

LAS “CLÁUSULAS SOCIALES” EN LA LEGISLACIÓN CONTRACTUAL

I. Antecedentes.

1º. Del “contrato social” a los contratos sociales.

Cuando Jean-Jacques Rousseau concibió su ideal de “contrato social”, estaba -en realidad- pensando en más antisocial de los contratos. El “ciudadano” llega a un pacto con la sociedad para entregar parte de su libertad y de su actividad a cambio de unas determinadas prestaciones “sociales” más o menos equivalentes: doy para que se me dé. Si doy cien, que se me den cien. El que no puede dar más que diez, que reciba sólo diez.

La idea así concebida por el filósofo al calor del confort de su lujosa residencia ginebrina (marco ideal para concebir un “contrato social” que deja fuera a quien no puede costárselo) no era en absoluto nueva. La noción de contraprestación recíproca equivalente como base de las relaciones sociales ya había sido elaborada por los romanos. Fueron los llamados “bárbaros” quienes insistieron en un nuevo concepto: la “fides”, o valor intrínseco de servir a aquél o a aquello que se considera de mejor condición. En las llamadas “edades oscuras”, la “fides” se dirigía primordialmente hacia los “señores”. Pero el concepto se trasladó también hacia determinados valores dignos de ser servidos por sí mismos, con independencia del “valor de mercado” que fueran capaces de generar.

Pues bien, en la contratación pública ha de ser el interés público quien ejerza el señorío, y a él han de subordinarse Administración y contratistas. Y el interés público incluye la protección de los sectores sociales que, por diversas circunstancias, no están en condiciones de procurarse por sí su propio bienestar.

La pugna entre estas dos nociones (contrato entendido sólo como contraprestación recíproca equivalente o, por el contrario, contrato diseñado como instrumento del interés público y de la política social) se ha manifestado a través de la historia de diversos modos. El siglo XIX marcó la edad de oro de la subasta: renuncia absoluta a articular cualquier tipo de política social por medio de la contratación administrativa, y prestación de servicios públicos en las condiciones más baratas posibles, para los ciudadanos incapaces de pagárselos. Las condiciones dickensianas de hospitales públicos, hospicios, comedores de parados... daban buena muestra de ello.

Pero no fue la constatación de las paupérrimas condiciones de los servicios públicos para “pobres” del siglo XIX la que abrió nuevos horizontes a la contratación pública. Tuvo que perderse -en 1898- hasta la última tabla de una escuadra de barcos contruidos por el procedimiento de “hágase lo más barato” para que se empezaran a vencer determinadas resistencias conceptuales.

En efecto, la política de ahorro a ultranza de recursos públicos no sólo condujo a la desatención de sectores necesitados, sino también, por ejemplo, al envío a Cuba de una escuadra cuyos “acorazados” eran de madera y de materiales de bajo coste, y cuyo proyectado buque insignia se ganó el apodo de “El Espontáneo” cuando estuvo a punto de hundirse a causa de defectos de materiales y diseño nada más deslizarse sorpresivamente al agua en una “autobotadura” ocurrida días después de la fallida botadura oficial. No es motivo de alegría que hubiera sido precisamente éste el primer aldabonazo sustancial en las conciencias de los detentadores del poder, pero el hecho es que a partir de este momento comienza a ganar terreno la noción de que, en la acción pública, lo más barato no es siempre lo mejor. De ahí se ha ido llegando, paulatinamente, hasta vislumbrar ya las posibilidades de inserción social de colectivos desfavorecidos que la contratación pública ofrece.

Estas posibilidades se articularon a través de nuevas fórmulas de contratación>:

- **El concurso:** implica utilizar otros criterios de adjudicación, además del precio. Es un procedimiento relativamente lento y formal (obliga a aprobar oficialmente un expediente, constituir una mesa de contratación, anunciar la licitación por Boletín Oficial y a un gran número de pasos formales para poder adjudicar el contrato). Por encima del umbral de 20 millones en obras y de 5 en asistencias y suministros, se puede optar entre el concurso o la subasta.

- **El procedimiento negociado sin publicidad:** también permite utilizar otros criterios de adjudicación además del precio, pero de un modo menos formal y mucho más rápido (no hay un “expediente” previo, sino sólo unas reglas de actuación para el gestor, que se limita a consultar a tres empresas, al menos -si es posible-, cumpliendo los requisitos legales previstos para tales consultas). Opera en cuantías hasta 2 millones de pesetas en contratos de asistencia, hasta 2 o 3, según los casos, en suministros, y hasta 5 millones en obras.

- **El procedimiento negociado con publicidad:** es un procedimiento intermedio, abierto a todos los licitadores que deseen participar (no sólo a los que la Administración decida consultar), pero con muchos menos trámites que el concurso (no hace falta Mesa de contratación, la publicación de anuncio en el Boletín Oficial se sustituye por anuncios en prensa e Internet, los pasos internos son muy sencillos; todo ello para facilitar la modificación de las condiciones iniciales en una fase de negociación con los licitadores presentados, si se considera oportuno negociar dichas condiciones iniciales). Coincide con los anteriores en que también permite utilizar otros criterios de adjudicación además del precio. Opera en la franja de cuantías intermedia entre el concurso y el procedimiento negociado sin publicidad.

2º. Las primeras cláusulas sociales en la legislación.

Uno de los primeros hitos lo marca la Ley de 7 de abril de 1982, que regula (como un auténtico derecho, por fin) los servicios sociales para discapacitados otorgando preferencia a las entidades sin ánimo de lucro para gestionarlos. La Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, sigue su estela. El lamentable reflujo viene de la mano de la Ley de presupuestos para 1988 y de normas reglamentarias de la segunda mitad de los años noventa, que sirven de base (inconstitucional, por cierto) a un proceso de retirada práctica de dicha preferencia en beneficio de determinadas empresas con voraz ánimo de lucro.

A pesar de este revés, la admisión de cláusulas sociales en la contratación administrativa logra un cierto reconocimiento por medio de la Ley Foral de Contratos de 1998. Esta Ley Foral recoge avances anteriores, como la prohibición de contratar con quienes sean sancionados por incumplir las normas de seguridad e higiene en el trabajo. Pero, además, obliga a introducir en los Pliegos de Cláusulas Administrativas cláusulas que incluyan los siguientes criterios de adjudicación:

- Criterio de valoración positiva en baremos de concurso cuando se cuenta con personal eventual en proporción menor al 10% (art. 61).

- Criterio de valoración positiva en baremos de concurso cuando se cuenta con el personal minusválido que se cita en proporción superior al 3% para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos (art. 61).

- Criterio de preferencia en caso de empate para empresas con más de un 2% de personal minusválido (D. Adicional 9ª, al socaire de la 8ª de la LCAP de 1995).

- Exigencia de al menos un 3% de personal con determinadas minusvalías para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos a empresas de más de 25 trabajadores.

Además, determinadas Administraciones han previsto reglamentariamente otros criterios adicionales (por ejemplo, Orden Foral 26/2000, de 27 de marzo, de Bienestar Social, que prevé la valoración de situaciones de exclusión como criterio de adjudicación de sus contratos, hasta un 3% del baremo).

Dejando a un lado el incumplimiento de la preferencia para entidades sin ánimo de lucro en los contratos de gestión de servicios sociales, el mayor problema de este tipo de previsiones es el siguiente: **al no haberse cuantificado una ponderación mínima de estos criterios “sociales”, su incidencia real se puede reducir fácilmente a niveles cercanos a lo simbólico. A cualquier Decreto Foral, Orden Foral u Ordenanza municipal que prevea criterios de este tipo se le debería exigir una ponderación mínima en el baremo de adjudicación: no “hasta el 3%”, sino “como mínimo, el 3%”, por ejemplo.**

II. Posibilidades de incluir cláusulas sociales en la contratación pública.

a) Criterios de adjudicación.

a.1) Concursos.¹

Como ya hemos apuntado, la Ley Foral de Contratos, establece como obligatorios determinados criterios “sociales” en los concursos. Recordémoslos:

- Criterio de valoración positiva en baremos cuando se cuenta con personal eventual en proporción menor al 10% (art. 61).

- Criterio de valoración positiva en baremos cuando se cuenta con el personal minusválido que se cita en proporción superior al 3% para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos (art. 61).

- Criterio de preferencia en caso de empate para empresas con más de un 2% de personal minusválido (D. Adicional 9ª, al socaire de la 8ª de la LCAP de 1995).

- Exigencia de al menos un 3% de personal con determinadas minusvalías para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos a empresas de más de 25 trabajadores.

Pero también es cierto que la legislación foral, siguiendo erróneamente la estela europea², **no acepta la inclusión de otros criterios “sociales” distintos de los**

¹ Las Directivas de la CEE (V. Sentencia del Caso Beentjes, 20 de septiembre de 1988, relativo a una empresa a la que se contrató para efectuar una concentración parcelaria teniendo en cuenta en sentido positivo la contratación de parados locales) plantean algunas dificultades cuando se trata de criterios “sociales” de adjudicación.

Las Directivas no permiten valorar en la fase de selección de contratistas criterios que puedan ser causa de discriminación entre distintos países europeos. A este respecto, las diferencias de régimen entre distintos países pueden fácilmente dar lugar a tales situaciones “discriminatorias”. Por poner un ejemplo, puntuar en el baremo la contratación fija de más de un 90% del personal puede ser engañoso cuando se trata de legislaciones que reconocen despidos muy baratos frente a aquéllas en la que el despido es mucho más caro. No es lo mismo un tipo de contrato fijo que otro. Y un país puede reconocer como minusvalía una discapacidad que otro no reconoce como tal. A estas dificultades se añade otra más general: si se introduce este tipo de criterios (y no se incurre en “discriminación”, cuestión, como se ve, muy difícil de asegurar “a priori”), ha de hacerse en una fase restringida previa, no en la fase de concurso propiamente dicha. En esta última fase, las empresas que hayan superado el listón mínimo de puntuación de la fase restringida (con o sin la ayuda del criterio “social” correspondiente) quedan en posición igual, y dependen casi totalmente del valor económico de su oferta, de modo que, en el momento decisivo, la empresa con mayores costes sociales queda en desventaja.

De todos modos, las Directivas sólo son aplicables por encima de umbrales económicos muy elevados (más de 830 millones en obras y de 34 en servicios y suministros).

² Las razones de este erróneo seguidismo en un ámbito que las propias Directivas, por muy buenas razones, excluyen de su aplicación, son las apuntadas en la nota 1. Pero en Navarra no se plantea el problema de control de contrataciones lejanísimas en el espacio e ignotas en su contenido que sí se da cuando se trata de ejercer el control desde Bruselas y que ha llevado a la CEE a aceptar este tipo de restricciones como mal menor. No hay razón para aplicar miméticamente las mismas restricciones, y desnaturalizar el concurso en vez de optar por su adecuado control.

anteriores en la fase de concurso propiamente dicha, sino sólo en el “procedimiento restringido” de preselección de participantes en el concurso.

Para aclarar este punto, supongamos que se desea favorecer a empresas que cuenten en su personal con personas toxicómanas en rehabilitación. En un concurso, este criterio se podrá utilizar en la fase restringida previa, que superarán las empresas con mayor puntuación (al menos cinco, siempre que sea posible).

Pero, en la fase propiamente de “concurso” entre las cinco, seis o diez empresas preseleccionadas, no se podrá utilizar el citado criterio, ni ningún otro que se refiera a las características de la empresa. Por eso, en la práctica, el concurso se adjudicará casi siempre a la empresa que formule la oferta más barata de entre las preseleccionadas.

De estas limitaciones se derivan las siguientes consecuencias:

1º. Los criterios distintos de los permitidos en la Ley Foral sólo pueden utilizarse en la fase de preselección previa al concurso, no en el concurso mismo. De entre los preseleccionados, se seleccionará en general al que presente la oferta más económica (o técnicamente mejor, si caben alternativas), con independencia de factores “sociales”.³

2º. En cuanto a los criterios “sociales” de adjudicación admitidos por la Ley, ya expuestos, no tienen una ponderación mínima obligatoria (con excepción de lo relativo a la preferencia de las entidades sin ánimo de lucro para gestionar servicios sociales, inconstitucionalmente obviada por una Ley Foral de presupuestos, pero que se ha de considerar vigente, aunque se esté incumpliendo). En los demás contratos administrativos, **al no haberse cuantificado una ponderación mínima de estos criterios “sociales”, su incidencia real se puede reducir fácilmente a niveles cercanos a lo simbólico. A cualquier Decreto Foral, Orden Foral u Ordenanza municipal que prevea criterios de este tipo se le debería exigir una ponderación mínima en el baremo de adjudicación: no “hasta el 3%”, sino “como mínimo, el 3%”, por ejemplo.** Si valoramos la existencia en plantilla de un mayor porcentaje de personal fijo o de personas minusválidas un 0,00001% del total del baremo, cumplimos formalmente uno de los criterios legales, pero no se puede decir que hagamos política social, precisamente.

A todo ello se añade el hecho de que en la Ley no se especifican los medios de prueba de estos criterios (relativamente sencillos en casos de minusvalía, toxicomanía, edad,... pero más complicados en aspectos como el paro o el porcentaje de personal fijo, dado que ya no existe un monopolio de acreditación de estas circunstancias en un organismo público. A la vista de esta situación, conviene incluir previsiones específicas sobre acreditación de los extremos algo más difíciles de comprobar (podría ser: presentación de TCs o de documentos como la E.P.A., por ejemplo).

³ En cuanto al criterio de priorizar cooperativas, S.A.L. y Fundaciones como formas jurídicas “sociales”, parece que debería seguirse este mismo criterio de valorarlos en esta fase. Con una matización interesante: el Tribunal Supremo ha admitido que determinadas contrataciones se restrinjan exclusivamente a este tipo de entidades.

a.2) Procedimientos negociados: **En los procedimientos negociados, con y sin publicidad (hasta 20 millones en contratos de obras, hasta 10 en contratos de servicios y suministros) no existe esta limitación. Pueden utilizarse cuantos criterios de adjudicación de carácter social se consideren convenientes.**

Ahora bien: ¿es obligado utilizar criterios de este tipo en todos los procedimientos negociados? Veamos:

Ya se ha indicado que, al no haberse establecido ponderaciones mínimas en la Ley, es fácil reducir este tipo de criterios hasta niveles casi simbólicos. Pero es que incluso estas exigencias tan modestas afectan sólo a “Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares”; por tanto, han de utilizarse necesariamente en todos los concursos, pero no necesariamente en los negociados, porque este tipo de Pliego no es el que rige en las contrataciones negociadas. De este modo, la Ley deja un portillo de escape que sería muy conveniente cerrar por medio de alguna iniciativa legislativa.

Sin embargo, **cuando se trata de contratos de gestión de servicios sociales, sí es legalmente obligatorio otorgar preferencia a entidades sin ánimo de lucro para gestionarlos** (V. Ley de 7 de abril de 1982 y Ley Foral de Servicios Sociales de 1983). El precepto que pretendió impedirlo y que hoy se aplica, potenciado por Reglamentos igualmente inválidos del Departamento de Bienestar Social, es inconstitucional; entre otras razones, por contenerse en una Ley Foral de Presupuestos, conforme a la actual doctrina del Tribunal Constitucional.

También se debe otorgar preferencia, pero sólo en caso de empate, a empresas con más de un 2% de personal minusválido al adjudicar cualquier contrato de gestión de servicios públicos (La D. Adicional 9ª, que se refiere a este caso, no habla de “Pliego de Cláusulas Administrativas”, sino de “contrato”, a secas).

Pero, en una perspectiva de futuro, **el dato fundamental es, sin duda, el siguiente: En los procedimientos negociados, con y sin publicidad (hasta 20 millones en contratos de obras, hasta 10 en contratos de servicios y suministros) pueden utilizarse cuantos criterios de adjudicación de carácter social se consideren convenientes**

b) Condiciones del contrato.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Foral de Contratos (“La Administración podrá concertar los pactos ... que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”) se pueden imponer condiciones “sociales” a los adjudicatarios de contratos públicos.

Esta es una vía ya probada⁴. Se viene utilizando con éxito en casos como el programa catalán “Posat’a punt” y otros de determinados Ayuntamientos.

Cabría incluso obligar al licitador que resulte adjudicatario a formar una Unión Temporal de Empresas, conforme a una participación preestablecida, con alguna empresa vinculada a actividades de tipo social. A este respecto, el artículo 159 de la Ley Foral, para casos de concesión de obra pública (por ejemplo, un tramo de autopista para construirla y después explotarla) permite a la Administración obligar al concesionario a ceder al menos un 30% del valor de la obra a otras empresas que reúnan los requisitos “sociales” que se determinen.

Entendemos que no debe aplicarse al caso la limitación del artículo 3.h) de la Ley Foral de Contratos (que permite excluir la concurrencia al adjudicar a una empresa cuando se trata de sociedades públicas, pero sólo si son de la misma Administración contratante), porque no se trata de adjudicar el contrato en su globalidad, sino de una subcontratación o participación parcial, que sí puede pactarse en favor de otro tipo de empresas, siempre que se haya motivado debidamente por razones sociales y que el proceso de selección y el funcionamiento interno de las empresas sea intachable. Ahora bien, dado que la legislación de contratos traslada la **responsabilidad** del contratista a la Administración cuando se deriven daños de instrucciones emanadas de esta última, y que la inclusión de cláusulas sociales responde a un criterio decidido por el poder público, parece lógico exonerar a la empresa contratista de los daños y perjuicios ocasionados por la empresa social en la actividad subcontratada, excepto cuando se aprecie culpa del contratista.

¿ Cómo hacerlo?

- **Selección de personas y empresas beneficiarias de cláusulas sociales.** Se puede hacer:

1º. Estableciendo criterios objetivos: por ejemplo, disponer la contratación de parados de más de 45 años o con más de uno o dos años de paro, jóvenes sin empleo hasta determinada edad, personas con minusvalías, excarcelados, personas en rehabilitación de toxicomanías, etc.,... de empresas que cuenten con un determinado porcentaje de trabajadores en esta situación, o de empresas con una configuración jurídica “social” o sin ánimo de lucro (cooperativas, S.A.L, Fundaciones y Asociaciones...).

⁴ No es apenas problemática ni tan siquiera en los contratos sujetos a Directivas europeas, de más de 830 millones en obras, más de 34 en servicios y suministros, siempre y cuando, en contratos de esas cuantías tan elevadas, se planteen condiciones cumplibles por los licitadores de cualquier país: por ejemplo, contratar a parados de la zona o subcontratar empresas locales con una determinada composición de plantilla para efectuar la obra o prestar el servicio.

2º. En su caso, exigiendo además una actitud activa de búsqueda de la inserción laboral: por ejemplo, manifestación expresa de voluntad de participar en determinados programas de inserción laboral.

Cuando se imponga también este segundo requisito para poder beneficiarse de cláusulas sociales, se debe actuar con cuidado, por las siguientes razones: ni suelen crearse plazas suficientes en estos programas de inserción laboral para todos los posibles solicitantes, ni se da suficiente publicidad al programa, ni, con frecuencia, la selección de personas para estos programas es todo lo transparente y objetiva que sería deseable; en absoluto. Tampoco el funcionamiento interno de tales programas es siempre idóneo, en particular cuando se trata de minusválidos.

Por esta razón, debería considerarse suficiente un compromiso escrito de tomar parte en tales programas si hay plazas disponibles; sin exigir como requisito inexcusable la participación efectiva cuando ésta no es posible para determinados aspirantes.

- Articulación práctica de las cláusulas.

Cuando se trate de obligar directamente al adjudicatario a contratar a trabajadores o empresas en virtud de cláusulas “sociales”, se debe especificar con total precisión de qué puestos se trata, su ubicación, contenido y funciones. Asimismo, los Pliegos o condicionados deben prever específicamente las partidas del presupuesto a ejecutar por subcontratación:

- Se puede prever un **precio fijo** para las mismas (supuestos hasta cierto punto análogos se han dado con relativa frecuencia en las licitaciones de comedores escolares, por ejemplo, en las que se exigía pactar la subrogación en los derechos y deberes relativos al comedor y a su personal anterior).

- Cabe también prever un **porcentaje fijo de participación** de la empresa social en la ejecución de la prestación a cambio de la realización de unas tareas determinadas, pero, en tal caso, las ofertas más económicas repercutirán en una menor retribución a la empresa “social”. Un modo de paliar este efecto puede ser introducir un mecanismo corrector por vía de subvención para la empresa “social” en caso de que su retribución descienda por debajo de un umbral mínimo prefijado (la “subvención-contrato” es admitida por la jurisprudencia por este tipo de motivaciones).

En segundo lugar, las **condiciones técnicas** han de ser las especificadas en el Pliego o condicionado técnico del contrato. Las exigencias de clasificación podrían ser aplicables a este tipo de empresas en la medida en que su participación lo requiriese, pero sólo en casos de obras o servicios de gran envergadura.

En tercer lugar, las **demoras de plazo** ocasionadas por retrasos de la empresa “social” superiores a los límites establecidos en los condicionados técnicos han de repercutir automáticamente en un incremento del plazo para el contratista principal.

Conclusión:

La ruta jurídica así jalonada permitiría avanzar hacia un auténtico “contrato social” real. La legislación actual impone un nivel relativamente bajo de exigencia “social” a la contratación administrativa; pero se debe reparar en el hecho de que, al menos, **no impide** desarrollar una política de contratación de carácter social a las Administraciones con inquietudes de este tipo. Ahora bien, sólo conociendo bien las herramientas disponibles se podrán dar los primeros pasos en esta materia, imbricando la gestión pública con las exigencias de justicia que se deben derivar de su servicio a seres humanos, y no a tótems tecnocráticos.