO JIMÉNEZ, L., «Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo», *Indret, revista para el análisis del derecho* 2009.

— «Derecho administrativo y Constitución española», *Revista de administración pública*, núm. 209, 2019.

CAMPOS ACUÑA, M. C., «Medios de publicidad en la Ley 9/2017, de contratos del sector público. La responsabilidad del secretario en materia de transparencia», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 4, 2018, recuperado en: <https://el-consultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMS-bF1CTEAAiMzEwtjM7Wy1KLizPw8WyMDQwsDY0NjkEBmWqVLfnJIZUGqbV-piTnEqAOslp5o1AAAAWKE>.

CHAVES, J. R., «Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad», disponible en: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buenaadministracion-nuevo-paradigma-de-control-de-ladiscrecionalidad/> [fecha última consulta: 19 de mayo de 2015].

CHICANO JÁVEGA, E. & RAMÓN RODRÍGUEZ-CASTAÑO, A. R., «Las cláusulas sociales en la contratación pública: estudio de la Instrucción 1/2016 del Ayuntamiento de Madrid», *Revista Española de Control Externo*, núm. 55, 2017.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2005.

DÍEZ SASTRE, S., «Las cláusulas sociales en la contratación pública», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, Madrid, 2017.

GALLEGO CÓRCOLES, I., «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *Documentación Administrativa: nueva época*, núm. 4, 2017.

GIMENO FELIÚ, J. M., «Compra pública estratégica», en *Contratación Pública Estratégica* (coord. PERNÁS, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

— «Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 82, 2016.

GONZÁLEZ RÍOS, I., «La transparencia como principio vertebrador de la contratación pública: significado y problemas de articulación normativa», *REALA*, núm. 12, 2019.

HERCE MAZA, J. I., «La asociación para la innovación desde la óptica de la buena administración (I): buena administración y compra pública de innovación», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 17, 2019.

— «Transparencia en la contratación administrativa durante la crisis del COVID-19», *El Cierre Digital* (07/05/2020), recuperado de: <https://elcierredigital.com/pa-tio-de-columnas/51760357/transparencia-contratacion-covid19.html>.

— «La asociación para la innovación desde la óptica de la buena administración (II): la asociación para la innovación», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 18, 2019.

HUERGA LORA, A., «El derecho español de contratos públicos y el derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, 2005.

LARRAZABAL ASTIGARRAGA, E., «Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos», *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 31, 2014.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.

— «El principio de proporcionalidad en Derecho administrativo», *Cuadernos de derecho público*, núm. 5, 1998.

MEDINA, T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011.

MEILÁN GIL, J. L., «El paradigma de la buena administración», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16, A Coruña, 2013.

— «La buena administración como institución jurídica», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, 2013.

MIRANZO DÍAZ, J., «Hacia una Administración Pública Sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública», *Actualidad jurídica ambiental*, núm. 64, 2017.

MOLINA NAVARRETE, C., «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites», *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 135, 2016.

MORCILLO MORENO, J., «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016.

MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0.*, Chartridge Books, Oxford, 2015.

POZO BOUZAS, E. G., «Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público», *El Derecho* (09/03/2018), recuperado de: <https://elderecho.com/las-clausulas-sociales-y-medioambientales-en-la-nueva-ley-92017-de-contratos-del-sector-publico>.

PIÑAR MAÑAS, J. L., «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ-GRAELLS, A., «A deformed principle of competition? – the subjective drafting of article 18(1) of Directive 2014/24», en *Reformation and deformation of the EU public procurement rules* (coord. SKOVGAARD OELYKKE, G. & SÁNCHEZ-GRAELLS, A.), Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

— «La contratación del sector público como política pública», en *Contratación pública estratégica* (coord. PERNAS, J.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

— *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, Global Law Press, Sevilla, 2015.

— «Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo», *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (Perú), núm. 67, 2011.

— *La dimensión ética*, Dykinson, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. & HERCE MAZA, J. I., «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extra 1, 2019.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. & SENDÍN GARCÍA, M. A., *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada, 2014.

RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R. & SANJURJO GONZÁLEZ, C., «La contratación pública desde la perspectiva social», *Revista española de control externo*, núm. 60, 2018.

RODRÍGUEZ PÉREZ, R. P., «Instrumentos de control de la contratación pública. La intervención de la mesa de contratación y del responsable del contrato», *Auditoría Pública*, núm. 72, Madrid, 2018. Disponible en: <http://asocex.es/wpcontent/uploads/2018/11/Revista-Auditoria-Publican%C2%BA-72-pag-27-a-36.pdf>.

ROMEO RUIZ, A., «Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018.

SIRVENT ALONSO, C., «Compra y contratación pública verde», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 18, 2010.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La fase de ejecución de los contratos públicos y su control», disponible en: https://www.obcp.es/sites/default/files/documentos/documentos_Panel3-Patricia-Valcarcel_2c8d66ab.pdf (recuperado el 15 de enero de 2019).

VAÑO VAÑO, M. J., «Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia», *CI-RIEC - ESPAÑA. Revista de la economía pública, social y cooperativa*, núm. 87, 2016.

VILLAREJO GALENDE, H. & CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, 2018.