

La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa

Laura María Melián Chinaea

*Personal docente e investigador en formación (FPU)
en el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de La Laguna*

Extracto

El fenómeno de la descentralización productiva conduce, generalmente, a un notorio debilitamiento de los derechos laborales. Con el fin de lograr una mayor protección de las personas trabajadoras, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, determina la obligatoriedad de incluir cláusulas sociales en la contratación administrativa con el fin de garantizar una compra pública responsable. Las cláusulas sociales están dirigidas a favorecer, entre otras cuestiones: la estabilidad en el empleo; la igualdad; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; y la promoción del empleo para personas en situación o riesgo de exclusión social. Ahora bien, el procedimiento administrativo común previsto en la citada norma no es aplicable en supuestos excepcionales, como en la adjudicación de contratos públicos durante la pandemia ocasionada por la COVID-19. El artículo 120 de la citada ley reconoce que «cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional» se acudirá a la tramitación de emergencia.

Palabras clave: descentralización productiva; sector público; compra pública responsable; cláusulas sociales; supuestos excepcionales (COVID-19).

Fecha de entrada: 16-04-2020 / Fecha de revisión: 02-05-2020 / Fecha de aceptación: 02-05-2020

Cómo citar: Melián Chinaea, L. M.^a (2020). La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 71-98.



Outsourcing in the public sector: the inclusion of social clauses in administrative contracts

Laura María Melián Chinaea

Abstract

Outsourcing usually leads to a remarkable weakening of workers' rights. In order to reach a better protection of employees, the new Spanish Act 9/2017, November the 8th, on public sector contracts, which transposes into national law Directives 2014/23/UE and 2014/24/UE, stipulates the obligation to include social clauses in administrative contracts to ensure a responsible public purchasing. These social clauses can be defined as the inclusion of social policy issues into the public procurement processes. The social clauses are aimed at fostering, among other topics: the employment stability; the equality; the reconciliation between family, personal and working life; and the promotion of employment for people at risk of social exclusion. However, the common administrative procedure legally regulated is not applicable in exceptional cases, such as the award of public contracts during the pandemic caused by COVID-19. Article 120 of the Act 8/2017 sets that the government can apply to the urgent procedure when immediate action must be taken in cases of catastrophic events, situations of serious risk or affecting national defence.

Keywords: outsourcing; public sector; responsible public; social clauses; exceptional cases (COVID-19).

Citation: Melián Chinaea, L. M.^a (2020). Outsourcing in the public sector: the inclusion of social clauses in administrative contracts. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 71-98.





Sumario

1. Introducción
 2. Descentralización productiva en el sector público y digitalización del proceso. Posibles factores de riesgo para el ejercicio de la función pública
 3. Principales novedades de la LCSP. La compra pública socialmente responsable
 4. Cláusulas sociales y régimen jurídico aplicable
 5. Inclusión de cláusulas sociales y supuestos de excepcionalidad (COVID-19)
 6. Conclusiones y propuestas de mejora
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Debido a los efectos de la fuerte recesión económica a comienzos del año 2007 y a la intensa preocupación por reducir las tasas de desempleo, los Gobiernos neoliberales europeos encontraron el argumento perfecto para introducir políticas de austeridad. La Unión Europea adoptó diversas recomendaciones con el fin de constitucionalizar un nuevo derecho económico que garantice: el pago prioritario de la deuda pública, el principio de estabilidad presupuestaria y el límite del déficit público. Para afrontar esta situación, la mayor parte de los Estados no elevan los impuestos a los ciudadanos con mayor poder adquisitivo, sino que optan por recortar los derechos de la clase trabajadora que conforman el Estado social (Guamán y Noguera, 2014, pp. 240-241).

En España, concretamente, no solo se aprobaron sucesivas reformas laborales que han flexibilizado las condiciones de trabajo generando o propiciando una elevada precariedad laboral, sino que, también, se recurrió a «la prestación indirecta de servicios a los ciudadanos por medio de agentes privados, quienes, tras un procedimiento reglado en competencia, asumen la realización de parcelas asociadas a las atribuciones de las Administraciones» (Rodríguez, 2019, p. 22). Antes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero (BOE de 9 de noviembre) (LCSP), cada Administración adjudicaba el contrato administrativo a la entidad que, generalmente, realizaba la oferta más económica. En otras palabras, el precio era el elemento determinante en la adjudicación. Las empresas se descolgaban de los convenios colectivos sectoriales con el fin de reducir sus costes de producción, especialmente los costes laborales. Con el fin de encauzar esta situación, se aprobó la citada LCSP.

En el presente trabajo de investigación se analiza cómo el sector público también participa en el fenómeno complejo de la descentralización productiva. Su actuación tiene un gran impacto en el mercado. Por este motivo, se estudian las diversas medidas adoptadas para garantizar que la contratación pública esté comprometida con la sociedad y sus necesidades vitales, pues no hay que olvidar que la función principal de la actividad administrativa es la satisfacción del interés general que se concreta a través de sus actos¹. El epicentro

¹ De conformidad con el artículo 103.1 de la Constitución española (CE): «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho». En todo caso, «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican», en virtud del artículo 106.1 de la CE.

de esta investigación se encuentra, bajo mi punto de vista, en el análisis del desarrollo de la contratación administrativa a través de la incorporación de criterios sociales, medioambientales y éticos, con el fin principal de efectuar una compra pública responsable.

2. Descentralización productiva en el sector público y digitalización del proceso. Posibles factores de riesgo para el ejercicio de la función pública

La descentralización productiva, también llamada por el sintagma anglosajón *outsourcing*, es, en términos generales, una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios. Se trata de una estrategia de gestión empresarial que se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades que integran un único ciclo de producción² (Rivero, 2003, p. 25); en segundo lugar, la intervención de empresas especializadas y proveedores externos, comúnmente en régimen de subcontratación; y, en tercer lugar, la coordinación global de las actividades desarrolladas por parte de la empresa principal, manteniendo el control del proceso productivo pese a la elevada disgregación o atomización (Sanguinetti, 2006, p. 221).

Los principales motivos que fomentan la externalización pueden ser muy dispares, destacando el incremento de la incertidumbre económica debido a la anterior crisis global del capitalismo unido a la progresiva expansión de la competencia (Sanguinetti, 2016, p. 2); la especialización de la empresa en determinadas actividades; la configuración de alianzas estratégicas; y, especialmente, el aumento de ganancias a través de la reducción de los costes (Lasierra, 2003). Crear lugares de trabajo fisurados permite a las empresas reducir gastos o costes de producción –Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2017)–. Los intereses empresariales mencionados explican el grave descenso de los salarios de aquellos trabajadores que prestan servicios en empresas contratadas o subcontratadas, especialmente en el sector de la limpieza, la vigilancia o la seguridad, esto es, entidades que se someten a los dictados económicos del empresario principal.

La descentralización productiva representa una auténtica medida de flexibilidad interna y externa, puesto que fomenta, por un lado, la modificación de las condiciones de trabajo y, por otro lado, la disminución del número de empleados necesarios para realizar una obra o prestar un servicio.

² Estos componentes definitorios permiten diferenciar la descentralización productiva externa de la interna. Esta última tiene lugar cuando la empresa cuenta con la propia estructura de medios y con los propios trabajadores, delegando funciones y atribuyendo a sus unidades de gestión un mayor grado de iniciativa y capacidad de autoorganización.

La externalización es, en todas sus vertientes –contratas y subcontratas, grupos de empresas, redes empresariales, empresas multiservicios, plataformas digitales, entre otros–, producto de una decisión estratégica renovada, la cual pretende la consecución de una mayor eficiencia en la organización de la producción y del trabajo en una realidad económica cambiante (Palomeque, 2018, p. 7). Por este motivo, se concibe como un fenómeno poliédrico que no presenta una fisonomía única, sino multidireccional. Este comprende un conjunto de fórmulas de organización empresarial que se resisten a ser integradas en un molde común (Valdés, 2010, p. 22).

Las nuevas formas organizativas no representan un modelo de producción mejor, sino la crisis del modelo vinculado a la gran empresa vertical con el control oligopólico de los mercados. La figura de la gran empresa con miles de trabajadores socialmente cohesionados para el ejercicio de la acción sindical y la defensa de unos intereses comunes empieza a formar parte de la prehistoria económica (Valdés, 2002, p. 43). Ahora bien, esto no significa que la empresa tradicional, aquella que concentra en el interior de una organización autónoma todas las fases de la producción, haya desaparecido, sino que ha perdido protagonismo en la actualidad.

La descentralización productiva está sostenida por el consenso económico neoliberal. Una de las consecuencias más dramáticas se encuentra en su «efecto centrípeto», esto es, en la enorme concentración de poder económico en las empresas, especialmente multinacionales (Monereo y Moreno, 2004, p. 41). Además, no se trata de una situación coyuntural, sino que representa una nueva realidad estructural fuertemente instaurada que se extiende imparablemente a costa del menoscabo del trabajo estable y protegido, mermado por el nuevo auge del trabajo autónomo y el emprendimiento en general como fórmula no laboral de inserción en el mercado.

La complejidad de este fenómeno se ha intensificado debido a la notoria participación del sector público en la descentralización productiva. Diversas técnicas de tercerización han sido cada vez más implantadas por la Administración pública, tanto en aquellas actividades precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las necesarias para dispensar servicios de interés general a los ciudadanos (Rodríguez, 2019, p. 22).

Además, la normativa actual no impide que las sociedades mercantiles que integran el sector público conformen un grupo de empresas si entre ellas existen relaciones societarias y de administración común (Roqueta, 2018, pp. 76-77). A modo de ejemplo, destaca la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). Se trata de un instrumento estratégico en la aplicación de la política diseñada por el Gobierno para rentabilizar las participaciones empresariales y orientar todas las actuaciones atendiendo al interés público. Respecto a su ámbito de actuación, este abarca a 15 empresas participadas de forma directa y mayoritaria, con una plantilla final superior a 78.000 personas. Por otro lado, es accionista de la Corporación RTVE, tiene una fundación pública tutelada y participaciones directas minoritarias en

9 empresas e indirectas en más de 100 sociedades. Mercasa, como empresa pública que forma parte de la SEPI, ofrece también servicios de asistencia técnica internacional dirigidos a las Administraciones públicas (Gobiernos estatales, autoridades regionales y municipales), instituciones financieras internacionales y promotores privados³.

La Administración pública, a través de la externalización, puede, indirectamente, participar en estructuras productivas complejas cuyo fin principal es huir de la aplicación del derecho del trabajo. En otras palabras, la contratación administrativa no se limita a la relación entre la entidad pública y la empresa adjudicataria, puesto que esta última puede subcontratar a otras empresas. Así, puede suceder que la empresa adjudicataria –cumpliendo con las condiciones salariales previstas en el convenio de sector, como con los criterios sociales correspondientes– pertenezca a un grupo o red empresarial con convenio colectivo propio. También, es posible que la empresa adjudicataria subcontrate a una empresa multi-servicios generando importantes beneficios a costa de la reducción de gastos de personal.

En este sentido, se pronunció la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 30 de enero de 2020, C-395/18, señalando que, cuando la entidad adjudicadora procede a comprobar durante el procedimiento de licitación si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE y cuando la normativa nacional establece que tiene la facultad de excluir al operador económico por el hecho de que un subcontratista haya incumplido las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, la entidad adjudicadora está obligada, en aras de la observancia del principio de igualdad de trato, a comprobar la existencia de cualquier incumplimiento de tales obligaciones no solo en relación con todos los operadores económicos que han presentado ofertas, sino también con respecto a todos los subcontratistas que los operadores económicos hayan mencionado en sus respectivas ofertas. Cuando el operador económico que ha presentado la oferta corra el riesgo de quedar excluido de la participación en el procedimiento de licitación como consecuencia de un incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral imputable a alguno de los subcontratistas a los que tenga la intención de recurrir, dicho operador económico podrá demostrar a la entidad adjudicadora que sigue siendo fiable pese a la existencia de ese motivo de exclusión y la entidad adjudicadora, de conformidad con el artículo 57, apartado 6, párrafo tercero, de la Directiva 2014/24/UE, deberá valorar las pruebas presentadas por el operador económico en función de la gravedad de la situación y de las circunstancias particulares del caso.

Este escenario complejo puede agravarse aún con el avance imparable de la tecnología. En los últimos años, numerosas entidades –tanto públicas como privadas– han recurrido a la digitalización del empleo o a la robotización con el fin principal de reducir los costes de producción. Como indica la OIT (2019):

³ Información obtenida de la página web oficial de la SEPI (<<http://www.sepi.es/es/conozca-sepi/quienes-somos>>).

La externalización de trabajo en plataformas que se observa a escala mundial ha dado lugar al desarrollo de una economía que funciona las 24 horas del día. Este proceso ha alargado la cantidad de horas consecutivas de trabajo remunerado y no remunerado.

A modo de ejemplo, la firma privada Deloitte presentó en Madrid, en el año 2018, una plataforma tecnológica (Business Digital Hub) que permite a las empresas con las que trabaja externalizar sus procesos administrativos y financieros para obtener una mejor gestión económico-financiera.

La conectividad, el acceso a mucha mayor cantidad de información y la inmediatez en las comunicaciones, junto a un redimensionamiento del espacio y el tiempo han generado una revolución en las relaciones sociales capaz de desmaterializar procesos sociales, así como desdoblar personalidades, según se trate del entorno físico o de aquel virtual (Trillo, 2016, p. 61).

Debido a que la tecnología es una ciencia aplicada que evoluciona cada día, es fundamental encontrar un nuevo equilibrio entre el avance de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y el bienestar social, ya sea a través de la intervención legislativa o de la intervención de la autonomía colectiva, tanto a nivel nacional como a nivel transnacional. Como así manifiesta la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, la prioridad no es proteger determinados empleos, sino al trabajador.

Algunas voces han señalado que las TIC constituyen la base de la economía actual⁴ (Castell, 2001, p. 211). Estas inciden directamente sobre la productividad global por tres motivos: en primer lugar, los ordenadores, desde hace años, cuentan con una creciente capacidad de procesamiento; en segundo lugar, el precio de los ordenadores disminuye con carácter anual, fomentando su adquisición y uso; y, en tercer lugar, los ordenadores potencian, extraordinariamente, la capacidad de comunicación entre empresas, entre individuos y entre ambos (Requeijo, 2017, p. 332). En definitiva, el grado de afectación de la tecnología sobre la productividad global ha aumentado, especialmente, desde el momento en el que los Gobiernos más avanzados han renunciado al control de las operaciones.

¿Cómo se ha llegado a esta situación? El nuevo escenario económico responde, principalmente, a la utilización masiva de las TIC y al liberalismo político que genera espacios

⁴ A modo de ejemplo, destaca la empresa Cisco Systems. Se trata de una empresa industrial, manufacturera, que fabrica, pero no tiene fábricas. Esta empresa se relaciona con numerosas fábricas, privilegiadas, que no forman parte de Cisco Systems, pero ofrecen productos que se adaptan a la especificación técnica de esta –indicando en qué tiempo y con qué costo resultará lo que los clientes están pidiendo–. A partir de ahí se realiza la transacción. El 85 % de las operaciones de Cisco Systems pasan por el *webside* y el 50 % de las ventas se realizan sin ninguna intervención de los ingenieros de Cisco Systems.

de desregulación. Ahora bien, el cambio no se percibe en todos los lugares con la misma intensidad, pues las peculiaridades nacionales impiden que los efectos se produzcan de una manera uniforme. No obstante, hay dos fenómenos ligados al nuevo mercado de trabajo global y descentralizado: las altas tasas de desempleo y la precarización del trabajo con la consiguiente pérdida de calidad y estabilidad en el empleo (Rivero, 2001, versión digital BIB 2001\1566).

En el sector público, la digitalización de la contratación parece ofrecer, *a priori*, varias ventajas «como un ahorro considerable para todas las partes, procesos simplificados y de menor duración, menores cargas burocráticas y administrativas, y mayor transparencia e innovación, así como un mejor acceso de las pymes a los mercados de contratación pública»⁵. La inscripción de los contratos en registros oficiales permite mejorar la gestión de los mismos, favoreciendo el cumplimiento de aquellos principios sobre los que se rige la actuación administrativa. En algunos países, aquellos contratos que no son inscritos en el registro son declarados nulos. En consecuencia, el cumplimiento de este requisito permite a los poderes adjudicadores mejorar la gobernanza de la contratación pública. «En Portugal, el portal de contratación pública permite realizar un seguimiento del gasto y el volumen de la contratación pública, así como elaborar estadísticas sobre el tipo de contrataciones, las empresas adjudicatarias de las licitaciones, etc.»⁶.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, dispone, en su artículo 36, que los poderes adjudicadores podrán exigir que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico. Los Estados miembros podrán hacer obligatoria la utilización de los mismos en relación con determinados tipos de contratación. Además, las ofertas presentadas en forma de catálogo electrónico podrán ir acompañadas de otros documentos anexos. En algunos supuestos, numerosas entidades –especialmente pymes– son conocedoras de la gran ventaja que genera la digitalización del proceso, pues desaparece la excesiva carga burocrática (que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección).

Por otro lado, la misma directiva europea manifiesta, en su artículo 59, que, en el momento de la presentación de las solicitudes de participación o las ofertas, los poderes adjudicadores aceptarán, como prueba preliminar, el documento europeo único de contratación. Se trata de una declaración actualizada del interesado que sustituye los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirman que el operador cumple

⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de octubre de 2018, sobre las normas internacionales de información financiera: NIIF 17, Contratos de seguro (2018/2689(RSP)), (2020/C 011/02).

⁶ Documento de la Comisión Europea, recuperado de <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.pdf>.

determinadas condiciones⁷. Tal documento europeo único de contratación se ofrecerá exclusivamente en formato electrónico.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI)) insta a los Estados miembros a que se esfuercen en favor de una rápida transformación digital de los procedimientos y la introducción de procesos electrónicos para la totalidad de las fases principales, desde la notificación, el acceso a los documentos de la licitación y la presentación hasta la evaluación, la adjudicación, el pedido, la facturación y el pago. Por otro lado, a través de esta resolución, se pide a la Comisión que analice la posibilidad de interconectar los registros de contratos nacionales con TED –*tenders electronic daily* (diario electrónico de licitaciones)–, con el objetivo de que los poderes adjudicadores no tengan la obligación de publicar la misma información en distintos sistemas.

La modernización de la contratación administrativa ha sido un auténtico reto para el sector público. Tal es así que, recientemente, en la última edición del Congreso Nacional de Innovación y Servicios Públicos celebrado en Madrid, el Gobierno de Aragón recibió el premio al mejor proyecto con tecnologías innovadoras, por la elaboración e implantación de un sistema de licitación electrónica en el que las ofertas se registran en una *blockchain*. Se trata de una plataforma que permite almacenar, transmitir y confirmar los datos de la estructura. El sistema galardonado permite además la evaluación automatizada de los criterios de adjudicación a través de *smart contracts* autoejecutados en la *blockchain*.

La digitalización de la contratación pública representa un evidente avance tecnológico en el sector público frente a la elevada burocratización. Sin embargo, esta transformación no se traduce siempre en resultados positivos, directos y automáticos. Utilizar plataformas digitales supone la aplicación de algoritmos que pueden generar situaciones de riesgo. Su incorporación debe ser responsable, ética, equitativa y transparente, evitando resultados discriminatorios. En otras palabras, la contratación electrónica puede afectar negativamente al cumplimiento de las cláusulas sociales en las distintas fases que componen el procedimiento administrativo común. Con el fin de encauzar esta situación, es necesario establecer límites en la digitalización o desarrollo tecnológico con el propósito de evitar que la contratación electrónica se aleje de la regulación nacional y europea en la materia.

En consecuencia, la descentralización productiva y el uso o la implementación de medios electrónicos en el procedimiento de contratación no implican automáticamente la mejora del ejercicio de la función pública: la satisfacción de los intereses generales. En este sentido, se exponen a continuación los diferentes posibles efectos negativos.

⁷ A modo de ejemplo, es conveniente demostrar que no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos contempladas en el artículo; que cumple los criterios de selección pertinentes establecidos de conformidad con el artículo 58; y, finalmente, que, cuando proceda, cumple las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con arreglo al artículo 65.

En primer lugar, se ha demostrado que el sector público es excesivamente lento a la hora de adoptar cambios en su sistema estructural por su notoria rigidez organizativa, pudiendo obtener resultados a muy largo plazo.

En segundo lugar, la externalización o tercerización en el sector público también puede implicar un aumento de la precariedad e inestabilidad laboral por el carácter temporal de la adjudicación y la posible intervención de estructuras productivas complejas.

En tercer lugar, debido a la agilidad procedimental que proporciona la digitalización de la licitación, se puede producir, por un lado, un evidente aumento del número de contratos administrativos y, por otro lado, una reducción del número de empleados públicos. En consecuencia, se aprobarían menos ofertas públicas de empleo.

En cuarto lugar, en relación con el párrafo anterior, la disminución del empleo público, especialmente de la relación de carácter funcional –caracterizada por la nota de la inamovilidad–, podría dificultar la idea del buen gobierno. A través de la estabilidad o permanencia de los funcionarios en el puesto⁸, el sector público cuenta con un cuerpo de servidores independientes frente a las diversas eventualidades de la acción política. La permanente dedicación al servicio no solo representa la objetividad y neutralidad necesarias para la satisfacción del interés general, sino que, además, opera como un auténtico límite ante posibles actos de corrupción.

Por todo lo expuesto, tanto la descentralización productiva en el sector público como la digitalización del procedimiento para la adjudicación de un contrato administrativo constituyen factores de riesgo que pueden alterar gravemente el empleo público y el propio ejercicio de la función pública en la satisfacción de los intereses generales⁹.

3. Principales novedades de la LCSP. La compra pública socialmente responsable

Los procesos productivos se han transformado sustancialmente –tanto en el sector privado como en el sector público–, pudiendo distinguir entre un modelo tradicional o centralizado

⁸ Tales caracteres se manifestaban desde la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 (<<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1931/343/D00001-00014.pdf>>). El artículo 41 determinaba que:

Los nombramientos, excedencias y jubilaciones de los funcionarios públicos se harán conforme a las leyes. Su inamovilidad se garantiza por la Constitución. La separación del servicio, las suspensiones y los traslados solo tendrán lugar por causas justificadas previstas en la ley.

⁹ A modo de ejemplo, recientemente, se aprobó el anteproyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en Aragón, cuyo punto 24 admite la utilización de la tecnología de «registro distribuido» o el almacenamiento de la información en los procedimientos de contratación pública. Informe 14/2018, de 13 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

y un modelo moderno o descentralizado. La globalización, la tercerización y, especialmente, los constantes avances de las TIC constituyen factores indiscutibles que han propiciado un gran cambio en la forma de prestar servicios públicos y satisfacer los intereses generales de la sociedad.

En este sentido, el incremento de la externalización de actividades que se desarrolla en el campo de lo público ha sido objeto de una nueva regulación en la LCSP. Actualmente, esta norma se enmarca en la «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual la contratación pública se configura como uno de los instrumentos que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso razonable de los fondos públicos¹⁰.

Esta ley cuenta con un doble objetivo: en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública; y, en segundo lugar, conseguir una mejor relación entre la calidad y el precio. Con el fin de lograr tales objetivos, la nueva ley incorpora numerosas novedades¹¹. Desde el punto de vista estrictamente laboral, destacan fundamentalmente dos cuestiones:

A) La adjudicación de un contrato administrativo deberá respetar las condiciones salariales recogidas en los convenios sectoriales

Esta medida es fundamental para lograr una mayor protección de los derechos laborales, pues –como ya denunciaban numerosas organizaciones sindicales– en múltiples ocasiones las empresas se descolgaban de los convenios sectoriales con la finalidad de presentar las ofertas más económicas y rentables en el procedimiento de contratación. Por tanto, la restricción de la prioridad aplicativa del convenio empresarial es una medida trascendental para lograr un mejor mercado laboral en términos de justicia e igualdad. A través de esta regulación, el legislador evita abaratar los costes laborales que conlleva el desplazamiento del convenio sectorial.

Merece destacar que la aplicación del convenio sectorial con carácter prioritario sobre el de empresa era ya, en ocasiones, un requisito exigido en algunos procesos de contratación pública anteriores a la entrada en vigor de la LCSP (Lahera, 2018, p. 44). Así, la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 31 de enero de 2018, concedió plena validez a la exigencia de aplicar las tablas salariales del

¹⁰ Información prevista en el primer apartado de la exposición de motivos de la LCSP.

¹¹ Destacando, entre otras, la reducción de las exigencias relativas a la solvencia técnica, financiera y profesional o la reducción de la carga de las garantías con el fin de facilitar el acceso a la contratación pública a las pymes. En 2017, en España solo un 28 % de los adjudicatarios de procedimientos de contratación pública eran pymes, porcentaje muy inferior al promedio de la Unión Europea, que es del 52 %. Así pues, la igualdad de condiciones en la contratación pública puede estimular el crecimiento de las pymes y potenciar una asignación eficiente de los recursos –Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2018)–.

Convenio colectivo estatal de seguridad contenida en el pliego de cláusulas administrativas. En numerosos preceptos de la LCSP se aprecia la denominada «contrarreforma laboral», disponiendo que la adjudicación de un contrato administrativo dependerá del cumplimiento del convenio sectorial. A modo de ejemplo, el artículo 101.1 de la LCSP dispone que:

En los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, en la aplicación de la normativa laboral vigente a que se refiere el párrafo anterior se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación.

Por su parte, el artículo 102.3 de la LCSP manifiesta que «en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios».

Y el artículo 149.4 de la LCSP señala que:

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Como se puede desprender de los citados preceptos, la LCSP reconoce el nivel sectorial como el espacio más apropiado para la determinación de específicas condiciones de trabajo, concretamente de los salarios. Para el resto de materias, se atenderá a lo dispuesto en el convenio colectivo que sea de aplicación conforme a las reglas de concurrencia previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, con excepción de las condiciones salariales, puede resultar de aplicación preferente el convenio de empresa salvo que en el pliego de condiciones del contrato público se haya incluido, como condición especial de ejecución, la garantía de cumplimiento de los convenios sectoriales vigentes en todas sus normas de conformidad con los artículos 201 y 202 de la LCSP. Esta excepción de la excepción es válida al ser una decisión del poder público adjudicador y no de una imposición legal (Cavas, 2018, p. 1.195).

La LCSP constituye un referente jurídico para el futuro Estatuto de los Trabajadores y su aplicación contribuiría a reducir el elevado *dumping* social, así como la competencia desleal entre empresas de un mismo sector¹². No obstante, considero que se podrían obtener

¹² Si se permitiera la fragmentación a unidades inferiores privilegiadas, estaríamos permitiendo la competencia mercantil sobre las condiciones laborales a un nivel local, lo que conllevaría el riesgo de degradar por completo los estándares laborales e, incluso, a la destrucción de otras empresas, competencia desleal y al *dumping* social (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid de 18 de mayo de 2015, rec. 197/2015).

mejores resultados desde un punto de vista socioeconómico si el texto normativo exigiera el cumplimiento de la norma convencional supraempresarial en su totalidad o, al menos, de aquellas materias más relevantes como la jornada o la conciliación de la vida laboral y familiar –conformando este último derecho parte del contenido del derecho fundamental a la igualdad (Rodríguez, 2016, p. 51)–.

B) La oferta con mejor relación entre calidad-precio como factor determinante en la adjudicación

Debido a que en el año 2017 el 55 % de los procedimientos en Europa utilizaban el precio más bajo como único criterio de adjudicación¹³, se aprobó el «Paquete de medidas de la estrategia de contratación pública». Esta resolución manifiesta la necesidad de realizar una compra pública responsable, pues se ha demostrado que el gasto ligado a la contratación pública representa el 20 % del PIB mundial¹⁴.

A través de esta novedad legislativa, se fomenta la compra pública responsable mediante la preceptiva u obligatoria incorporación de cláusulas sociales en los procesos de contratación administrativa.

La compra pública responsable encuentra su origen en España en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de mayo de 1997 (rec. 12365/1991), la cual manifiesta que «la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público»¹⁵. En este mismo sentido, ya se había pronunciado el TJUE el 20 de septiembre de 1988, Gebroeders beentjes bv contra Estado de los Países Bajos, asunto 31/87¹⁶.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para hacer que la contratación pública funcione en Europa y para Europa, COM/2017/0572 final/2.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI)).

¹⁵ El tribunal considera que:

[...] los documentos existentes en el expediente justifican claramente la decisión del órgano de contratación al valorar las dos ofertas más favorables (la de la apelante y la de la empresa que resultó adjudicataria) e inclinarse por la segunda, ya que en la experiencia de la propia Administración municipal respecto de contratos anteriores con ambas empresas se consideró, por las ponderadas y no desvirtuadas razones que expresan los informes municipales, que la oferta de la segunda empresa no había incurrido en deficiencias en la prestación de servicios, y era la más conveniente a los intereses de la Administración contratante.

¹⁶ El TJUE reconoció como condición particular adicional el empleo de trabajadores en paro prolongado. Manifestó, además, que la condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad.

Para realizar una compra pública responsable, la Administración debe incorporar cláusulas sociales, laborales o medioambientales en los procedimientos de contratación, no pudiendo limitarse a ponderar solo aspectos económicos. El objetivo principal es impedir la transferencia de dinero público a empresas que no tienen un comportamiento considerado o lícito con la sociedad y el entorno, es decir, entidades que contaminan, que no respetan los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras o practican la discriminación por género, entre otras posibles conductas. Cuando la Administración, en términos generales, es una compradora responsable, está aportando un valor añadido al ejercicio de la función pública, pues gestiona de una manera eficiente el presupuesto y –al mismo tiempo que satisface el interés público– desarrolla una acción política más amplia.

La noción de compra pública responsable comprende diferentes tipos como:

- La compra pública ética, relacionada con el cumplimiento de las convenciones internacionales y estándares sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos, lucha contra el trabajo infantil, etc.
- La compra pública verde, relacionada con los efectos medioambientales de los materiales y productos utilizados o adquiridos. Comúnmente, durante el procedimiento de contratación, se exige a las empresas licitadoras los certificados de gestión medioambiental como condición o requisito de solvencia técnica. La finalidad es acreditar la experiencia o el buen hacer de la entidad con la protección del entorno.
- La compra pública social, relacionada con la calidad del empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad y personas en situación o riesgo de exclusión social, así como la subcontratación de empresas de inserción sociolaboral o centros especiales de empleo¹⁷.

Por lo expuesto, es necesario que el sector público adopte o apruebe medidas que favorezcan la inserción sociolaboral, el comercio justo o el empleo de calidad. La compra pública responsable no puede concebirse como una política residual, sino como una política sustancial por los efectos que puede generar en nuestra sociedad¹⁸. En síntesis, los

¹⁷ A modo de ejemplo, de conformidad con el artículo 71 de la LCSP, que regula las prohibiciones de contratar, en materia de discapacidad, las empresas que no cumplen con el requisito de que, al menos, el 2 % de los trabajadores en entidades con una plantilla de 50 o más sufran algún tipo de discapacidad no pueden contratar con el sector público.

¹⁸ La STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2019 (rec. 1/2018) manifestó que:

[...] en el momento actual se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación, con el objetivo de conseguir una contratación socialmente más responsable, que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las

Gobiernos, como grandes compradores, tienen un impacto significativo para garantizar que las prácticas empresariales sean responsables y sostenibles. Así, «dentro de los incentivos más potentes de entre los demandados por el sector empresarial en el proceso de definición de la Agenda 2030 se encuentra la inclusión de criterios de sostenibilidad en los procesos de contratación pública» (Gobierno de España, 2018).

4. Cláusulas sociales y régimen jurídico aplicable

Las cláusulas sociales han sido definidas a través de diversos dictámenes, informes, instrucciones y guías de trabajo publicadas. Concretamente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña ha entendido que estas constituyen una serie de estipulaciones que obligan a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a cumplir no solo con el objeto social del contrato, sino, además, con los fines específicos de la política social prevista en los pliegos (Medina, 2019, p. 58). En definitiva, tras la LCSP, las cláusulas sociales son disposiciones contractuales de carácter sociolaboral, cuyo incumplimiento debiera ser sancionable y generar una responsabilidad solidaria, tanto para la empresa como para el ente público contratante.

La compra pública responsable es una materia objeto de regulación en distintos espacios o niveles:

A) Atendiendo al nivel europeo, la Unión Europea ha manifestado su fiel compromiso de ser, junto con sus países miembros, una de las pioneras en la aplicación de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas

Con el fin de lograr los 17 objetivos de desarrollo sostenible, hacer realidad los derechos humanos de todas las personas, alcanzar la igualdad entre géneros, así como el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, la Unión Europea aprobó las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014¹⁹. Estas normas destacan por posibilitar, expresamente,

empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas directivas de contratación que se refieren a la contratación estratégica, que permite implementar con la contratación pública las políticas públicas en áreas que se consideran esenciales, pudiendo plantearse atender este objetivo mediante la inclusión de cláusulas sociales o bien mediante el establecimiento de criterios de adjudicación al efecto.

¹⁹ Como así se contempla en el primer apartado de la exposición de motivos de la ley:

Las nuevas directivas vienen a sustituir a la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y Directiva 2004/17/CE sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos

la exigencia de la integración de aspectos sociales en las distintas fases del procedimiento de adjudicación en los Estados miembros. No obstante –aunque desde el punto de vista jurídico la mayor parte de las disposiciones de las directivas tienen un efecto directo– la ausencia de incorporación o la mala calidad de la misma dificultan gravemente que los ciudadanos y empresarios obtengan todos los beneficios del mercado interior en el ámbito de la contratación pública²⁰.

Además, recientemente, se formuló una Recomendación del Consejo relativa al Programa nacional de reformas de 2019 de España, por la que se emite un Dictamen del Consejo sobre el Programa de estabilidad de 2019, manifestando que la LCSP es decisiva para aumentar la eficiencia del gasto público y prevenir las irregularidades²¹.

B) Atendiendo al nivel nacional, la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y éticas en los procedimientos de contratación administrativa se regula en distintos niveles

- La CE. La compra pública responsable encuentra su fundamento constitucional en el artículo 40.1 de la CE que dispone que «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». En un contexto más amplio, pero no menos significativo, el artículo 9.2 de la CE establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Por otro lado, como ya tuve ocasión de comentar, la compra pública responsable está vinculada con la satisfacción del interés general; en este sentido, el artículo 128 de la CE dispone que «1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios

en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, aprobadas hace ahora una década, y que habían sido transpuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, respectivamente.

²⁰ «Libro verde de la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro», Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, a propuesta del señor Monti.

²¹ Bruselas, 5 de junio de 2019, COM (2019) 509 final.

esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

- Normas estatales. Ya en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas (BOE de 19 de mayo), su artículo 20 contemplaba, entre las diversas prohibiciones de contratar, «haber sido condenadas por sentencia firme por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo o por delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo, o haber sido condenadas o sancionadas con carácter firme por delito o infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social».

Posteriormente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (BOE de 31 de octubre), adelantó, en su exposición de motivos, número IV, la introducción de consideraciones de tipo social y medioambiental en el procedimiento de contratación administrativa, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, acogiendo nuevos requerimientos éticos y sociales.

A continuación, se aprobó el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (BOE de 16 de noviembre), el cual contempló varias posibilidades para que los órganos de contratación incorporasen las denominadas «cláusulas sociales» en sus contratos públicos como criterios de valoración en las ofertas presentadas.

Finalmente, la LCSP ha endurecido la regulación. La incorporación de las cláusulas medioambientales y sociales adquiere carácter preceptivo y obligatorio²². En el año 2019, con el fin de fortalecer la compra pública socialmente responsable, se adoptó el Acuerdo por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública social en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos

²² A modo de ejemplo, de conformidad con el artículo 1.3 de la LCSP:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

Además, en virtud del artículo 149 de la LCSP:

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

del sector público (BOE de 25 de mayo de 2019). Este plan refuerza la necesidad de promover una «contratación pública estratégica socialmente responsable» y fomentar oportunidades de empleo, trabajos dignos, inclusión social, accesibilidad, diseño para todos, comercio justo, el cumplimiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores, la más amplia aplicación de las normas sociales, así como compromisos voluntarios más exigentes en el ámbito de la responsabilidad social de las empresas²³. Adicionalmente, el plan presta especial atención a la formación de las personas que tramiten los expedientes y procedimientos de licitación de contratos oportunos, así como de aquellas que deban realizar el seguimiento y la supervisión de su ejecución, siguiéndose de esta manera la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión Europea, de 3 de octubre, sobre la profesionalización de la contratación pública.

- Normas autonómicas. En los últimos años, las comunidades autónomas han venido aprobando normas tendentes a impulsar la denominada «contratación pública responsable». Entre distintos ejemplos de buenas prácticas de implantación de cláusulas sociales, destaca la Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas de la comunidad autónoma de Cataluña (BOE de 29 de septiembre), cuyo artículo 19 modifica el artículo 35 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, disponiendo que los departamentos, los organismos autónomos y las empresas públicas de la Generalidad deben reservar determinados contratos administrativos de obras, suministros o servicios a centros de inserción laboral de disminuidos, empresas de inserción sociolaboral reguladas por la Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral, o a entidades sin afán de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social de personas con riesgo de exclusión social, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos por las normas del Estado y de la Generalidad que les sean aplicables y que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, tengan relación directa con el objeto del contrato.

Por otro lado, destaca especialmente el Decreto 47/2018, de 16 de abril, por el que se aprueban los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares en el ámbito de la Administración pública de la comunidad autónoma de Canarias y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella (BOE de 7 de mayo), para la contratación de obras, suministros y servicios por procedimiento abierto, abierto simplificado y abierto simplificado sumario y negociado con y sin publicidad.

²³ Tal es así que la adjudicación se deberá producir atendiendo a varios criterios y no únicamente al precio, como así ha señalado la STS 1791/2019, de 30 de mayo (rec. 109/2016):

[...] la motivación de la adjudicación es un elemento esencial para evitar la arbitrariedad. Y en este caso, y conforme a lo expuesto, el precio, dadas las características del contrato en cuestión, ni podría ser el único criterio de adjudicación, y desde luego, la justificación del precio como único criterio.

A través de este decreto se recomienda, con carácter preferente, la existencia de un porcentaje de contratación indefinida superior al 50 % y la mejora de las condiciones salariales y laborales por encima del convenio sectorial y territorial de legal aplicación.

- Normas locales. Algunos municipios llevan incorporando, desde hace tiempo, consideraciones, especialmente de tipo social, en los procedimientos de contratación pública. En este sentido, conviene mencionar el pliego de condiciones técnicas del Ayuntamiento de Salamanca, cuyo objeto del contrato consiste en el desarrollo de un proyecto de inserción sociolaboral con personas que sufren algún tipo de discapacidad para la realización de trabajos de conservación, mantenimiento y limpieza de determinadas zonas verdes²⁴.

5. Inclusión de cláusulas sociales y supuestos de excepcionalidad (COVID-19)

La inserción de cláusulas sociales en los procedimientos administrativos de contratación se produce, generalmente, con carácter preceptivo salvo supuestos excepcionales. La inclusión de criterios sociales puede producirse en distintas fases.

En primer lugar, respecto a la preparación del contrato, el artículo 35 de la LCSP establece que los documentos en los que se formalicen los contratos que celebren las entidades del sector público, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, deberán incluir, con carácter obligatorio, entre otras cuestiones, la definición del objeto, teniendo en cuenta las consideraciones sociales, ambientales y de innovación. En este sentido, en virtud del artículo 99 de la LCSP, la determinación del objeto del contrato es el primer requisito a cumplir. Este se podrá definir atendiendo a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer. Sin embargo, la libertad para definir el objeto por parte del sector público no es ilimitada o incondicionada, pues la inclusión de determinados criterios puede afectar a algunos principios previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como es el principio de libre circulación de mercancías, de libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como otros principios que derivan de estos como la igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (Almodóvar, 2018, p. 393).

En segundo lugar, como requisito previo a la licitación, la Administración puede reservar la participación en el procedimiento exclusivamente a un tipo de empresas. Normalmente, se trata de centros especiales de empleo y empresas de inserción. Como requisito necesario

²⁴ El siguiente enlace contiene el pliego de condiciones técnicas del Ayuntamiento de Salamanca: <<https://www.aytosalamanca.gob.es/es/perfilcontratante/perfildelayto/docs/PA.JA.CEN.pdf>>.

e imprescindible, la entidad pública debe señalar la especificidad en el anuncio de convocatoria a través de la inclusión de la denominación «contrato reservado», indicando que únicamente pueden acceder a la licitación determinadas entidades, expresando también la vinculación del objeto del contrato con el fomento de la política social.

De conformidad con el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre), los centros especiales de empleo son aquellos entes cuyo fin principal es desarrollar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado. A través de su participación, aseguran un empleo retribuido para las personas con discapacidad y, a su vez, constituyen un medio esencial de inclusión del mayor número de tales colectivos vulnerables en el régimen de empleo ordinario.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 154 de la LCSP, cuando se considere que la divulgación de cierta información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, podrán no publicarse algunos datos relativos a la celebración del contrato, justificándolo siempre en el expediente.

En tercer lugar, tras la admisión de las empresas que participan en el procedimiento de licitación, es posible introducir criterios de adjudicación relativos a cláusulas sociales, laborales o medioambientales y, en todo caso, cuando el objeto del contrato exprese estos aspectos de forma literal. Los criterios de valoración en la adjudicación se encuentran vinculados a la relación calidad-precio y esta se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos.

Atendiendo al artículo 145.2 de la LCSP, los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación podrán incluir diversos aspectos sociales como los siguientes: el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

En el supuesto de producirse un empate en la valoración de la adjudicación entre 2 o más empresas, el legislador aplica los siguientes criterios sociales por orden de exclusión: a) mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas; b) menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas; c) mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas; y d) el sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.

En cuarto lugar, como condición especial en la ejecución del contrato administrativo. Se trata de consideraciones de tipo social que deben cumplirse con carácter preceptivo por la empresa adjudicataria. En particular, la ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202 de la LCSP, como contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional y favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral.

Prestando especial atención al control del cumplimiento, los pliegos de cláusulas administrativas particulares especificarán la documentación que el contratista debe presentar durante el desarrollo del contrato para acreditar la observancia de las cláusulas sociolaborales asumidas. El responsable de la aprobación del contrato administrativo será quien debe verificar la documentación presentada y evaluar la adecuación y la conformidad respecto de los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución. Debido a la posible complejidad de la tarea, como apoyo al responsable del contrato, se podrán crear unidades específicas encargadas del seguimiento y ejecución (art. 62 LCSP).

Respecto al régimen de invalidez del contrato administrativo, en caso de incumplimiento por parte del contratista, los órganos de contratación podrán optar –en función de las circunstancias– por la aplicación de penalidades (art. 201 LCSP), siempre que así se hubiese previsto en los pliegos, o bien por la resolución del contrato, si el cumplimiento de una cláusula específica se hubiese configurado como una obligación contractual esencial²⁵.

²⁵ En virtud del artículo 201 de la LCSP:

El incumplimiento de las obligaciones referidas en el primer párrafo y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192.

El artículo 192 de la LCSP establece que:

[...] cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

La LCSP, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y se endurece la regulación, determina el carácter preceptivo de la incorporación de cláusulas sociales en la contratación administrativa. No obstante, esta normativa no es aplicable en supuestos excepcionales. El artículo 120 de la LCSP reconoce que «cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional» se acudirá a la tramitación de emergencia.

En consecuencia, tras la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo), el órgano contratante:

[...] podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente (art. 120.1 a) LCSP).

En otras palabras, debido a la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) que hostiga desde hace meses a la población mundial, especialmente a las personas más vulnerables, el sector público podrá adjudicar con inmediatez un contrato administrativo a aquellas empresas cuyas prestaciones y servicios resulten indispensables para preservar la salud de los ciudadanos y disminuir el número de contagios y fallecimientos. En virtud del apartado 1 c) del artículo 120 de la LCSP, el plazo de inicio de la ejecución es de 1 mes. En caso de incumplirse el mismo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario, debiendo prestar especial atención a criterios sociales, éticos y medioambientales.

Debido al adverso y complicado escenario actual, el Real Decreto-Ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (BOE de 13 de marzo), acordó encargar a la Comisión Europea el análisis de las necesidades y la puesta en marcha de iniciativas para evitar situaciones de desabastecimiento mediante contrataciones públicas conjuntas. Asimismo, el artículo 34.1 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo), estableció que las contrataciones de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley:

[...] quedarán automáticamente suspendid[a]s desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

Ahora bien, en estos supuestos, la entidad adjudicataria deberá abonar al contratista los daños y perjuicios sufridos²⁶ durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista.

La rapidez en la evolución de la situación de emergencia ocasionada por la COVID-19, así como la necesidad de buscar el equilibrio entre la protección de la salud y la minimización del impacto económico y social, conllevó la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19 (BOE de 29 de marzo). En consecuencia, el objetivo principal perseguido es limitar al máximo los desplazamientos ocasionados por la actividad laboral y profesional, reduciéndolos hasta los niveles que permitan conseguir el efecto deseado: disminuir el número de contagios y fallecimientos a causa de la pandemia declarada por la OMS. De conformidad con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, este real decreto-ley responde a los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia.

Con el fin de evitar un perjuicio en la renta de las personas trabajadoras por cuenta ajena, el presente real decreto-ley regula un permiso retribuido recuperable para el personal laboral, de carácter obligatorio y limitado en el tiempo entre los días 30 de marzo y 9 de abril (ambos incluidos). Este permiso garantizará que las personas trabajadoras conserven el derecho a la retribución que les hubiera correspondido de estar prestando servicios con carácter ordinario, incluyendo salario base y complementos salariales. La recuperación de las horas laborales se podrá efectuar desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020. En todo caso, la citada recuperación será una materia negociable en periodo de consultas abierto entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras. Este proceso de diálogo tendrá una duración máxima de 7 días.

El texto normativo afecta a todas las personas trabajadoras por cuenta ajena que prestan servicios en empresas o entidades del sector público cuya actividad no haya sido paralizada como consecuencia de la declaración del estado de alarma²⁷. Las autoridades competentes

²⁶ Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes: 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito. 2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva. 3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato. 4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato.

²⁷ El tercer apartado de la exposición de motivos señala que «quedan exceptuados de la aplicación del presente real decreto las personas trabajadoras que tengan su contrato suspendido durante el periodo indicado y aquellas que puedan continuar prestando servicios a distancia».

delegadas podrán modificar o especificar las actividades que se puedan ver afectadas por el permiso retribuido recuperable.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 10/2020 establece que «podrán continuar las actividades no incluidas en el anexo que hayan sido objeto de contratación a través del procedimiento establecido en el artículo 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público». Prestando especial atención al apartado 18 del anexo, no será objeto de aplicación el permiso retribuido a las personas trabajadoras que prestan servicios de limpieza, mantenimiento, reparación de averías urgentes y vigilancia, así como aquellas que prestan servicios en materia de recogida, gestión y tratamiento de residuos peligrosos, entre otros servicios, en cualquiera de las entidades pertenecientes al sector público, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la LCSP²⁸.

6. Conclusiones y propuestas de mejora

La LCSP regula la inclusión de cláusulas sociales con carácter obligatorio y preceptivo ante el incremento de la descentralización productiva en el campo de lo público, salvo supuestos excepcionales a causa de acontecimientos que supongan un grave peligro para la población (COVID-19). En estos supuestos extraordinarios, el órgano contratante podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la LCSP.

El objetivo principal de las denominadas «cláusulas sociales» es impedir la entrega de dinero público a empresas que no tienen un comportamiento lícito o solidario con la sociedad y el entorno, es decir, entidades que contaminan, que no respetan los derechos laborales básicos de las personas trabajadoras o practican la discriminación por género, entre otras posibles conductas. Cuando la Administración, en términos generales, es una compradora responsable, está aportando un valor añadido al ejercicio de la función pública, pues gestiona de una manera eficiente el presupuesto y –al mismo tiempo que satisface el interés público– desarrolla una acción política más amplia.

Ahora bien, tanto la excesiva descentralización productiva en el sector público como la digitalización del procedimiento para la adjudicación de un contrato administrativo constituyen factores de riesgo que pueden afectar gravemente no solo al cumplimiento de la compra pública responsable, sino también al empleo público y al propio ejercicio de la función pública. Por este motivo, es conveniente reflexionar sobre la necesidad de restringir

²⁸ Esta norma se desarrolla, a su vez, atendiendo a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1 de abril).

o limitar la adjudicación a aquellas entidades que desarrollen su actividad de forma autónoma e independiente, evitando un encadenamiento de subcontratas que puede perseguir un fin fraudulento.

De conformidad con el artículo 128.2 de la CE:

[...] se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

La LCSP debería exigir que, en cada convocatoria de licitación, la Administración correspondiente justifique la necesidad e idoneidad de la misma.

La limitación de la descentralización productiva en el sector público permitiría, entre otras cuestiones:

- Controlar de forma más exhaustiva la integración de criterios sociales, éticos y medioambientales en el procedimiento de contratación administrativa, evitando futuros incumplimientos por la empresa adjudicataria a través de su conexión con otras entidades por razones organizativas o productivas.
- Cumplir con la observancia de los principios legales del procedimiento administrativo, como el principio de transparencia. La digitalización y la agilidad de la contratación, así como la utilización de algoritmos, pueden provocar resultados discriminatorios e injustos.
- Proteger el empleo público, especialmente al personal laboral fijo y a los funcionarios de la Administración, pues la externalización es una posible vía para reducir la plantilla, pudiendo aumentar las cifras de corruptela. El carácter inamovible de estos últimos, como cuerpo de servidores independientes que perciben una retribución permanente²⁹, les permite operar frente a las diversas eventualidades de la acción política.

²⁹ De conformidad con el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, «son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente».

Referencias bibliográficas

- Almodóvar Iñesta, M. (2018). Las cláusulas sociales en la contratación pública. En M. Fernández Salmerón y R. Martínez Gutiérrez (Dir.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública* (pp. 387-422). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Castell, M. (2001). La ciudad de la nueva economía. *Papeles de la Población*, 27(7), 207-221.
- Cavas Martínez, F. (2018). Negociación colectiva y contratación pública: ¿el principio del fin del primado del convenio colectivo de empresa? *Derecho de las Relaciones Laborales*, 11, 1.190-1.197.
- Gobierno de España. (2018). *Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia española de desarrollo sostenible*. Recuperado de <<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf>>.
- Guamán Hernández, A. y Noguera Fernández, A. (2014). *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Albacete: Bomarzo.
- Lahera Forteza, J. (2018). Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 144, 43-52.
- Lasierra Esteban, J. (2003). Dimensión económica de la descentralización productiva. En J. Rivero Lamas y A. L. de Val Tena (Coords.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing»* (pp. 67-80). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Medina Arnáiz, T. (2019). Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo. En B. García Romero y M. Pardo López (Dir.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 55-80). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.^a N. (2004). Las empresas de trabajo temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 48, 39-65.
- OCDE. (2018). *Estudios económicos de la OCDE. España*. Recuperado de <<https://www.oecd.org/economy/surveys/Spain-2018-OECD-economic-survey-vision-general.pdf>>.
- OIT. (2017). *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf>.
- OIT. (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo*. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf>.
- Palomeque López, M. C. (2018). El derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa. En W. Sanguinetti Raymond y J. B. Vivero Serrano (Coords.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 3-11). Granada: Comares.
- Requeijo González, J. (2017). *Economía mundial*. Madrid: McGraw-Hill Education.
- Rivero Lamas, J. (2003). Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral. En J. Rivero Lamas y A. L. de Val Tena (Coords.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el «outsourcing»* (pp. 23-62). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.



- Rodríguez Escanciano, S. (2019). Las empresas multiservicios en el sector público: novedades incorporadas desde la Ley 9/2017. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 21, 20-40.
- Rodríguez González, S. (2016). *Tiempo de trabajo y vida privada*. Granada: Comares.
- Roqueta Buj, R. (2018). *El empresario público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de contratos del sector público*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sanguinetti Raymond, W. (2006). Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles? *Revista de Derecho Social*, 33, 219-258.
- Sanguinetti Raymond, W. (2016). *Redes empresariales y derecho del trabajo*. Granada: Comares.
- Trillo Párraga, F. (2016). Economía digitalizada y relaciones de trabajo. *Revista de Derecho Social*, 76, 59-82.
- Valdés Dal-Ré, F. (2002). La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo. En A. Pedrajas Moreno (Dir.), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar* (pp. 23-45). Valladolid: Lex Nova.
- Valdés Dal-Ré, F. (2010). Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales. En F. Valdés Dal-Ré y J. Lahera Forteza (Dirs.), *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización* (pp. 15-42). Madrid: Cinca.