

RELACIONES LABORALES, POLÍTICA DE EMPLEO Y COMPRA PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE: LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

MÁS del 25% de la riqueza española se genera a través de la contratación o la compra pública de obras, bienes y servicios. Sin embargo, por lo general, esta vía a menudo queda completamente al margen de los fines sociales que la Constitución impone realizar a los poderes públicos, dominando también en este sector, además de una extrema rigidez burocrática, los principios liberales y mercantiles que mandan en la ordenación de la economía. La aprobación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público –LCSP–, publicada el 31 de octubre pero que ha entrado en vigor el 1 de mayo –6 meses de *vacatio legis*–, ha suscitado un gran interés por las enormes posibilidades de negocio que abre. De ahí que se hayan ya publicado varios libros, explicando con «pelos y señales» su significado y sus novedades, que se hayan celebrado varias decenas de encuentros, jornadas y seminarios...

Ahora bien, ¿quién ha reparado en que en la LCSP aparece por vez primera en nuestro Derecho un régimen regulador de las Cláusulas Sociales, esto es, una figura dirigida a orientar social –y ecológicamente– la compra pública? Las nuevas vías para instrumentar la política de contratación pública de cada Administración –si es que existe algo así y no la pura «Ley de la Selva» (o de la especulación del «ladrillo»)– al servicio de fines de política sociolaboral (creación de empleo, inserción laboral de las personas discapacitadas y en exclusión; estabilidad en el empleo; garantía de derechos laborales básicos en toda la cadena de valor y ¡hasta el Comercio Justo!) no han contado todavía con un estudio o análisis que evidencie su significado y alcance, sus oportunidades y sus límites, sus luces y sus sombras. Pues bien, este estudio pretende ofrecer ese análisis, exponiendo el régimen jurídico en sus aspectos más relevantes para los juristas del trabajo, a modo de guía de implantación, así como sus límites. El instrumento se presenta como una alternativa seria de ese concepto tan en boga como es la Responsabilidad Social de la Empresa –RSE–, que a menudo termina reflejando *más que una ética una pura cosmética de los negocios*.

Palabras clave: cláusulas sociales, contratación pública, gestión ética, responsabilidad social y comercio justo.

Sumario

1. Introducción.
2. Marco conceptual: ¿qué son las cláusulas sociolaborales?
3. Marcos reguladores: de la «mano ética en la economía» a la «acción positiva» de los poderes públicos.
4. Fundamentos de las cláusulas sociales en la contratación pública: el marco comunitario y el marco constitucional.
5. El régimen jurídico-legal de las cláusulas sociolaborales en la contratación pública: extensión, tipología y límites.
6. Los regímenes particulares: ámbitos de acción preferente para las cláusulas sociales en la contratación pública.
7. La reflexión final: todavía «no se cruza el Rubicón», pero *alea iacta est...*

«El derecho a la existencia es el derecho primordial del hombre. Ahora bien, siendo así que, en general, los medios de existencia solo le pueden ser dados al hombre por medio del trabajo, se sigue de ello que el derecho a la existencia se torna en un derecho para todo hombre a ganarse la vida por medio de su trabajo. El Estado debe, pues, garantizar contra todo menoscabo el derecho al trabajo y a los frutos del trabajo»

JOHN LOCKE (*siglo XVIII*)

1. INTRODUCCIÓN

La compra pública representa hoy más del 15% del PIB de la UE, porcentaje que es muy superior en nuestro país, pues se sitúa en torno al 25%. Por lo tanto, un cuarto de la riqueza española, en los últimos años en aumento, se generaría a través de la contratación pública de obras y de servicios. Consecuentemente, es fácil comprobar cómo este complejo marco normativo-institucional aparece como un instrumento apto para promover objetivos sociolaborales mucho más consistentes, esto es, de un modo más coherente y eficaz, que incluso lo que hasta el momento ha venido representando las políticas de incentivos y subvenciones, como los relativos a las políticas de empleo, inserción y acción social. No ha de extrañar, pues, que a ella se dirijan buena parte de las propuestas que auspician la integración de las *políticas sociolaborales* también en la política de contratación pública, en un contexto en el que todo parece hablar de la célebre *«responsabilidad social»* empresarial –RSE– y del «desarrollo sostenible», pero que en tan limitadas dosis vemos en una economía dominada por la búsqueda del beneficio a toda costa. De ahí, que la tan «cacareada» RSE como nuevo modelo para la gestión ética de las empresas –*business ethics*–, más parece una cuestión de «fe» –cada vez son más los que creen en ella, pero apenas nadie la ve–.

Como es sabido, y a pesar de la diversidad de posiciones y de la extraordinaria confusión que podemos encontrar al respecto, por RSE suele entenderse el conjunto de compromisos asumidos por las empresas para hacer compatible un continuo y competitivo crecimiento económico con el logro del progreso, social y ecológicamente sostenible, de la sociedad en su conjunto, y en especial de todos

los colectivos que se relacionan con ella. A tal fin, se obligan voluntariamente, esto es, sin que derive de una exigencia legal, a la adopción de concretas y mesurables acciones dirigidas a mejorar los derechos sociales, tanto de los trabajadores –actuales o potenciales–, cuanto de sujetos externos, que desbordan los estrictos deberes legales en este ámbito. Por eso dice que la auténtica RSE «comienza allí donde termina su obligación legal», aunque en la práctica este *slogan* responda más bien a un anuncio publicitario que a una realidad.

En definitiva, el auspiciado modelo de gestión empresarial bajo los parámetros de la RSE supone una imagen de la empresa como sujeto activo de las mejoras sociales, pero, eso sí, solo en los estrictos términos que voluntariamente quiera asumir. Pero, ¿no es posible otro modo de concebir esa RSE que permita «tomarla más en serio», de modo que resulte, bajo ciertas condiciones, exigible, al menos desde un enfoque de regulación promocional, pero verificable o controlable?

Pues bien, a ese interrogante pretendo dar una primera respuesta positiva en este trabajo, a partir del análisis de las muy interesantes expectativas jurídico-sociales abiertas por la incorporación de las llamadas «cláusulas sociolaborales» en las políticas y en el régimen jurídico de la contratación pública en nuestro país, a raíz de la entrada en vigor –el 1 de mayo de este año–, de la *Ley 30/2007, 30 de octubre, de Contratos del Sector Público* –LCSP–¹. Como se analizará con cierto detenimiento más abajo, los artículos 102 y 134 LCSP son los principales referentes legales, aunque no los únicos, para «armar» una política de contratación pública orientada social –y ecológicamente– a través de la integración de condiciones sociales –y ambientales– tanto en la fase de valoración de las ofertas –art. 134– cuanto en la de ejecución del contrato –art. 102–. Esta posibilidad encuentra su legitimidad, además de en un marco constitucional excesivamente olvidado a estos efectos –arts. 128 y 131 en relación a los arts. 9.2 y 1.1 CE–, en la *Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, norma que traspone la LCSP y que fue la que por vez primera mencionó explícitamente en la legislación europea aplicable a la contratación pública la posibilidad de incorporar objetivos ligados al desarrollo social y ecológicamente sostenible en los diferentes procedimientos de contratación pública.

El objetivo de este trabajo es, pues, doble. Por un lado, el exponer el nuevo régimen jurídico de la contratación pública que da cabida de modo explícito a fines, principios y derechos de índole sociolaboral, como son la garantía del respeto a los derechos básicos de los trabajadores, de sus derechos de carácter fundamental, así como la mejora de la estabilidad en el empleo, y la igualdad de oportunidades, tanto entre hombres y mujeres, cuanto en relación a otros criterios de vulnerabilidad social –personas con discapacidad, personas en exclusión social...–. Por otro lado, contribuir a desacreditar un falso conocimiento difundido en este ámbito: los límites de Derecho Comunitario. Unos límites que existen, pero que no tienen el alcance que se les da y que han frenado injustificadamente la práctica administrativa en esta dirección. En este sentido, se augura una evolución análoga a la experimentada por las «acciones positivas» –primero cuestionadas, luego auspiciadas–, ya que las cláusulas sociales se integran en esta técnica. Por lo tanto, a la finalidad informativa se añade la de

¹ Para un estudio completo de las novedades que aporta esta importante ley puede verse el comentario de MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Dykinson. 2007.

fomento, en la convicción de que una «*compra pública socialmente orientada*» podría hacer, si está bien diseñada, por la estabilidad en el empleo y por la igualdad más que una ley laboral.

2. MARCO CONCEPTUAL: ¿QUÉ SON LAS CLÁUSULAS SOCIOLABORALES?

El debate sobre las «*Cláusulas Sociales*» no es en modo alguno nuevo, pues en realidad se remonta a la misma razón de ser de los Estados Sociales de Derecho, sea en los planos nacionales sea en el plano internacional. No obstante, queda claro que su marcada actualidad coincide con el creciente empeoramiento de las condiciones laborales de las personas de todo el mundo, incluidos amplios colectivos de población activa de los llamados países desarrollados, y con la globalización económica y sus procesos de descentralización productiva internacional, en cuanto que conllevan la reducción de los estándares de protección jurídica. Precisamente, la incorporación de este tipo de cláusulas a los instrumentos contractuales a través de los que se lleva a cabo la actividad mercantil aparece como una de las estrategias más potentes en orden a favorecer un comercio socialmente justo –cláusulas de tipo sociolaboral– y ecológicamente sostenible –cláusulas ambientales–.

Desde esta perspectiva, por tal «Cláusula Social» cabe entender toda disposición incluida en un contrato o acuerdo comercial en virtud de la cual la parte prestadora del servicio o ejecutora de la obra asume, como condición de acceso o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política sociolaboral, como son la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, en especial de la igualdad de oportunidades... Es oportuno advertir que el debate se ha reabierto fundamentalmente en relación al control de los efectos negativos de la citada internacionalización de la economía –globalización–, centrándose en las «cláusulas sociales» de los Acuerdos o Tratados Comerciales internacionales, en aras de la universalización de los derechos laborales, también los países en vía de desarrollo, como ansía la OIT y se resiste la OMC, aun en el marco de una intensa polémica entre partidarios y detractores de este tipo de cláusulas de la contratación. En este mismo marco, más recientemente se propone un uso de las cláusulas sociales en los acuerdos comerciales internacionales para favorecer la consecución de los objetivos del movimiento a favor de esa forma alternativa al comercio internacional convencional que es el llamado «*Comercio Justo*». Ahora bien, igualmente es obligado evidenciar que no menos relevancia tiene el movimiento a favor de incorporar las «cláusulas sociales» en los contratos celebrados por las AAPP, cualquiera que sea su ámbito –comunitario, estatal, autonómico, local–, a fin de conseguir mejorar los deteriorados estándares laborales acordados en el seno de la OIT incluso en los países desarrollados, al menos respecto de ciertos colectivos.

En el debate teórico, ambas perspectivas de análisis presentan similitudes, en el plano de los fundamentos –económicos y éticos principalmente–. En este sentido, en todos los casos estaríamos ante formas de «comercio ético» –*ethical trade*–, en cuanto que representaría modos de gestión de los proveedores, y en general de lo que hoy se conoce como «cadena de valor», basados en la garantía de cumplimiento por parte de todos los agentes económicos de dicha cadena de Códigos de Conducta, elaborados por lo general por los grandes contratantes o empresas principales, en los que se fija un estándar de protección basado en los derechos laborales básicos fijados por la OIT. Y también

existe esta conexión en el plano de las críticas, especialmente en su consideración *como barreras al «libre» comercio*, del lado del enfoque económico más ortodoxo, y por su ineficacia e ineffectividad, al privar de controles coercitivos y de sanciones la protección de los derechos laborales, del lado del enfoque garantista clásico, típico de la función reguladora mediante normas jurídicas y de la potestad de policía laboral.

Ambas son relevantes para nuestro tema, sin perjuicio de sus diferencias. En este sentido, no puede sorprender que la propia LCSP española no se haya podido resistir a dar respuesta a la problemática emergente del denominado «Comercio Justo». De ahí que, primero, en su Exposición de Motivos subraye, al sintetizar las novedades, cómo *«la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental...»* no sería más que el primer paso para ir, a partir de este instrumento, *«prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados... como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo 2005/2245 (INI)...»*. Luego, en la disposición adicional 6.^a 4 establecerá la posibilidad de abrir la compra pública a los productos para los que exista en el mercado alternativa de Comercio Justo.

Por eso, es la propia LCSP la que abre un espacio de análisis común que aquí solo puedo dejar esbozado. Primero, por su fundamento, en especial por basarse en gran medida en la búsqueda de nuevas vías para garantizar el respeto del citado estándar sociolaboral derivado del Derecho Internacional, en especial de las normas de la OIT y de las Convenciones de la ONU, que constituyen su marco normativo de referencia. En última instancia, las cláusulas sociales de «Comercio Justo» o «*fair trade*» –que exige un «comercio ético», si bien este concepto es distinto a aquel– persiguen el *desarrollo sostenible de los productores excluidos* y en posición de inferioridad.

Segundo, por su mecanismo operativo, pues las «Cláusulas Sociales» en el comercio internacional y en las contrataciones públicas «internas» responden a un modelo de protección o de tutela de los derechos sociolaborales básicos, incluidos los vinculados a la política de empleo, basados en *sistemas de incentivos* antes que en cláusulas de penalización. Con ellas se *busca otorgar un trato comercial o contractual preferente* a quien no solo cumple con sus deberes jurídicos sino que, al mismo tiempo, se implica en la realización de los fines u objetivos de política social, y no ya sancionar o disuadir a quien no se compromete ², sin perjuicio de dejar fuera de la contratación, eso sí, a quien incumple con sus deberes legales, pues en este caso se trata de exigencias que han de asegurarse para todos los sujetos concurrentes.

Tercero, las Cláusulas Sociales reflejan la colisión entre dos principios jurídicos que han de regir la actividad económica en una economía de mercado: por un lado, el *principio de igualdad de oportunidades* para todas las personas a la hora de acceder a los bienes y derechos sociolaborales, por otro, el *principio de libertad de concurrencia* y de gestión en los mercados. Como puede comprobarse, la situación de tensión o de conflicto es análoga a la que genera, en el ámbito de las polí-

² Para las Cláusulas Sociales en el tráfico jurídico-mercantil internacional *vid.* VALOR MARTÍNEZ, C. «Cláusulas sociales». *Boletín Económico de ICE*, n.º 2.882, 2006, págs. 39 y ss.

ticas de empleo, la incorporación de la técnica de las «acciones positivas», en cuyo marco conceptual han de incluirse las «Cláusulas Sociales» como veremos en el próximo apartado, por lo que la solución habrá de buscarse con el mismo planteamiento ponderador que en este caso, de modo que la indudable legitimidad de las mismas no puede entenderse de un modo pleno o absoluto sino condicionado, por lo que su licitud, también su eficacia, dependerán en gran medida de la tipología y de las condiciones de diseño y aplicación.

Finalmente, en ambos casos encontramos análogos problemas en torno a su impacto, por cuanto adolece de *limitaciones para alcanzar el objetivo* de mejorar realmente la protección sociolaboral buscada. No obstante, sí suponen un avance en relación a los instrumentos actuales de la regulación ética de la responsabilidad social.

En este estudio, me centraré en la figura de las «Cláusulas Sociolaborales» en el plano de la contratación administrativa española, aun prestando alguna atención a las Cláusulas Sociales de Comercio Justo. Estas han recibido, como he anticipado, una atención específica en la LCSP, a través de la apertura de la contratación a Cláusulas que den preferencia a los productos para los que existe la llamada alternativa de «Comercio Justo» –referida disp. adic. 6.ª, apartado 4, LCSP–.

3. MARCOS REGULADORES: DE LA «MANO ÉTICA EN LA ECONOMÍA» A LA «ACCIÓN POSITIVA» DE LOS PODERES PÚBLICOS

3.1. «Dos modelos y un destino»: de la «gestión ética» –*business ethic*– al modelo de «orientación pública» de la RSE.

Precisamente, una de estas vías de «progreso» en el respeto global de tal estándar de protección sociolaboral es el movimiento o corriente de pensamiento económico, en donde confluyen dispares intereses y motivaciones –que van desde la retórica de corte filantrópico, hasta la innovación en «marketing» empresarial, pasando por impulsos de «moralización» económica, nuevas estrategias de gestión eficiente...–, que se conoce bajo la etiqueta de «*Responsabilidad Social Corporativa*» o «Empresarial» –RSC, RSE–. La RSC, para muchos, a los que no les falta algo de razón, más bien solo una moda directiva –«*management fashion*»³–, implicaría un modelo de gestión que reclama la atención empresarial, como línea estratégica, para que desarrolle sus actividades económicas, comprometiéndose activamente con la mejora global de la comunidad en que se

³ Una «moda de gestión» se define como una «*creencia colectiva, relativamente transitoria y difundida a través de empresarios del conocimiento de gestión, que postula que una determinada técnica de gestión se encuentra a la cabeza de la racionalidad y del progreso en dirección de empresas*». Cfr. ABRAHAMSON, E. y FAIRCHILD, G. «Management Fashion:...». *Administrative Science Quarterly*, 44, 1999, pág. 709. Como tal moda, suele tener un ciclo de vida relativamente corto, pero de reedición periódica –recuérdese que la RSE se remonta en el tiempo–, y no significa, en cualquier caso, un juicio negativo o peyorativo, pues puede tener elementos positivos y de mejorar, aunque bastantes menos de los efectos taumáturgicos –la solución a todos los problemas de injusticia social del mundo vinculados al modelo económico capitalista– que se les supone.

insertan. De este modo, el crecimiento económico y el beneficio, objetivos primarios de toda empresa, no irían en contra de la sociedad que la sostiene sino a su favor, por lo que al argumento económico –la RSC supone una clara ventaja competitiva para las empresas que la practican de modo estructural–, se añade otro de carácter netamente ético –la protección de los derechos laborales debe ser universal–.

Naturalmente, no es mi intención entrar aquí en un análisis, ni siquiera básico, de un concepto tan ambiguo y difuso, aún hoy en fase experimental, como el de la RSC, respecto del cual mantengo, no lo oculto, serias reservas, y en todo caso un gran escepticismo, al menos en las versiones más extendidas hasta el momento. Si lo traigo a colación es porque no hay documento comunitario sobre nuestro objeto de estudio, las «Cláusulas Sociales», en cualquiera de sus modalidades, que no vincule, de una manera más o menos estrecha, esta figura a la RSC, y viceversa.

Así sucede, por ejemplo, por limitarnos a las formulaciones más recientes, en la Resolución del Parlamento Europeo, 13 de marzo de 2007, sobre la *responsabilidad social de las empresas: una nueva asociación* [(2006/2133(INI)] que, tras una tediosa y casi interminable enumeración de documentos, normas –jurídicas y de normalización–, y proyectos de normas vinculados a estos temas –lo extenso y heterogéneo del listado ya evidencia la ambigüedad y caos que reinan sobre el tema–, manifiesta su convicción de que la RSE –RSC–, «unida al principio de responsabilidad empresarial», representa un «*elemento esencial del Modelo Social Europeo y de la Estrategia Europea de Desarrollo Sostenible a la vez que responde a los retos sociales de globalización económica*» –punto 1–. En esta misma dirección, su Resolución de 6 de julio de 2006, **relativa al comercio justo y desarrollo sostenible**, pone de relieve que el comercio justo «y otras iniciativas comerciales sujetas a controles independientes» –sistemas de certificación y auditoría– «contribuyen a reforzar» tanto las normas sociales como las ambientales y se revelan como «*herramientas útiles para lograr que las empresas sean responsables socialmente*» (punto 25). De ahí, que la misma Resolución celebre «*la introducción de cláusulas sociales y medioambientales especiales dentro del Sistema de Preferencias Generalizadas...*», relativo, como veremos con algún detalle, a la ordenación de la política comunitaria de comercio.

Recuérdese que el discurso ideológico-político que está tras esta incesante maraña de documentos e iniciativas no es sino el que anima la Estrategia Europea por el Empleo –EEE–, esto es, la necesidad de que el crecimiento económico, prioritario para la UE, avance en paralelo a la cohesión social y a la protección ambiental, en definitiva, que implique un desarrollo sostenible. En definitiva, para que el crecimiento económico sea sostenido y sostenible requiere, al menos, un doble Balance positivo por parte de las empresas: el Balance Social y el Balance Ecológico. Ahora bien, esta adhesión inicial al «concepto» de RSE –RSC–, en su sentido genérico de «*integración voluntaria de las consideraciones medioambientales y sociales en las actividades empresariales*» –punto 4–, conforme la entiende la Comisión ⁴, no puede resultar para el Parlamento Europeo incondicional, eviden-

⁴ Aunque con posterioridad ha elaborado otros muchos documentos, sigue siendo referente básico el llamado «Libro Verde» de la Comisión para «Fomentar un marco europeo sobre la responsabilidad social de las empresas» (2001), así como la *Comunicación relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible* (2003). Vid. PERDIGUERO, T.G., *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*, Anagrama, Barcelona, 2003. Más ampliamente, KOTLER, Ph. y LEE, N. *Corporate Social Responsibility. Doing the most good for your company and your cause*, John Wiley & Sons, New Jersey, 2005.

ciando no solo las carencias teóricas, por su «inmadurez» y por exceso de «confusión», que la RSE mantiene a día de hoy, sino por sus propias limitaciones para avanzar en los objetivos sociales, así como por sus contradicciones.

Desde esta perspectiva de crítica constructiva, además de evidenciar algo obvio, como es el que continúa abierto el debate sobre la delimitación apropiada de RSC, llama valiente y oportunamente la atención sobre sus limitados y, en algunas ocasiones por todas conocidas, contraproducentes efectos. Así, en primer lugar, pone de manifiesto cómo la extremada diversidad de iniciativas voluntarias de RSE o RSC, desincentiva para llevar a cabo «acciones de RSE más creíbles», por lo que reclama un papel más activo de la Comisión en orden a la «elaboración de una lista de criterios que las empresas deberían respetar si desean afirmar que son responsables» –punto 5–. En segundo lugar, entiende que el concepto de «ir más allá del cumplimiento» de la legislación social y ambiental se ha revelado ambiguo, por cuanto está permitiendo que las empresas puedan «afirmar que dan pruebas de responsabilidad social a la vez que violan la legislación local e internacional» –esto es, y si se nos permite traer a colación el vulgar, pero muy gráfico, dicho popular, «a Dios rogando y con el mazo dando»–. En tercer lugar, advierte contra un uso desviado de las políticas de RSE en el plano regulador, ya sea porque representen un «intento de introducir legislación» en un espacio en el que debería estar ausente, dominando la regulación autónoma, ya en la medida en que pueden constituir, como sucede mucho más a menudo en la práctica, *un modo de desplazar la regulación normativa y contractual –convencional– adecuada* en los ámbitos social, ocupacional y ambiental por reglas de origen y, sobre todo, de cumplimiento estrictamente voluntario, sustituyendo las empresas a los poderes públicos tanto en el papel de sujeto regulador como de sujeto garante del respeto a las normas sociales y ambientales (punto 4).

De este modo, el Parlamento Europeo concluye algo que resulta obvio para mí: el debate de la UE en materia de RSE «ha llegado a un punto en el que el énfasis debe pasar de los "procesos" a los "resultados", logrando una contribución medible y transparente de las empresas en la lucha contra la exclusión social y la degradación ambiental en Europa y en todo el mundo» –punto 7–. Pero esta constatación lleva de inmediato a la necesidad de buscar criterios o parámetros de fiabilidad o credibilidad de las iniciativas empresariales en tal sentido cuando se comprometen a ir más allá del cumplimiento de los principios y normas laborales –y ambientales– existentes no ya a escala nacional, sino incluso internacional –OIT–. Para ello es imprescindible que sean «terceros independientes» los que controlen la veracidad de estos compromisos y no dependa, como ahora sucede en la mayor parte de los casos, de los propios Informes, Auto-evaluaciones o Balances Sociales de las empresas que dicen –más bien aparentan– seguir ese modelo, que terminan siendo simples ejercicios de «relaciones públicas» –puro «marketing» o publicidad–, sin un contenido o impacto real ⁵.

El reconocimiento de que muchas empresas realizan, o están dispuestas a realizar, esfuerzos importantes y crecientes para cumplir con estas responsabilidades sociales, no puede obstar, pues, al establecimiento de instrumentos adecuados para velar por el seguimiento de estos modelos de gestión y por la verificación independiente. El problema, una vez más, surge o emerge porque no hay tampoco un único modelo para llevar a cabo este control externo. En este sentido, bien se puede apostar

⁵ A menudo en el discurso de la RSC vemos algo parecido al conocido «síndrome de la mujer del César», pero a la inversa, esto es, las empresas se empeñan mucho más que en «ser honradas» en «parecer honradas», primando su imagen –cosmética– sobre su actual práctico –ética–.

(1) por una mayor implicación de los poderes públicos o autoridades en esta actividad de control, mediante clásicas y nuevas técnicas, bien cabe preferir, al contrario, como parece está sucediendo, (2) reforzar el papel de entidades privadas que, normalmente sin ánimo de lucro, se dedican a elaborar «*normas internacionales de responsabilidad social*», nuevamente de carácter voluntario, a partir de las cuales otras entidades, normalmente con ánimo de lucro, «*certifican*» que el sistema de gestión empresarial responde a dicha norma, pudiendo «*acreditar*» la implantación a quienes lo requieran –proveedores, consumidores, poderes públicos...–.

Este segundo modelo regulador y de control, responde a la típica *actividad de normalización* que encontramos consolidada tanto en materia de gestión de calidad como ambiental, que tiene por objeto establecer, ante problemas reales o potenciales, disposiciones o reglas destinadas a usos comunes y repetidos –estandarizados–, con el fin de obtener un nivel de ordenación o regulación óptima en un contexto dado, que puede ser tecnológico, político-social, o económico, según la conocida definición dada por la ISO –*International Organization for Standardization*–. Precisamente, el creciente interés por garantizar que las personas implicadas en los procesos económicos tienen reconocidas condiciones dignas y seguras de trabajo está fomentando que aumente al mismo tiempo el interés por la «certificación social» –de modo análogo al certificado de calidad industrial y a la certificación ambiental–, proliferando las entidades dedicadas a esta actividad, que tiene las más diversas manifestaciones –«etiquetados verdes» o «eco-etiquetas»; «etiquetas sociales»; sellos de Comercio Justo...–.

El problema reside, como se verá, si bien sucintamente, en que ni existe un acuerdo internacional que sea suficientemente representativo al respecto, ni deja de ser un control voluntario. Por tanto, *sigue dominando en extremo el enfoque de gestión ética* en una materia, la política sociolaboral, que es un imperativo del Estado Social de Derecho. De ahí que, este enfoque de la «mano ética en la economía», esté, si se presenta sin el auxilio de la norma jurídica, imposibilitado para provocar cambios significativos en la mejora de los fines sociales –igualdad, salud laboral, estabilidad, inserción de personas excluidas–, en cuanto que no puede suponer cambio estructural.

3.2. La «presión» del mercado global: «normalización internacional» de los sistemas de gestión socialmente responsable.

Sabido es que entre el modelo regulador de la normalización y el de la norma jurídica no tiene por qué existir una relación de contradicción, de modo que la primera desplace a la segunda, con el consiguiente dominio de lo voluntario respecto de lo que es imperativo, sino que más bien se propone una relación de complementariedad, entre las «normas técnicas estandarizadas» y las normas jurídicas, e incluso fomenta una relación de carácter suplementario. En este sentido, la normalización, si bien instrumentada, puede ser una herramienta útil para las políticas públicas, dado que constituye un complemento de la reglamentación y una referencia para la apertura y la transparencia de los mercados públicos respecto de ciertos fines, sean técnicos –solvencia técnica–, sean sociales –responsabilidad social–, sean ambientales –respeto ambiental–. En este sentido, la normalización puede promover la creación de un idioma o un lenguaje común a todas las organizaciones, contribuyendo de modo importante a la transparencia y a la seguridad de los mercados.

Desde esta perspectiva, no sorprende que las Organizaciones Internacionales que, como se ha recordado, abanderan la promoción de modelos de gestión, y no ya solo de prácticas, socialmente responsables por parte de las empresas –OIT, ONU, UE...–, tratando de crear una mayor conciencia entre el empresariado de todo el mundo sobre los beneficios de todo tipo de la «Responsabilidad Social», fomenten en paralelo a esta política la creación de herramientas que permitan documentar y verificar, por terceros, el ajuste de la gestión a los criterios de la norma estandarizada. Así, se desarrollan instrumentos tales como el «*Balance Social*», herramienta que permite medir la gestión social de las organizaciones, así como la «*Auditoría Sociolaboral*», para verificar que se cumple en todo momento la «*Norma Internacional*» que rige el modelo de gestión. Precisamente, entre los sistemas de certificación más reconocidos en materia social está la *Norma Internacional SA 8000* (Social Accountability International).

Esta Norma de Certificación Social, de origen norteamericano y cuya última versión conocida es la de 2002 –si bien estaba prevista otra para el año 2007–, tiene como objetivo mejorar el entorno de trabajo y combatir la explotación laboral, a través de la *aplicación voluntaria de estándares de trabajo en las empresas*, cuya implantación será verificada de modo independiente y con informes públicos –auditorías–. SAI es una organización sin ánimo de lucro especializada en la elaboración, implantación y supervisión de normas de responsabilidad social verificadas voluntariamente.

El origen de la misma está en la constatación de la ineficacia de los diferentes Códigos de Conducta y Reglamentos Internos establecidos por las empresas –típicos instrumentos de la referida, y aquí cuestionada, gestión puramente ética– para responder a la demanda de mayor exigencia sociolaboral en los procesos productivos. El resultado fue que estos códigos de conducta organizacional presentan notables deficiencias, entre las que destacaba una extrema incoherencia, una costosa aplicación –la implantación de las normas de certificación no son tampoco baratas– y el que las técnicas de seguimiento –evaluación– no garantizaban resultados efectivos. La necesidad de promover una diferente «filosofía», la propia de la certificación que orienta a las normas de la Serie ISO –prima el enfoque de atención «al cliente» (interno y externo), la participación y el compromiso de todos, la gestión centrada en procesos, y la mejora continua–, llevaría a adoptar esta Norma, que no tendría más diferencia en lo sustancial con las típicas de la ISO que la finalidad perseguida: está orientada a asegurar condiciones de trabajo decentes –trabajo digno: saludable, seguro, iguales condiciones para todos, respetuoso con los derechos humanos en general–, dentro del contexto de una global gestión ético-social, utilizando acciones correctoras, preventivas y auditables por terceras partes.

Conviene en todo caso poner de relieve que la adopción de esta Norma por las diferentes empresas no es estrictamente «voluntaria», como exige el presupuesto de referencia de este modelo regulador, sino que a menudo se explica por la presión, o exigencia, llevada a cabo por la organización o empresa cliente⁶. En este sentido, con sorprendente frecuencia lo que no consigue la razón de

⁶ Un ejemplo documentado al respecto: en el año 2000, la empresa Avon de Venezuela, de quien Antonella es proveedora de ropa, le solicita que se certifique en la Norma SA8000 como condición para mantener su relación comercial, en el mes de noviembre del mismo año la firma B. Veritas le realiza una pre-auditoría y recomienda algunas modificaciones y ajustes que la empresa acoge iniciando un programa de sensibilización y capacitación sobre el tema, concientes de la importancia de asumir este proceso Antonella a su vez, inicia un proceso similar con sus proveedores: Manufacturas Eliot, Gráficas Acosta, Coltepunto, Protela, Confecciones Sant Even. *Vid.* GALLEGO FRANCO, M. «SA 8000-Social Accountability». *Revista Universidad EAFIT*. Vol. 39, n.º 132, pág. 52.

Estado –el carácter imperativo de las normas jurídicas–, si lo consigue la razón del Mercado –la exigencia de la empresa principal de adoptar un determinado modelo de gestión, acorde con sus demandas y necesidades, bajo la «amenaza» de cesar en la relación comercial con ella, lo que a menudo supondría quedar fuera del mercado, por la posición de control y /o dominio del mismo que tienen–. En definitiva, lo usual es que la adopción de un modelo, más o menos integrado en la actividad empresarial, de gestión ética y socialmente responsable no sea estrictamente «voluntaria», esto es, derivada de una libre decisión empresarial, sino más bien «orientada», cuando no «forzada», por la empresa productora o cliente, al ponerla como condición para establecer el negocio.

Pero ¿cuál es el marco normativo jurídico de referencia para esta regla de normalización internacional de la gestión ético-social? En este sentido, dispone expresamente la necesidad de establecer un estándar de cumplimiento superior al que prevén las normas nacionales, de modo que:

«La organización deberá acatar la legislación nacional y cualquier otro derecho aplicable, cumplir con las obligaciones a las que la empresa se someta voluntariamente y con lo establecido en la presente norma. Cuando tanto la legislación nacional y los otros derechos aplicables, cuanto las obligaciones a las que la empresa se someta, así como la presente Norma, traten de la misma cuestión, se considerara aplicable la más estricta» (SA8000, 2003).

Más particularmente, esta «Norma Internacional» se fundamenta en el respeto a los principios universales del Derecho Humanitario, que incluye:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.
- La Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de Discriminación contra la mujer.

Así como 11 de los Convenios de la OIT, a saber:

- Convenciones 29 y 105: Trabajos forzados y esclavitud.
- Convención 87: Libertad de asociación.
- Convención 98: Derecho de negociación colectiva.
- Convenciones 100 y 111: Igual remuneración para trabajadores y trabajadoras por trabajo de igual valor, discriminación.
- Convención 135: Representantes de los trabajadores.
- Convención 138 y Recomendación 146: Sobre edad mínima.

- Convención 155 y Recomendación 164: Salud y seguridad en el trabajo.
- Convención 159: Rehabilitación y empleo de personas con discapacidad.
- Convención 177: Trabajo en el hogar.

Con base en lo anterior, se establecieron como temas a tratar por la Norma, y sobre los cuales deberá acreditarse la empresa que así lo desean, los siguientes:

- Trabajo Infantil.
- Trabajo Forzoso.
- Salud y Seguridad, Asociación Libre y el Derecho a la Negociación Colectiva.
- Discriminación.
- Prácticas Disciplinarias.
- Horarios de trabajo.
- Compensación –Remuneración–.
- Sistemas de gestión.

No podemos entrar en su análisis detenido. Pero algo es absolutamente evidente cuando se lee con detenimiento. No hay nada, o muy poco, de voluntario en esas normas, sino que se trata por lo general de estrictos deberes legales, exigidos ya directamente en cumplimiento de la normativa jurídica internacional. Bastarán algunos ejemplos. Así, respecto de una cuestión tan importante como el tiempo de trabajo, se prevé que:

«La jornada laboral normal será como la defina la ley, pero no excederá de 48 horas. Se otorgará al personal un día libre por cada período de 7 días trabajados. Todo trabajo que implique horas extras será reembolsado con paga adicional superior a la de las horas normales, pero en ningún caso deberá superar 12 horas por empleado por semana.»

Por lo que concierne a una cuestión tan significativa y de actualidad, como la igualdad, se establece que:

«La compañía no efectuará ni auspiciará ningún tipo de discriminación. Tampoco interferirá en el ejercicio de sus derechos a observar sus prácticas religiosas o en las necesidades de satisfacer sus necesidades que vengan determinadas por su raza, casta, origen nacional, religión, discapacidad, género, orientación sexual, participación política o sindical». Asimismo: «No permitirá comportamientos, incluyendo gestos, lenguaje, y contacto físico que sea desde el punto de vista sexual coercitivo, amenazador, abusivo o explotador» (SA 8000, 2003).

En alguna ocasión, a través de la técnica de equivalencia, sí puede entenderse que va más allá de la norma laboral vigente en el ámbito local, pero en absoluto va más allá del estándar universal de regulación, como es el caso de la normativa reguladora de los derechos colectivos:

«La compañía respetará el derecho de sus empleados a formar sindicatos, y a ser miembros del sindicato de su elección, así como a negociar colectivamente. En aquellos casos en que la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva estén restringidos por la ley local... la compañía facilitará instrumentos paralelos para que todo el personal pueda asociarse libremente, y negociar colectivamente...».

En cambio, por lo que respecta al modo de gestión empresarial, la Norma SA 8000 tiene un propósito diferente, en cuanto busca definir procedimientos para una efectiva gestión que garantice su implementación y auditoría. Actúa de complemento de los «ítems» anteriores, de modo que no solamente se alcancen los estándares definidos sino que garanticen que están en vigor de modo continuado –garantía de mantenimiento–, lo que habrá de ser verificado periódicamente por terceros –auditoría–. Los criterios son los siguientes:

- Las Políticas que rigen la organización deberán definir lo concerniente a la responsabilidad social que esta debe cumplir, por lo que su aplicación no obedecerá a una decisión coyuntural de la compañía. Incluirá también el compromiso de acatar no solo la legislación nacional vigente sino cualquier otro Derecho aplicable, respetando los instrumentos internacionales establecidos.
- La aplicación debe incorporar a la representación de los trabajadores, que se elegirán democráticamente. El papel del representante de los trabajadores será comunicar a la alta dirección los hechos que atenten contra los principios de la norma.
- La compañía debe definir los roles y responsabilidades dentro de la estructura que permitan el cumplimiento de los estándares, garantizando al mismo tiempo que los requerimientos de la Norma sean conocidos, comprendidos y aplicados por todo el personal. A tal fin, se dará la más amplia información, comunicación y entrenamiento –competencia– a todo el personal, incluyendo altos cargos y cuadros intermedios.
- Un aspecto importante, por lo que se comentará respecto del artículo 102.1 *in fine* de la nueva LCSP, aunque especialmente polémico, es el control que la empresa debe ejercer sobre sus proveedores, ya que en el proceso de certificación la empresa deberá demostrar que sus proveedores también cumplen con los mismos estándares, es decir, que en sus procesos productivos y/o de servicios no ejecutan acciones lesivas para los derechos establecidos por la norma –el llamado «enfoque de cadena de valor»⁷. No obstante, y evidenciando el carácter mínimo y sobre todo muy flexible de esta Norma, se permite que la compañía establezca un Plan de acción a largo plazo y un acompañamiento a los proveedores, de modo que no se exige un cumplimiento inmediato de los mismos estándares en toda la cadena de valor, admitiendo un cumplimiento gradual y progresivo.

⁷ El caso más conocido fue del de la Fábrica de Zapatillas NIKE, que de un valor de venta 85.0 Dólares por par de zapatos, solo 2,50 equivale a la mano de obra, sin contar las condiciones físicas en las que se realiza la labor.

- Comunicación externa: será responsabilidad de la compañía divulgar a todas las partes interesadas e ir creando conciencia sobre la necesidad de generar una cultura de trabajo diferente –entre estos «públicos externos» se sitúa a las Universidades, ONG's, prensa, comunidad, asociaciones profesionales...–.
- Finalmente, la empresa se compromete a garantizar las condiciones necesarias para que se lleve a cabo el imprescindible proceso de auditoría, facilitando información, entregando registros, etc.

Se ofrece una opción de cumplimiento, según el tipo de empresa y actividad. Si se dedica a la venta minorista, la integración como *Miembro en la entidad SA 8000*, con lo que se compromete a asumir su filosofía y buscar proveedores que acojan estos principios. Si se trata de fabricantes o proveedores, será la de *Certificación en SA 8000*, inicialmente como asesoría y posteriormente aceptando la verificación por parte de los auditores acreditados por la SAI. Esto permitirá asegurar a sus clientes que los bienes que produce se dan en ambientes de trabajo socialmente responsables. Esta certificación en la Norma SA 8000 requiere la auditoría de terceras partes, esto significa que es una firma independiente a la organización y con facultades para hacerlo quien la ejecuta. Pero no es contratada por esta, sino por la entidad certificadora ⁸.

En España apenas una veintena de empresas –en el mundo serán unas 1.000 empresas– cuentan con esta certificación –ejemplo, en el sector de la construcción, el Grupo Dico Empresarial–. Esta escasa implantación evidencia la debilidad que siguen presentando los instrumentos de exigencia puramente voluntaria –en el plano jurídico–, y dependientes de las estrictas «fuerzas de mercado», que tienden más a la «libertad» que a la «racionalidad social». No obstante, la implantación de sistemas de gestión auditables socialmente responsables cuenta con otros referentes, con análoga suerte ⁹.

En este sentido, algunas empresas españolas incluyen en su Certificación en Responsabilidad Social con arreglo a la nueva *Norma SG21*, elaborada por la entidad sin ánimo de lucro, FORÉTICA. La *Norma de Certificación ética «SG21»*, Norma de Empresa, se presenta como el primer sistema de gestión de la responsabilidad social europeo que permite, de manera voluntaria, auditar procesos y alcanzar una certificación en Gestión Ética y Responsabilidad Social. En este sentido, serían en torno a medio centenar las organizaciones que se acogen al sistema de gestión ética, para probar y

⁸ A nivel internacional son muchos los países que ya vienen implementando la norma SA 8000, entre ellos: Bélgica, La India, Italia, Tailandia, Hong Kong, Pakistán, Indonesia, El Reino Unido, Vietnam, Taiwan, Malasia, Brasil, Filipinas, China, Kenya, y Suiza. Siendo el más representativo *Italia* por tener el mayor número de empresas certificadas, nueve en total de sectores como el transporte y comunicación, aunque con participación también en el campo de la salud, la construcción, y los textiles. Las certificaciones internacionales se han otorgado a empresas de sectores Manufacturero, Textil, Salud, Productoras de Farmacéuticos, Productos Alimenticios, Químicos, Bebidas, Tabaco, Equipos, Transporte, Comunicaciones, Financiero, Construcción, Automotriz, entre otras. En EE UU, además, se complementa con el contenido de la *Norma WRAP* (Worldwide Responsible Apparel Production), que es igual a la SA 8000 pero adiciona tres capítulos diferentes –ambiente, leyes aduaneras y prohibición del tráfico de drogas–.

⁹ Son diversas las empresas consultoras acreditadas para certificación de este tipo de normas, como es el caso de Bureau Veritas, consultora especializada en la Certificación respecto de las normas éticas: SA-8000, SGE-21 (promovida por FORÉTICA) y AA1000.

verificar su compromiso voluntario de integrar la RSE en su estrategia y operaciones. La SGE 21, cuya última versión es de 2007, parece ser el estándar de normalización más utilizado en lo que se refiere a certificación de sistemas de gestión de la responsabilidad social en España ¹⁰.

Sin profundizar más en esta dirección, y sin perjuicio de lo que se comentará más abajo cuando tratemos específicamente la cuestión del papel de las Cláusulas Sociales en el progreso para implantar la cultura preventiva en las empresas, conviene recordar aquí que también en este ámbito existe una dura pugna por el «mercado de la certificación» de los sistemas de gestión preventiva, entre ISO ¹¹ y la OSHA, de la que no es ajena la propia OIT. Una batalla que, trufada de intereses económicos más que humanitarios o de mejora de la salud de los trabajadores, de momento parece ir ganando la última, a juzgar por el desarrollo que comienza a adquirir, con el apoyo de AENOR –la entidad certificadora española–, *la Norma OSHA 18001*, en materia de gestión de prevención de riesgos, si bien análoga a las Normas sobre certificación de sistemas de calidad y ambiente... ¹².

3.3. La dimensión transversal de los fines sociales en las políticas públicas: el ejemplo de la Estrategia Europea por el Empleo.

Los costos que tiene la implantación de estas Normas son elevados. Si a ello añadimos la complejidad, se entenderá el alejamiento de las PYMES de este sistema, por lo que la mayoría del tejido empresarial permanece ajeno a él. Pero el problema principal continúa estando en su lógica puramente voluntaria.

A día de hoy, no pasa de ser la RSE un conjunto de prácticas, más o menos difundidas en ciertas empresas, pero con una muy escasa capacidad para convertirse en un modelo realmente referencial para la gestión empresarial. Sin una acción pública de fomento consistente el progreso de la RSE sobre la base de «normas éticas» seguirá siendo más una quimera que una utopía.

Cierto, como se ha anticipado, que la normalización y certificación sociales pueden promover una cierta superación de la imagen hoy absolutamente episódica del modelo de gestión empresarial socialmente responsable. Una mayor difusión de estas técnicas podría hacer que su alcance no se redujera a algunas prácticas de carácter social, más de índole «interno» que «externo» y, a menudo, estructuradas a través de «Fundaciones Sociales» que se crean para cumplir este objetivo, y que son vistas como «entidades autónomas» –y «externas» y de influencia residual o marginal– respecto al

¹⁰ La aprobación por FORÉTICA de la norma SGE 21 con rango de Norma de Empresa, significa para las organizaciones, que le concedan este valor, un medio que les permita evaluar por tercera parte el grado de implantación de la Norma en su organización.

¹¹ En 2010 está prevista la publicación de la NORMA ISO 26000 –Responsabilidad Social–, si bien parece no tener, al menos en principio, propósito de ser certificadora, reguladora ni de estricto uso contractual. Se trata, pues, más de una Normativa-Guía que de una Normativa-Certificación, como sí es la SA 8000, con la que, en principio, no entraría en conflicto –su estructura y contenido son análogos–.

¹² Para la integración de sistemas de gestión de calidad, ambiente y prevención, de interés la Norma ISO 66177:205 «Guía para la integración de los sistemas de gestión». Siguen el mismo marco de normalización, certificación-acreditación y auditoría que las ISO 9000 (calidad) y 14000 (ambiente).

núcleo duro de la «Corporación Económica». Por lo mismo, la conexión de este sistema de certificación con los típicos de calidad y ambiente, podrían enfatizar el enfoque económico que late en este concepto –la responsabilidad social como una inversión productiva a medio plazo y no como un gasto social–, relegando la imagen dominante hoy que asocia la RSE con acciones filantrópicas o asistenciales, según los usuales parámetros de la liberalidad empresarial o donación, incluso con la contrapartida de obtener importantes exenciones tributarias, o como un modo de obtención de cierta rentabilidad a pequeñas inversiones –es el caso de los «Fondos Éticos de Inversión»–.

De este modo, la divulgación de este modelo regulador podría facilitar la propia intervención más estructural de los poderes públicos, en los términos que se dirán al analizar el nuevo régimen jurídico de las citadas Cláusulas Sociales en la contratación pública¹³. Pero, mientras la ordenación de la RSE se vincule con la gestión ética y voluntariosa, adolecerá de límites intrínsecos para poder alcanzar los objetivos que se propone. Sin embargo, a mi juicio, *existe otro modo de concebir la RSC*, y es poner el acento en su configuración como *un nuevo modelo de respuesta «cooperativa» entre organizaciones y poderes públicos debida por ambos a las expectativas y derechos que se generan en la relación de mutuo beneficio –y cooperación– que se establece con los diferentes «stakeholders»* (sujetos o grupos con los que se relaciona).

Es esta interacción la que haría posible su existencia desde una relación de interdependencia, pues las empresas no serían sino subsistemas de acción de tipo socioeconómico integrados en un sistema más global que es la sociedad. Una idea que recoge de modo paradigmático la STCO 88/1985, en relación a la vigencia en la empresa de los derechos fundamentales de los trabajadores como personas, pero que podría extenderse a los principales fines –o principios de política social–, cuando puso de relieve que las empresas no pueden ser «compartimentos estancos» respecto del resto de la sociedad. De este modo, la empresa, cualquiera que sean sus dimensiones, está llamada a cumplir un papel relevante en la vida de las personas, tanto como *generadora de empleo* –y de riqueza–, cuanto como *agente de desarrollo social* de la comunidad –territorio y entorno relacional– en que se inserta.

Algunas grandes empresas quizás sean conscientes de ello. Por eso aprovechan las expectativas favorables que genera la RSC para obtener ventajas competitivas –se ayudan ayudando–, o lo que es lo mismo, «quien regala bien vende»–. Sin embargo, a menudo, esta función social aparece como mera actividad autónoma, confiada por lo general a una Fundación que organiza a modo de filantropía corporativa, como se dijo, sin integrarse como estrategia que contribuya a realizar el objeto social de la empresa. Sin duda, esta mutación exige crear una «nueva cultura empresarial». Pero para evitar los muchos errores y las continuas frustraciones del pasado, y del presente, como ilustra la tan invocada como desconocida o impracticada, «cultura preventiva», es necesario idear técnicas de fomento –incentivo positivo– y/o disuasión –incentivo negativo–, que nos asegure su implantación y no termine haciendo de la cultura una cuestión, como se dijo al principio, de «fe» –pura convicción

¹³ La Resolución del Parlamento Europeo de 2006 «pide a la Comisión que reconozca *que existen también otros programas coherentes que, igual que el movimiento para un comercio justo, colaboran bajo el patrocinio de la Alianza Internacional para la Certificación y el Etiquetado Social y Medioambiental (ISEAL) en la definición de estándares sociales y medioambientales para las certificaciones de terceras partes*». En el ámbito de la OIT el fundamento de referencia es la Declaración Tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (Declaración EMN), 2006.

moral o anímica, pero sin ningún sustento real–, en la que todos, o muchos creen, pero nadie palpa. Es necesario, pues, promover acciones concretas en dos escenarios diferentes, aunque deben estar coordinados o articulados: dentro y fuera de la empresa.

Pues bien, situados en el «exterior» de la organización empresarial, entiendo, a diferencia de la posición mayoritaria de la corriente favorable a la RSE, que no es ya posible prescindir de una adecuada regulación normativa del papel o posición de los poderes públicos en orden a la acción de fomento o promoción de vías coherentes, eficaces y veraces o fiables para progresar en este enfoque de gestión empresarial socialmente responsable. Como advertí más arriba, el modelo puramente voluntario, el basado en la convicción del impacto positivo de la «mano ética» en los negocios, se ha revelado, en todos los tiempos –recuérdese que el concepto de RSE se remonta siglos en el tiempo–, insuficiente.

Precisamente, la posición aquí defendida es que el objetivo de una política pública de cláusulas sociales en la contratación es llevar al conjunto de las empresas en general, y no solo a cierto tipo de empresas, en especial a las llamadas «empresas solidarias», esta cultura de organización y gestión socialmente responsable. No se trata, es cierto, de sustituir la «presión» de los llamados actores o «agentes del mercado» –los consumidores, los proveedores, la comunidad, las organizaciones de activistas, los inversores (llamados en conjunto *stakeholders* –*grupos de poder, relación y/o presión*–)– por una nueva presión de los poderes públicos, incrementando las cargas jurídicas, lo que estaría abocado a un fracaso seguro en el actual momento socioeconómico, y resulta impensable con el discurso ideológico-político dominante –favor por el crecimiento económico, la ventaja competitiva y la ganancia de productividad–. Pero sí es oportuno, y urgente, que sean los poderes públicos los que creen las condiciones, tanto legislativas como prácticas, para diseñar y aplicar un régimen jurídico que promueva y controle de modo efectivo la creación de empresas, o el desarrollo de modelos de organización y gestión, que sigan ese paradigma como factor estratégico en su actividad económica.

Es momento, pues, de llamar la atención primariamente sobre la «responsabilidad social» de los poderes públicos a este respecto. La incorporación de los imperativos de índole sociolaboral en la actividad económica de los sujetos del mercado no puede ser una simple cuestión de ética, sino que es un imperativo constitucional del Estado Social de Derecho –art. 9.2 en relación al art. 1.1 CE–. Los poderes públicos no solo son garantes del respeto por parte de todos los ciudadanos –art. 9.1 CE– del conjunto de derechos subjetivos fijados por las normas jurídicas, cualquiera que sea su ámbito de producción –por tanto incluidas las normas laborales de la OIT–, sino que *están vinculados* –comprometidos– con la realización práctica de los principios y derechos que ordenan las políticas de índole sociolaboral. En consecuencia, no es solo de sentido común, sino estrictamente exigible, a las AAPP que sean coherentes con ese mandato constitucional de vinculación activa –art. 53 CE–, integrando los fines y mandatos constitucionales de naturaleza sociolaboral en todas las políticas que puedan contribuir significativamente a su realización.

El mejor ejemplo de este entendimiento *transversal* de la política social se halla, como es sabido, en el ámbito de la UE, cuya Estrategia por el Empleo, propone hacer de la cohesión social una pieza clave del crecimiento económico, y viceversa. Por eso, si un espacio normativo-institucional hay que más promueva la ampliación de los papeles a asumir por las AAPP ese es el comunitario, primando la faceta del Mercado.

En efecto, si atendiendo a esa perspectiva del mercado se vienen desarrollando, según las tendencias muy brevemente enunciadas en el apartado anterior, técnicas o herramientas que *posibiliten* a los actores económicos del mismo –empresas, clientes, consumidores, inversores...– el seleccionar o el rechazar productos y servicios según resulten socialmente responsables, es evidente que las AAPP, en cuanto que resultan ser las clientes y consumidoras de una parte importante de la actividad empresarial, no solo «deberían poder» hacer lo mismo, sino que *deberían estar obligadas a ello*. En este sentido, hay que volver a recordar que su función no es solo la de garante de la no vulneración de «bienes públicos globales», como los derechos sociolaborales, sino que, como sujetos competentes, por tanto responsables, de promover una distribución equitativa de los bienes de tipo socioeconómico (incluye la igualdad de oportunidades y derechos), están obligados a perseguir estos objetivos desde todos sus ámbitos de acción –marcos reguladores y políticas públicas–.

En esta dirección, la UE proporciona algunos ejemplos ilustradores de la difusión del carácter transversal de la política social. Así, al margen del ámbito estrictamente analizado en este estudio, el de la *política de contratación pública*, al que atenderemos de inmediato, también hemos ya tenido oportunidad de referir a otros, como por ejemplo el de la *política de comercio*, una de las más cruciales y relevantes de la UE. A este respecto, desde hace años la UE ha desarrollado algunas iniciativas a favor de la instrumentación de la política comercial común de la UE, una de las herramientas más efectivas para favorecer el desarrollo sostenible a nivel global, al servicio de fines de carácter social. Entre las que más arraigo tienen a estos fines está la concesión de un *régimen arancelario preferencial* a ciertos países, como por ejemplo, entre otros, los que cumplan con las normas básicas de carácter sociolaboral y ambiental. De este modo, tales países comprometidos con determinados estándares sociolaborales va a recibir importantes beneficios comerciales, orientados a incentivar la contratación con tales países por parte de la UE y de los Estados miembros.

En consecuencia, también la política comercial se revela, si bien con una eficacia limitada hasta el momento, como vía de progreso en los objetivos o fines sociales. La justificación la encuentra el Consejo en el siguiente razonamiento, que transcribo por su conexión con el argumento principal que sirve de fundamento a la instrumentación de la política de contratación pública al servicio de los fines de política social ¹⁴:

«El régimen especial de estímulo al desarrollo sostenible... se basa... en los convenios e instrumentos internacionales... Por consiguiente, los países en desarrollo que son vulnerables por su falta de diversificación y su insuficiente integración en el comercio mundial y, al mismo tiempo, asumen responsabilidades especiales como consecuencia de la ratificación y aplicación efectiva de los convenios internacionales sobre derechos humanos y laborales, protección del medio ambiente..., deben poder contar con preferencias arancelarias adicionales, destinadas a fomentar el crecimiento económico y... a la necesidad de desarrollo sostenible.»

¹⁴ *Vid.* Considerando 7 del Reglamento (CE) n.º 980/2005, del Consejo, de 27 de junio, relativo a la aplicación de un Sistema de Preferencias Arancelarias Generalizadas. Las directrices de la aplicación de este SPG para el período 2006-2015 se recogen en la Comunicación de la Comisión de 7 de julio de 2004.

Se comprueba de este modo cómo los principios liberales del comercio –Régimen General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)– quedan sujetos a límites, y excepciones, en aras de promover un desarrollo armónico para todos, en especial para los actores más «vulnerables». A tal fin se «habilita» a los países para fijar las «acciones arancelarias preferentes». Estas han de ser suficientemente atractivas como para incentivar que los operadores optimicen las oportunidades ofrecidas por el Sistema, con lo que también la política arancelaria común actuaría de instrumento de política social. Pero en todo caso tales instrumentos han de contar con un «*marco jurídico*» adecuado para fijar el «Sistemas de Preferencias».

En esta dirección, frente a quienes proponen modelos de la misma más basados en los prometedores, pero poco fiables, *deberes de gestión ético-social*, por tanto, de asunción voluntaria, se abre un nuevo modelo basado en el papel activo de las AAPP, asentado sobre la fijación de un *específico régimen jurídico promotor, pero basado en obligaciones de conducta* estrictamente exigibles y por tanto condicionantes del actuar empresarial. Y es aquí donde emerge con fuerza el renovado marco regulador de la política comunitaria de contratación pública, como se verá. La buscada orientación social y ambiental de la compra pública de obras y servicios no se fundamentaría, pues, sobre los inciertos y vagos principios de gestión ética, por muy respetables que puedan ser estos intentos –no oculto que para mí bajo sospecha–, sino sobre *un nuevo modelo de ordenación jurídico-institucional del régimen de la contratación en el sector público*. En él, a los principios clásicos de este sector jurídico –la libertad de concurrencia y la prohibición de discriminación–, se añadirían otros más modernos, unos vinculados estrictamente a aspectos inherentes a la actividad de contratación pública, como el que pone el acento en el concepto de «oferta *económicamente más ventajosa*», y otros derivados de la incorporación de los fines sociales de la UE que, como subraya el TJCE, han de orientar la regulación y la interpretación de todas las políticas comunitarias.

4. FUNDAMENTOS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL MARCO COMUNITARIO Y EL MARCO CONSTITUCIONAL

4.1. Planteamiento general.

Precisamente, en el inicio del siglo XXI, la mayoría de las legislaciones y prácticas de los países miembros de la UE iniciaron un proceso orientado a *favorecer la compra socialmente responsable*, incorporando las preocupaciones sociales –compra social– y medioambiental –compra verde–. En algunos casos, esta posición de ventaja se va a otorgar a empresas que acreditan disponer de un sistema específico de gestión acorde con los imperativos sociales –es el caso de la comentada «Norma SAI 8000», en Italia–. Aunque en la mayor parte de estas experiencias se evidencia un enfoque básicamente potestativo y promotor, sí sirven para evidenciar la tendencia a «reservar» cada vez un mayor espacio de la «compra pública» para las empresas que aseguren cumplir con los objetivos de desarrollo sostenible, tanto a nivel interno como internacional.

A tal fin, los poderes públicos han de crear las condiciones, en cuanto principales sujetos reguladores –en el sentido de normatividad y no de normalización solo– que propicien la instrumentación del régimen de contratación pública al servicio del cambio social en los modelos de organización y gestión empresarial. A partir de este marco normativo promotor las AAPP deberán, como sujetos económicos de mercado, exigir en sus relaciones contractuales la incorporación efectiva de los fines sociolaborales, como contenido obligatorio de tales relaciones.

A este respecto, no debería olvidarse que tanto en su papel regulador como en el de sujeto económico, así como en el de diseñador y ejecutor de políticas, asumen la doble posición de garante y promotores de los intereses generales que subyacen al logro de fines sociolaborales más avanzados y que, en consecuencia, también forman parte del «interés público» que mueve –o debería mover– el actuar de las autoridades. Por lo tanto, favorecer, mediante acciones de compensación contractual, la posición de las empresas que se comprometen con la realización de tales fines, no es cuestión de «favor» o de «privilegio» sino estricta obligación en el marco de los artículos 9.2 y 10.1 CE, de cuyo cumplimiento efectivo se derivará un amplio abanico de beneficios públicos –desarrollo sostenible, mejor redistribución de la riqueza, mejores oportunidades para todos, en especial para los más desfavorecidos...–. Desde esta perspectiva, como pusiera de relieve el Informe de la Subcomisión creada en el Parlamento español, relativo a la promoción de la RSE, cierto que aprobado en días del tórrido agosto¹⁵, parece evidente que:

*«la compra y contratación públicas, deben ser claras herramientas para el impulso de la RSE, enviando señales al mercado de que serán reconocidas y premiadas las empresas que brindan a la sociedad un valor adicional en materia ambiental y/o social. Claros ejemplos de esto pueden ser la inclusión de cláusulas sociales que permitan **discriminar positivamente** (sic) a favor de las empresas de inserción o de los productos de comercio justo».*

A este respecto, conforme a las posibilidades técnicas y a la experiencia de otros países, las Cláusulas Sociolaborales pueden introducirse en las diferentes fases de los procesos de contratación, si bien en unos casos se revelan más incisivas que en otras, respetando plenamente o excepcionando el principio de igualdad de licitadores. Así:

- a) En la *Fase de Admisión* de Licitadores, como *Criterio de Selección*, de modo que solo puedan acceder –exclusividad o mercados reservados o tutelados– empresas que reúnan determinadas condiciones de carácter social, o a las que se les atribuye ventajas.
- b) En la *Fase de Baremación* o Puntuación, como Criterio de Valoración, de modo que se otorgue preferencia a las empresas que cumplan con ciertos requisitos de carácter social –y/o ambiental–.
- c) En la *Fase de Ejecución*, como Condición Especial de Ejecución, de modo que se exija a la empresa adjudicataria el que cumplan con fines de índole sociolaboral.

¹⁵ Publicado en el BOCG, 4 de agosto de 2006, Serie D, n.º 424.

Pues bien, como ya se ha anticipado, la nueva regulación del sector de contratos públicos, la Ley 30/2007, no es ajena a este enfoque. Más aún, la propia EM va a resaltar, cierto que con algún exceso propio de este momento introductor y en el que el legislador rara vez puede vencer la narcisista tentación de mostrarse «encantado» con «su creación», entre sus «principales novedades» *la inclusión de mecanismos que van a permitir atender en la contratación a «consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución... o como criterios para valorar las ofertas»* –EM, punto IV.3–. Ahora bien, como advierte el artículo 102.1 de la LCSP, estos mecanismos no representan una obligación sino solo una posibilidad que la LCSP abre a la AP contratante *«y siempre que sean compatibles con el derecho comunitario»*.

A este respecto, sabido es que la regulación del sector público de contratación corresponde a los Estados miembros, sin perjuicio del debido reparto de competencias entre la AGE y las CCAA en un Estado territorialmente descentralizado como el que nosotros tenemos – art. 96 CE; STCO 141/1993, de 22 de abril–. Ahora bien, a día de hoy el principal marco normativo de referencia es el Derecho Comunitario, que ha obligado a una reforma profunda de nuestra legislación. En este sentido, las principales resistencias por parte de las autoridades para la fijación de Cláusulas Sociales en la contratación pública se han esgrimido en defensa de los principios comunitarios del sector público de la contratación. Por eso, es el margen que el marco comunitario, tanto en su concreción legislativa –Directivas y Reglamentos– como, sobre todo, en su lectura jurisprudencial –doctrina del TJCE–, deje a esta política orientada a la instrumentación de la contratación pública al servicio de fines sociales, el que, al menos en el discurso oficial, marcará la extensión, y, por tanto, los límites, de esta política de instrumentación social del régimen público de contratación.

Estos principios son básicamente, por lo que aquí interesa:

- a) El de igualdad de trato.
- b) El de transparencia de los procedimientos.
- c) El de proporcionalidad.

En definitiva, conforme a un complejo y evolutivo o dinámico sistema de fuentes del sector de contratos públicos, la legitimidad de las cláusulas sociales pasa por analizar el trato que reciben en cuatro niveles reguladores. De ellos se extraerá de modo preciso su régimen jurídico, esto es, los fundamentos de su legitimidad y las condiciones o presupuestos que ha de cumplir para su validez y eficacia práctica.

Estos cuatro niveles son:

1. El Derecho Comunitario –legislación y jurisprudencia–.
2. El Derecho Constitucional –CE y jurisprudencia constitucional–.

3. El Derecho Básico –legislación básica y jurisprudencia del TS–.
4. El Derecho Autonómico –legislación y práctica autonómica–.

Aquí dedicaremos una especial atención tanto al marco comunitario cuanto al nuevo régimen estatal. No obstante, haremos alguna incursión por ciertas leyes de las CCAA en las que, en especial respecto de las empresas de inserción, primero se ha puesto el acento en esta configuración de las Cláusulas Sociales como instrumento o herramienta de política sociolaboral.

4.2. El «uso mítico» de los límites de Derecho Comunitario: la legitimidad condicionada de las Cláusulas Sociolaborales.

4.2.1. El régimen jurídico comunitario de las Cláusulas Sociales: Derecho Fundacional y Derecho Derivado.

La referida EM confiesa que la LCSP incorpora «*en sus propios términos y sin reserva... la Directiva 2004/18/CE*», lo que significa, como también se ha dicho, que el margen de regulación de Cláusulas Sociales va a depender estrictamente del régimen que a tal fin prevea esta normativa. Pero antes de hacer referencia a los espacios que de modo concreto abre esta normativa de Derecho Derivado a las Cláusulas Sociales es relevante hacer alguna consideración previa, a fin de ofrecer una comprensión real y actual del significado y alcance del Derecho Comunitario en orden a la inclusión de Cláusulas Sociales en la contratación pública. Y es que, como se ha sugerido, es muy frecuente que los órganos administrativos, en especial los «técnicos», invoquen las normas comunitarias a modo de «dique de contención» de un uso sistemático o en todo caso más amplio de estos instrumentos de política social.

Sin embargo, como luego se verá respecto del TJCE, lo cierto es que esta invocación aparece más bien como un expediente cómodo o fácil para «amparar» posiciones de resistencia frente a esta vía que como un argumento serio en el plano técnico-jurídico. Asimismo, a menudo se da una imagen unilateral de este Derecho.

En efecto, además de exagerar las limitaciones, que ciertamente existen, puestas por el Derecho Comunitario, se ofrece una configuración del Derecho Comunitario como un sistema anclado en su modelo económico clásico, sin atender a la importante evolución experimentada en estos años, en la dirección de incorporar también a los Tratados Fundacionales los fines de política social. Por tanto, se contraponen una visión unilateral y economicista del Derecho Comunitario de los Contratos, que ya no es tal sino una construcción ideológico-política de las autoridades administrativas, que de este modo «justificarían» su actitud abstencionista. No obstante, hay que tener en cuenta una visión bastante más amplia de este Derecho, atendiendo a su evolución, en especial a la incorporación de fines sociales a las diferentes políticas comunitarias como un auténtico eje de tipo transversal y que hace que el tradicional predominio de lo económico no pueda hoy sostenerse, al menos con el impe-

rialismo hermenéutico desplegado en otras épocas. Esta evolución general, que tendrá plasmación, como no podía ser de otra manera, en el Derecho Comunitario Europeo de Contratos Públicos, se recoge en el Derecho legislado –Originario y Derivado– y en la jurisprudencia de su máximo intérprete, el TJCE, como veremos en breve.

Desde esta perspectiva evolutiva, en la proliferación de derechos, fines y políticas sociales, incluido el enfoque cada vez más dominante de la «sostenibilidad social» del «modelo económico» –art. 2 del TUE–, podemos ver el germen de esta convicción sobre la necesidad de hacer también de la contratación pública un instrumento de política social, frente a las antecedentes imágenes de su dimensión neutral a tales fines, o lo que es aún peor, la tradicional lectura rígidamente económica de la misma. Los ya citados artículos 136 y 137 del TCE, incluidos en el Título XI (antiguo Título VIII), sobre marco regulador de la «política social...», son claros al respecto. Como significativo es el impulso dado por los artículos 125 y siguientes del TCE, relativos al Título de Empleo, a las políticas y prácticas de inserción por lo económico, orientadas, entre otros objetivos, a la adaptación de los mercados –y no solo de los «laborales», sino también entendemos de los «económicos»– para dar cumplida respuesta a las exigencias sociales y económicas. La inclusión, aunque sea como Anexo, en el Derecho Fundacional de la llamada Carta Comunitaria de derechos fundamentales (Niza 2000), que otorga una gran presencia a derechos sociales ligados, de un modo u otro a la inserción por el empleo, ha supuesto, o debe suponer cuando entre en vigor el recientemente firmado Tratado de Lisboa (2007), un hito definitivo para promover un poderoso cambio de actitud en orden a la legitimidad, pues, de las *cláusulas sociales de preferencia en la contratación pública*.

Esta nueva dinámica ha de vincularse igualmente con el desarrollo central que asume la «Estrategia Europea por el Empleo» –EEE–, que gradualmente fue asumiendo entre sus fines u objetivos más significativos la instrumentación del empleo o la ocupación, al servicio de la lucha no solo contra el «desempleo» sino más ampliamente contra la «exclusión social», y a favor de la «igualdad de oportunidades». El modelo de crecimiento económico, pues, no puede entenderse sin las debidas garantías de cohesión social y este objetivo, como se vio en el anterior apartado, debe incluirse no ya solo en las políticas sociales sino en todas las políticas de la UE.

En consecuencia, no puede prescindirse del marcado cambio de orientación normativa e institucional, que ha de tenerse en paralelo al experimentado por el concepto global de «acciones positivas». Ciertamente se vinculará originariamente, y aún hoy lo hace, con el principio de igualdad de oportunidades, en especial, pero no solo, entre hombres y mujeres. Pero no menos verdad es que su referencia sirve para legitimar esa evolución comunitaria hacia la dimensión efectiva o material del principio de igualdad de trato, frente al tradicional predominio de la dimensión formal. Por eso, es posible encontrar, en la citada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios afirmaciones como estas:

- «*el empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos...*» (Considerando 28).

- «En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción... en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. **Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución** en el marco de programas de empleo protegido» (Considerando 28; luego concretado en el art. 19 de la Directiva).
- «**Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva**... En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, **el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción**, combatir el paro o proteger el medio ambiente» (Considerando 33).
- «Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones –*aplicables a la ejecución del contrato*–, de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentalmente de la OIT en el supuesto de que estos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional» (Considerando 33, *in fine*; luego traducido en el art. 26 de la Directiva).

A la luz de estas consideraciones, se comprende que desde que entraran en vigor estas Directivas comunitarias, venga siendo recurrente plantearse la viabilidad jurídica, y la conveniencia política, de perseguir fines sociales a través de aquel instrumento. No se trataba solo de seguir profundizando en la línea disuasoria, conforme a la cual se prohíbe el acceso a estos mercados de los competidores que no respeten la legislación sociolaboral –prohibiciones de contratar–, a través de su exclusión de los procedimientos de adjudicación de contratos, sino de avanzar en una línea de fomento directo de la persecución por los candidatos o concurrentes de tales objetivos, condicionando el acceso a los contratos a incluirlos en su gestión –legitimación de acciones positivas–. En este sentido, el referencial Libro Verde «*La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*» (noviembre de 1996), ya planteó que la política de contratación pública comunitaria no podía quedar al margen de este nuevo enfoque, señalando que

«poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de la adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos. Entre los ejemplos que ilustran esta situación, pueden citarse las denominadas ‘acciones positivas’, es decir, la utilización de un contrato público como medio de conseguir un objetivo deseado».

La figura jurídica de la «acción positiva» –aquí se rechaza, por errónea y por no ser legítima ni constitucionalmente ni menos en el Derecho Comunitario la «discriminación positiva», pese a ser el término usado, erróneamente, por el citado Informe de la Subcomisión–, como ins-

trumento para promover la actualización social de los derechos que se reconocen en los textos normativos –garantía de efectividad del derecho–, es ya conocida, legitimada y aplicada en nuestro Derecho. Y ello es así especialmente desde el intenso reforzamiento del Derecho Antidiscriminatorio a partir del desarrollo normativo, primero en el plano comunitario y luego en el de transposición estatal.

En este sentido, no puede ignorarse que ha sido en el ámbito del Derecho Social, tanto en lo concerniente a las políticas laborales como a las políticas de empleo, donde su aplicación ha obtenido una aplicación más generalizada. Nada impide, pues, desde los puntos de vista conceptual y normativo, que pueda progresarse en la realización de tales derechos y principios con el recurso a esta misma técnica en un ámbito diferente al de la regulación laboral y de empleo, como es el complejo entramado regulador del sector de la contratación pública.

Hasta ahora las prácticas o experiencias más conocidas se han venido localizando en el favor hacia las «empresas solidarias», cuyo objetivo es facilitar la incorporación al mercado de trabajo a personas con especiales dificultades, como es el caso de los «centros especiales de empleo» –CEE–, para las personas con discapacidad, o las «empresas de inserción» –EI–, para las personas que se encuentran en situación o en riesgo de exclusión social. Como se verá, este ámbito de acción positiva sigue gozando de un especial predicamento. Pero en modo alguno lo agota, de modo que otros objetivos, tanto de política laboral –la igualdad de oportunidades, la protección de los derechos fundamentales en toda la cadena de valor, la seguridad y salud de los trabajadores más allá (si es que eso es posible o creíble) de los mínimos legales...–, como de empleo –por ejemplo: el fomento de la, escasamente presente en nuestro mercado, estabilidad en el empleo–.

Ahora bien, el Derecho Comunitario, al mismo tiempo que da legitimidad delimita los *medios* para alcanzar esos fines, como pueden ser los conocidos «contratos reservados» –mercados tutelados en el marco de programas de empleo protegido–, cuanto las «Cláusulas Sociales». De este modo, la legislación comunitaria expresa su favor hacia estas medidas pero también pone condiciones para garantizar su validez, pues la primera y más intensa medida, la reserva de cuotas de mercado, solo se prevé de modo expreso –aunque no se prohíbe para otros colectivos– para un colectivo concreto, las personas con discapacidad y los «talleres de empleo protegido» –nuestros Centros Especiales de Empleo, por ejemplo– (art. 19), mientras que la segunda, mucho más abierta, se acota o limita a la fase de ejecución del contrato, sin hacer referencia expresa –aunque tampoco se prohíba– en otras fases del proceso de adjudicación de los contratos públicos. Estas cautelas institucionales no resultarían en modo alguno «gratuitas», sino que, como expresa de nuevo una EM, pero esta vez de la Directiva comunitaria, responderían a una regulación muy celosa de los dictados de la «jurisprudencia del TJCE».

En definitiva, el Parlamento y el Consejo, autores de la norma, parecen querer ir más allá de la experiencia actual, limitada y episódica, en el uso contractual público de las Cláusulas Sociales, pero confiesa no poder, por temor a ser «enmendados» por el TJCE. En otros términos, Parlamento y Consejo señalan directamente al TJCE como el «Ogro» –«el hombre del saco» diríamos aquí– que devora cualquier veleidad con las Cláusulas Sociales, en su función de guar-

dián de las esencias –el «Santo Grial»– del Derecho Comunitario, como sería la libertad económica de contratación, por lo que mejor mantenerse cautos y practicar la noble virtud del «uso prudente».

Pero ¿de verdad es «tan fiero el león como lo pintan»?

4.2.2. «No es tan fiero el león como lo pintan»...: La jurisprudencia comunitaria.

De creernos, y en principio no hay por qué dudar, el Considerando 1 de la norma comunitaria, la doctrina asentada por el TJCE respecto «a los criterios de adjudicación, clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, **sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2**». Estos principios no serían otros que los constituidos por las mismas libertades comunitarias –libertad de circulación, de establecimiento y prestación de servicios–, así como otros principios que de ellas derivan, como son (Considerando 2):

- El *principio de igualdad de trato* y no discriminación, que debe ser entendido como la obligación de no tratar de forma diferente situaciones similares, salvo que exista una justificación suficiente para esa diferencia de trato. Una concreción del principio es la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.
- El de *reconocimiento mutuo*, que implica reconocer en un Estado el cumplimiento en otro de las exigencias procedimentales, de modo que no se exijan dobles controles, dificultando la movilidad de sujetos.
- El *principio de proporcionalidad*, que exige que toda medida adoptada sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido, lo que implica que todas las decisiones de los órganos competentes, sobre todo en cuanto a eficiencia económica y prescripciones técnicas, sean las necesarias y adecuadas al objetivo fijado.
- El de *transparencia* de los procedimientos, que implica el deber de los gestores públicos de dar la información necesaria a los posibles interesados, de tal forma que puedan adoptar la decisión de participar o no en un procedimiento. Este principio se instrumenta a través de diversos medios, incluida la publicidad que sea necesaria, según las características del sector económico afectado. Como se verá, la jurisprudencia comunitaria relaciona este principio con el de igualdad, ya que es una garantía del efecto útil de este por cuanto su aplicación debe procurar la no distorsión de las condiciones de competencia.

La legitimidad de las Cláusulas Sociales, cualquiera que sea su fin no es, pues, plena, sino condicionada, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE. Pero, ¿realmente la jurisprudencia del TJCE no deja un mayor margen de acción a los Estados miembros para incorporar Cláusulas Socia-

les más comprometidas que las previstas en la Directiva y, por tanto, en la LCSP? Veamos qué dice en esta materia el supremo intérprete del Derecho Comunitario y si es tan claro y rotundo como el Consejo y el Parlamento nos hacen creer. Esto es, solo sabremos «si es tan fiero el león como lo pintan» aproximándonos «a su hábitat» o «a su jaula» –en términos jurídicos, claro está–.

En línea de principio, es obligado evidenciar cómo el predominio mantenido por la defensa de los principios económicos en la jurisprudencia del TJCE, según un enfoque generalizado en este tribunal, no obstaculizó el desarrollo, ya desde finales de la década de los años 80, de un importante cuerpo jurisprudencial favorable a la inclusión de cláusulas en los contratos orientadas a *promover una compra pública de obras y servicios socialmente responsable*. El ejemplo más analizado en los diferentes estudios existentes en orden a la legitimidad de las «condiciones sociales de ejecución» es el relativo al llamado «*caso Gebroeders Beentjes c. Holanda*» –STJCE 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87–¹⁶. Como se verá de inmediato, esta decisión ha seguido siendo el principal referente, aunque ahora no el único, en el reconocimiento de la contratación pública como instrumento de fomento de la política social de inclusión, aunque no proporciona ningún criterio detallado en orden a la tipología e implementación de este tipo de cláusulas.

Aunque no es propiamente objeto de nuestro análisis, sí conviene apuntar que esta orientación social luego ha tenido un especial predicamento respecto de la promoción de la llamada «compra verde». Con este término se sintetiza la creciente presencia de la política de protección ambiental en la contratación pública, tal y como ha puesto de relieve la LCSP que entró en vigor el primero de mayo. En esta segunda dirección destacan los *casos Concordia Bus* y el *caso Wienstrom/EVN*. En ellos, el TJCE admitió expresamente el incluir la gestión ambiental como criterio relevante para decidir la adjudicación de un contrato, por tanto legítimo, bajo ciertas condiciones, ya en esa fase del procedimiento, sin esperar a la ejecución del contrato.

Conforme a la primera sentencia, la STJCE dictada en el año 2002 sobre el asunto C-513/99, la empresa de transportes *Concordia Bus*, después de perder la licitación para operar la red de autobuses urbanos a pesar de haber presentado la oferta más económica, demandó al Ayuntamiento de Helsinki para impugnar su evaluación de las ofertas. El Ayuntamiento había usado tres criterios para identificar la licitación más ventajosa económicamente: el precio general del servicio, la calidad de la flota de autobuses y la gestión ambiental y de calidad del operador. El contrato se había adjudicado a la empresa cuyos autobuses eran más silenciosos y emitían menos contaminantes. De acuerdo con sus decisiones previas, el TJCE entendió que para definir la licitación más ventajosa económicamente era posible incluir beneficios no económicos, tales como la calidad ambiental. No obstante, el tribunal señaló de modo explícito que los criterios de adjudicación debían estar relacionados con el objeto del contrato y cumplir las condiciones de uso ya mencionadas en anteriores decisiones: debían ser objetivos y transparentes, debían mencionarse en la convocatoria de concurso y debían

¹⁶ La empresa Beentjes demandó al gobierno holandés porque, a pesar de haber presentado la *oferta más económica para un contrato de obras públicas sobre consolidación del terreno*, el contrato había sido adjudicado a otro licitador. Una razón para esta decisión había sido el hecho de que Beentjes no podía cumplir con una de las cláusulas sociales que se mencionaban en la convocatoria: *la condición de contratar al menos un 70% de la plantilla dedicada la ejecución del contrato entre parados de larga duración utilizando los servicios de la oficina de empleo regional*. El TJCE estableció que este tipo de cláusulas sociales era compatible con la legislación europea, siempre que se mencionasen en la convocatoria de concurso y no discriminasen a las empresas extranjeras.

cumplir la legislación comunitaria fundamental, sobre todo en materia de no discriminación. Al tiempo que marcaba un hito para la compra verde, esta decisión también establecía claramente la necesidad de que existiese una relación evidente entre el criterio de adjudicación y el objeto del contrato, una lectura que será expresamente recogida, como veremos, en el artículo 134 LCSP.

Respecto de la STJCE dictada en el año 2003 sobre el asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom contra Republik Österreich, el órgano de contratación del Estado Federal de Carinthia, en Austria, fue llevado al tribunal por EVN y Wienstrom, *2 empresas licitadoras rechazadas en la adjudicación de un contrato público para el suministro eléctrico*. La administración había utilizado dos criterios en la fase de adjudicación. Por un lado, el precio de la oferta, con ponderación del 55%. Por otro, la proporción de electricidad de origen renovable, con ponderación del 45%.

El TJCE reafirmó que la legislación europea permite a las AAPP evaluar las *consecuencias ambientales en los contratos de servicios cuando intentan identificar la licitación más ventajosa económicamente*. Reguló que, tanto el requisito de energía de origen renovable, como la ponderación otorgada, cumplieran la legislación de contratación. De este modo, se reconoció la *licitud del criterio ambiental relativo al método de producción utilizado en la prestación del servicio*. No obstante, el TJCE, en coherencia con su posición general de legitimidad condicionada de las cláusulas de este tipo, estableció unos límites claros para el criterio de adjudicación relativo a la producción: el órgano de contratación debía reclamar a las empresas licitadoras información que permitiese verificar su cumplimiento de las cláusulas ambientales. Además, el criterio de adjudicación solo debía evaluar la proporción de energía renovable que la empresa licitadora pudiese suministrar a la administración contratante y no debía tener en cuenta la cantidad total de energía renovable que la empresa licitadora pudiese suministrar a sus otros clientes ¹⁷.

Pero, centrados ahora en las consideraciones sociales, en especial ligadas a la acción de política de fomento de empleo, el TJCE ha tenido nuevas oportunidades para marcar una línea más clara en orden a su legitimidad y condiciones de validez. A tal fin, no creemos oportuna la referencia a la *STJCE 20 de marzo de 1990*, asunto C-21/88. Esta sentencia consideró discriminatoria una normativa nacional —una ley italiana— que reservaba a las empresas establecidas en ciertas regiones del territorio nacional —el Mezzogiorno italiano— un porcentaje de los contratos públicos de suministros —30%—. Aunque esta decisión ocasionó un fuerte impacto en las políticas de desarrollo local —en términos análogos a la decisión del TJCE que anuló ciertos incentivos concedidos también por la legislación italiana para el fomento del empleo ¹⁸—, lo cierto es que no se trataba propiamente de una

¹⁷ Una evolución favorable en esta dirección, si bien en un ámbito normativo y conceptual diferente, aunque no alejado, como es el relativo a las «Ayudas de Estado», la encontramos en la STJCE 13 de marzo de 2001, Presusen Electra AG, Asunto C-379/1988, conforme a la cual el reconocimiento de «ventajas» a empresas eléctricas, establecidas por la ley y derivadas de la obligación de adquirir a precios mínimos la electricidad procedente de fuentes de energía renovable producida por las primeras, no supone «transferencia directa o indirecta de recursos estatales, y, por tanto, no constituye una Ayuda de Estado en el sentido del artículo 88, apartado 1 del TCE. *Vid.* Cfr. GÓMEZ MUÑOZ, J.M. *Derecho del Trabajo, Libre Competencia y Ayudas de Estado*. CARL. Sevilla. 2007. pág. 302.

¹⁸ Me refiero a la STJCE 7 de marzo de 2002, Asunto C-310/99, Italia/Comisión, que declaró Ayuda de Estado ciertos regímenes de bonificaciones y reducciones de las cuotas de seguridad social respecto de ciertos contratos de fomento de empleo previstos en la legislación italiana. *Vid.* GÓMEZ MUÑO, J.M. *Derecho del Trabajo... Op. cit.* págs. 173 y ss. En este trabajo se da cuenta de la posición del TJCE que evidencia cómo tampoco en este ámbito el «carácter social de la intervención» puede impedir la aplicación de la norma comunitaria. *Op. cit.* págs. 200 y ss.

Cláusula Sociolaboral, sino de una preferencia incondicionada a empresas de un territorio concreto, por lo que el carácter social no puede quebrar la prohibición de discriminación por razón del territorio.

En cambio, sí consideramos de extremo interés por su novedad y firmeza la *STJCE 26 de septiembre de 2000, caso Nord-Pas-de-Calais, asunto C 225/98*. En ella el tribunal expresó un compromiso fuerte con la instrumentación de las Cláusulas Sociales de la contratación al servicio de la lucha contra el desempleo. Para ello consideró no ajustada a Derecho la posición de la Comisión contraria a este uso en términos de política activa de empleo del régimen de contratación pública. A tal fin, legitimó la práctica francesa de acoger la licitación más ventajosa económicamente atendiendo, como criterio de adjudicación, a los fines de política de empleo ¹⁹.

Por supuesto, una vez más, esta legitimación se acompañó de los inexorables límites: los criterios debían ser consistentes con los principios fundamentales de la legislación comunitaria, concretamente con la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y que debían mencionarse en la convocatoria de concurso.

A nuestro juicio, esta decisión es muchísimo más significativa de lo que han dado a entender la mayor parte de los analistas que han reparado en ella, en la medida en que, sin contradecir la doctrina «Beentjes», sino amparándose en ella, va más allá, por cuanto no solo aceptaría la legitimidad de las Cláusulas Sociales como condición de ejecución contractual a cargo de la empresa que haya resultado adjudicataria, sino también como criterio de adjudicación o de valoración de las ofertas. Esto es, esta doctrina lleva a un ámbito previo y muy deseado por los sectores de empresas sociales, el de la adjudicación, la acción preferencial, de modo que ya desde la misma fase de adjudicación puede tenerse en cuenta el impacto social del proceso de adjudicación, haciendo de este modo converger su doctrina sobre el impacto ambiental del contrato y la relativa al impacto social del mismo.

Precisamente, el argumento crítico de la Comisión Europea era que las autoridades francesas vulneraron el artículo 30 de la Directiva 93/37 —que es la anteriormente en vigor—, al incluir como criterio de adjudicación en los anuncios de licitación una condición relativa al empleo, relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo. La Comisión consideraba que tal posibilidad solo era legítima como condición de ejecución conforme a la doctrina «Beentjes», pero no en el momento de la adjudicación o valoración.

Pues bien, el TJCE es contundente en el rechazo de la posición sostenida por la Comisión Europea. En efecto, la normativa anterior, por tanto mucho más la actual, «no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que esta respete todos los principios fundamentales del Derecho Comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tra-

¹⁹ La Comisión Europea demandó a la República Francesa por incumplir la legislación europea en materia de contratación al adjudicar el contrato de construcción y mantenimiento de los edificios de las escuelas de la Región de Nord-Pas-de-Calais. La Comisión se oponía, entre otras cosas, al uso de un criterio de adjudicación que exigía a los contratistas reclutar la plantilla en un proyecto municipal para combatir el desempleo.

tado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes...). Asimismo, «*un criterio (adicional) de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición* (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes...)».

Es interesante hacer notar cómo el propio TJCE reinterpreta el célebre asunto «Beentjes». Así, frente a la alegación de la Comisión según la cual en aquel caso se refería a una condición de ejecución del contrato y no a un criterio de adjudicación de este, considera que *«basta con señalar que, tal como se deriva claramente del apartado 14 de la sentencia Beentjes, antes citada, la condición de contratar a parados de larga duración, sobre la que versaba dicho asunto, había servido de base para la exclusión de un licitador, por lo que solo podía constituir un criterio de adjudicación del contrato»*.

Pues bien, curiosamente, pese a la claridad y firmeza de la posición de favor del TJCE hacia las Cláusulas Sociales si se cumplen ciertas condiciones, las opiniones que mayoritariamente se han difundido al respecto no responden a esta lectura. Al contrario, la posición más difundida, incluida la lectura hecha por la comentada Directiva 2004/18/CE, deduce de la doctrina del TJCE que las Cláusulas Sociales no pueden ser consideradas ni como un elemento para definir la capacidad de las empresas –*criterio de verificación de la aptitud* de los licitadores–, ni tampoco como un criterio de valoración para obtener el contrato –*criterio de adjudicación del contrato*–, sino tan solo una obligación a introducir, en su caso, en fase de ejecución, una vez otorgado el contrato. En el mejor de los casos, hay quien defiende, sobre todo en la doctrina administrativa sentada por las Juntas Consultivas de Contratación, que el TJCE no es lo claro que debería, por lo que recomienda mejor la posición más cautelar: aceptar las Cláusulas solo en la fase de ejecución.

Por supuesto no es este el momento ni el lugar para entrar en mayores análisis sobre el sentido y alcance de esta jurisprudencia.

Tan solo añadir que, a nuestro juicio, la legitimidad de las Cláusulas Sociales, en sus más variados tipos y en los distintos momentos del proceso, nunca estuvo en cuestión para el TJCE, que realmente se centró siempre en fijar las condiciones de legitimidad de las mismas. Por lo tanto, la posición es inequívoca: legitimidad sí, pero en las siguientes condiciones para garantizar que no resulten ni discriminatorias ni contrarias a la libertad de competencia:

- a) Adecuación al objeto del contrato público a adjudicar.
- b) Transparencia de las mismas.
- c) Respeto al principio de proporcionalidad.

Además, nos gustaría poner de relieve que esta jurisprudencia aún tiene, como ya sucediera con la relativa a las «acciones positivas», un importante margen de evolución positiva, en coherencia con la dimensión social que hoy tiene la UE. Lejos debe quedar ya la visión del Derecho Comunita-

rio y sus libertades como muros inexpugnables, sin «fisuras», por ser exigencia del Gran Mercado. Como ha recordado recientemente el TJCE, si bien respecto de un tema diferente y con un resultado muy polémico –pero que aquí no es el caso a analizar–, conforme a los objetivos fijados hoy por el Derecho Fundacional al proceso de integración, «*la acción de la Comunidad implicará no solo "un mercado interior... sino también una política en el ámbito social" (...) la Comunidad tendrá por misión, en particular, promover "un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas" y "un alto nivel de empleo y de protección social"*» (STJCE de 18 de diciembre de 2007, caso *Laval un Partneri c. sindicatos suecos*).

En definitiva, puesto que las políticas de protección de los derechos laborales fundamentales, las políticas de empleo y de inserción laboral, así como las de igualdad de oportunidades, son hoy aspectos clave del modelo social económico, y por tanto, del modelo de crecimiento económico promovido por la UE, el problema sobre el régimen de las Cláusulas Sociales no está ya ni en el plano de la legitimidad, que nunca se ha discutido, ni en el del momento en que pueden ser introducidas, pues admite tanto la fase de adjudicación como de ejecución, sino en el modo en que han de redactarse, esto es, en el plano de las condiciones de fijación y aplicación. De ahí, que entendamos restrictiva la posición interpretativa de la Comisión, que sigue todavía empeñada en que esta instrumentación ha de hacerse como condiciones especiales de ejecución²⁰.

4.3. La legitimidad constitucional: la responsabilidad social no es un deber ético sino un imperativo jurídico para las AAPP.

Si el Derecho Comunitario «tanto da –legítima– como quita –limita–» a la legitimidad de las Cláusulas Sociales, entiendo que situados en el plano interno, de Derecho español, el Derecho Constitucional «da bastante más que limita». A diferencia de lo que sucede en el ámbito comunitario, los Estados miembros, como España, sí tienen una auténtica «Constitución Social», que aparece como un complejo, pero comprometido y vinculante, sistema de mandatos que no solo legitiman, sino que promueven, una instrumentación en sentido fuerte de la contratación pública al servicio de los intereses sociales reflejados a través de los principios rectores de la política económica y social. En consecuencia, las Cláusulas Sociales, como las «Acciones Positivas» en general son un estricto imperativo del principio del Estado Social de Derecho –art. 9.2 en relación al art. 1.1 CE–.

Recuérdese que a los principios generales deducibles de los artículos 9.2 –mandato a los poderes públicos para remover los obstáculos que se oponen a una igualdad y libertad efectivas– y 10.1 –derecho a una oportunidad real para que cualquier persona pueda desarrollarse con dignidad en la vida– CE, hay que añadir la infinidad de preceptos de índole social incluidos en el Capítulo III del Título II. Un mínimo repaso al momento interpretativo de estos preceptos, pese a que siempre suelen verse con cierto escepticismo por los juristas, evidencia su enorme capacidad para legitimar restricciones, siempre que estén justificadas y sean proporcionadas –en términos análogos al referido juego de las normas de Derecho Comunitario–, a los derechos y libertades de índole eco-

²⁰ Cfr. Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (de 15 de octubre de 2001).

nómica. Así, en primer lugar, deberían referirse las SSTCO que legitiman medidas de compensación de desigualdades de ciertos colectivos (STCO 269/1994, relativa a las cuotas para personas con discapacidad).

Especialmente interesante es recordar el núcleo de la argumentación del TCO a favor de la técnica de *la reserva de plazas*, sin duda la más intensa en lo que se refiere a la protección –al menos en línea de teoría– de unos y a la pérdida de oportunidades para otros –las personas en situación «normal»–. En efecto, para el TCO esta medida no se opone a la igualdad sino que la exige para la igualdad efectiva, siempre que sea proporcionada al objetivo –STCO 269/2004–. La legitimidad de la Cláusula Social dependerá de que se acompañe de condiciones que aseguren siempre «la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales», así como que el sacrificio de derechos sea siempre «proporcional».

Una conclusión que también se pone de relieve desde la segunda línea de argumentación. Nos referimos ahora a la jurisprudencia que acepta la legitimidad de las políticas de empleo como límite al ejercicio de los derechos y libertades de contenido económico, como la libertad de empresa o el derecho al trabajo, si con ello se ofrece una oportunidad real de empleo a los colectivos más necesitados (SSTCO 58/1985, 98/1985 y 111/1985). Por tanto, ninguna duda hay sobre la posibilidad de restringir derechos, libertades y principios de índole económica en aras de la efectividad de principios que incidan en una más justa distribución de la riqueza para todas las personas –SSTCO 1/1982; 150/1988 y 64/1990, relativas a esa dimensión social de la Constitución Económica; STCO 280/2006–.

Que esta conclusión no va descaminada se confirma, finalmente, a mi juicio, con el enfoque dado a este tema por algunos de los Nuevos Estatutos de Autonomía, que, como es sabido, hacen del principio de Estado Social de Derecho un ámbito de especial despliegue del modelo autonómico, renovando los planteamientos presentes en el momento constituyente. La proliferación de derechos y principios sociales en estos Estatutos, que como se sabe constituye una «norma institucional» básica para las CCAA, que integra el llamado «bloque de constitucionalidad», ha hecho que algunas CCAA hayan introducido compromisos de adopción del enfoque social en sus políticas públicas, incluidas las de contratación. Así, el ejemplo más claro es el que suministra el artículo 174 del Estatuto de Autonomía Andaluz –LO 2/2007–, conforme al cual, las «Administraciones Públicas de Andalucía, en el marco de sus competencias, y en el ámbito de la contratación y de la subvención pública, adoptarán medidas relativas a los siguientes ámbitos que, como se analizará, vienen a coincidir sustancialmente con los que prevé la LCSP:

- La seguridad y salud laboral.
- La estabilidad en el empleo.
- La igualdad de oportunidades de las mujeres.
- La inserción laboral de los colectivos más desfavorecidos.
- El cuidado de los aspectos medioambientales en los procesos de producción o transformación de bienes y servicios.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO-LEGAL DE LAS CLÁUSULAS SOCIOLABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EXTENSIÓN, TIPOLOGÍA Y LÍMITES

5.1. El tratamiento de las «Cláusulas Sociales» en el derogado TRLCAP/2000: un modelo indiferente o neutral.

Para un sector significativo de la doctrina administrativa, nuestro Derecho de la Contratación del Sector Público ya contenía los principios y reglas más significativos del Derecho de la UE a tal fin. Sin poder mediar en este tipo de análisis, lo que sí resulta en todo caso cierto es que diversos pronunciamientos del TJCE –Sentencias de 15 de mayo de 2003 (C-214/00 Comisión-España); de 16 de octubre de 2003 (C-283/00 Comisión-España) y de 13 de enero de 2005 (C-84/03 Comisión-España)– pusieron de relieve la obligación de llevar a cabo una adaptación general de la legislación a las normas y jurisprudencia comunitaria europea. Lo que va a suceder con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –BOE de 31 de octubre de 2007– que deroga el TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Como es conocido, durante la vigencia de esta ley hemos carecido de una regulación específica, mucho menos promocional o de fomento, de nuestro tema, esto es, de las Cláusulas Sociales. La excepción ha estado en la cláusula de preferencia en la adjudicación prevista en la disposición adicional 8.^a, relativa a la contratación con empresas que contraten personas con discapacidad –apartado 1– o con entidades sin ánimo de lucro –apartado 2–. El carácter limitado de esta Cláusula Social se deriva:

- Por un lado, el momento en que actúa, pues su eficacia de criterio de adjudicación queda en cierto modo diluida, o matizada, al menos en lo que concierne al funcionamiento propio de tales criterios a tenor del artículo 86 TRLCAP, al ser eficaz solo en caso de igualdad de méritos entre diferentes ofertas consideradas, por tanto, valoradas como igual de ventajosas en el plano económico y solventes en el técnico. Actúa, pues, más como criterio de selección entre adjudicatarios que de valoración de ofertas o de adjudicación propiamente dicho.
- Por otro, la preferencia a dar a la proposición presentada por entidades sin ánimo de lucro solo afecta a los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial –apartado 2–.
- Finalmente, por el carácter puramente potestativo otorgado, de modo que no es obligado para las diferentes AAPP.

El carácter condicionado se deriva de la exigencia, natural o lógica, de *«que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial»*. En este caso, se prevé que el órgano de contratación pueda *«requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes»*.

Ciertamente, no es esta referencia la única a cuestiones sociales que se puede encontrar en el TRLCAP. Así, por ejemplo, un criterio para acreditar la solvencia económica y técnica es el relativo a la estabilidad en el empleo de la plantilla de una empresa (arts. 17 a 19). En cierto modo, también puede hacerse referencia a las prohibiciones de contratar ligadas a incumplimientos graves en materia social –art. 20–, si bien con un carácter eminentemente restrictivo, que no se acomoda al enfoque típico o propio de un modelo de compra –contratación– pública socialmente orientada.

En consecuencia, la presencia de las Cláusulas Sociales en esta ley brillaba por su ausencia en los ámbitos más relevantes o eficaces, como en el relativo a los «criterios para la adjudicación del concurso» –art. 86 TRLCAP–. Este, como se ha dicho, no hacía referencia directa a ninguno de carácter social, primando claramente los aspectos técnico-económicos de la oferta. No obstante, que no tuviera eco no quiere decir que quedaran prohibidas, como pone de manifiesto el que durante su vigencia un creciente número de AAPP, tanto autonómicas como sobre todo municipales, fueran ensayando diferentes experiencias en orden a incluir Cláusulas Sociales, al menos en relación a ciertos tipos de contratación, por lo general para contratos menores y en los procedimientos negociados.

Pues bien, con estas escasas mimbres y limitado bagaje normativo, la práctica administrativa de los diferentes ámbitos territoriales –central, pero muy en particular el autonómico y sobre todo el local– ha conocido una significativa política de favor hacia la inclusión de Cláusulas Sociales relativas a la acción de las empresas en orden a la lucha contra la exclusión social. Una práctica que habría encontrado cierto respaldo en la doctrina judicial de los TTSSJ y sobre todo en la jurisprudencia del TS. Al respecto la STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 15 de julio de 1996, recuerda que el «principio general que rige la materia es el de que la clasificación del contratista le habilita para concurrir» a la contratación pública. Ahora bien, la administración está en todo momento habilitada para introducir requisitos específicos, mediante los Pliegos de Condiciones Particulares, siempre que sean «objetivos», «precisos» y «justificados».

Pero la protección del interés de carácter social encuentra su mejor fundamento en la mil veces citada STS, Sección 5.ª, Sala 3.ª, de 23 de mayo de 1997, que en su Fundamento de Derecho Tercero sentenció que:

«La desviación de poder en que se insiste carece... de toda consistencia... En el procedimiento de concurso... la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público. Los documentos existentes... justifican claramente la decisión del órgano de contratación al valorar las dos ofertas más favorables... e inclinarse por la segunda, ya que... era la más conveniente a los intereses de la Administración contratante.»

De ahí, que progresivamente se fuera desarrollando en una suerte de «mapa de Cláusulas Sociales», si bien sus dimensiones resultan a día de la fecha bastante limitadas. Por eso, las remisiones que recientes leyes de indole sociolaboral han venido haciendo a este texto legal en

gran medida quedan en papel mojado, en la medida en que la legislación específica en esta materia de contratación –vigente hasta finales de abril de este año– a lo sumo se mantenía neutral al respecto.

5.2. Anticipación de un nuevo modelo de compra pública socialmente orientada de carácter obligatorio: la «eco-compra» a la española.

Pese a todo, el giro que debe suponer la nueva LCSP en esta materia ya contaba con alguna manifestación en sectores muy concretos, a raíz de recientes reformas. Me refiero al nuevo artículo 35. bis de la Ley 43/2003, de Montes. Este precepto legal fue introducido por la Ley 10/2006, de 28 de abril, en la Ley 43/2003, de Montes. Este precepto lleva por título: «*compra responsable de productos forestales*». A su tenor, se establece un *mandado de compra pública ecológicamente sostenible* –compra verde–. En consecuencia, en todo procedimiento de contratación pública en este ámbito, las AAPP contratantes *están obligadas* a adoptar las medidas oportunas tanto «*para evitar la adquisición de madera y productos derivados procedentes de talas ilegales de terceros países*» –la AP como sujeto garante de la legalidad–, cuanto para «*favorecer la adquisición de aquellos procedentes de bosques certificados*» –la AP como sujeto promotor del interés social–.

En cambio, para la compra privada se acoge un modelo de promoción o fomento, como corresponde al diferente principio que inspira ambos regímenes. Así, en el párrafo segundo manda a los poderes públicos fomentar «*el consumo responsable de estos productos por parte de los ciudadanos, mediante campañas de divulgación*».

Asimismo, dio una nueva redacción al artículo 35 de la Ley de Montes, a fin de promover el desarrollo de «*sistemas de certificación*», en los que tuviesen cabida los criterios ambientales y sociales, si bien mantiene el carácter voluntario típico de este modelo de regulación basado en la «*normalización*». Así, se prevé que las AAPP llevan a cabo dos funciones a tal fin:

- Promover «*el desarrollo de los sistemas de certificación, garantizando que el proceso de certificación forestal sea voluntario, transparente y no discriminatorio*».
- Velar «*por que los sistemas de certificación forestal establezcan requisitos en relación con los criterios ambientales, económicos y sociales que permitan su homologación internacional*».

De este modo, vemos cómo confluye el modelo clásico de la normatividad con el más moderno de la normalización internacional, mostrándose este complementario y no alternativo al primero. Es de reseñar que en esos sistemas de certificación también tengan cabida, junto a los criterios ambientales, los criterios sociales. A este respecto, remitimos a lo que se comentó en torno al desarrollo de normas de certificación social.

5.3. El nuevo régimen regulador de las «Cláusulas Sociales» en la LCSP/2007.

5.3.1. El grupo regulador de las Cláusulas Sociales en la LCSP: un cuadro general.

A diferencia del TRLCAP/2000, la LCSP/2007, si ha introducido referencias explícitas a las «Cláusulas Sociales», en diferentes preceptos y con sentidos y alcance diferenciados, que pone de relieve un nuevo modelo regulador y la voluntad de crear las condiciones para que, en el marco de la autonomía de regulación y de gestión con la que cuentan las diferentes AAPP, pueda diseñarse y ponerse en práctica una auténtica política de instrumentación social de la contratación –compra– pública. Una innegable evolución positiva que, como es natural, no puede ni debe ocultar algunas limitaciones significativas en orden a su eficacia, lo que es merecedor de crítica. La resultante es, por lo demás como suele ser común, un cuadro de significativas luces y también importantes «sombras», que exigirá, para su mejora, de compromisos ciertos por parte de las AAPP implicadas.

Por lo que hace al «mapa legal» de referencias a las Cláusulas Sociales, los preceptos de referencia son los siguientes. En primer lugar, hay que referir al artículo 102.1 LCSP –ubicado en la Sección sobre «Pliegos de cláusulas administrativas (generales y particulares) y de prescripciones técnicas»–, como «*Condiciones especiales de ejecución del contrato*». La estructura normativa de este precepto es la siguiente. Por un lado, *reconoce una facultad, no un mandato*, a las AAPP, esto es, posibilita, pero no obliga a, incorporar «consideraciones de tipo social» –junto a las medioambientales–: «*Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato...*».

Conforme a la práctica interpretativa de la Comisión Europea, que como se dijo se muestra en sus actuaciones concretas –a diferencia de lo que sucede cuando lleva a cabo propuestas de renovación a través de diversos Documentos no vinculantes, como el Libro Verde referido– más bien restrictiva hacia su inclusión, «*la cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este último. En consecuencia, basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada*». En cambio, no podría exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta.

Alguna incertidumbre interpretativa plantea la opción prevista en la norma legal, por cuanto establece una disyuntiva entre la fijación de las condiciones sociales «*en el Pliego o en el contrato*». A este respecto, aunque pudiera sostenerse que lo adecuado es fijarlas en el «Pliego», todavía se mantendría el problema de dilucidar a qué «Pliego» se está refiriendo, por cuanto se distinguen tres tipos, como se sabe: (1) el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, el (2) relativo a las Cláusulas Administrativas Particulares y el (3) Pliego de Prescripciones Técnicas. La posición mayoritaria se orienta en la posición de atribuir tal competencia al *Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*. El criterio interpretativo que se esgrime es el de la Comisión Europea, que, como se ha recordado, alerta sobre la imposibilidad de que las condiciones de ejecución terminen siendo «espe-

cificaciones técnicas encubiertas» sin que puedan «referirse tampoco a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación» (comunicación interpretativa de 2001).

No obstante, esta dimensión «técnica» no es ajena de la actual experiencia en materia de responsabilidad social de la empresa, en especial en el marco del creciente movimiento –también mercado– a favor del modelo de regulación y gestión basado en las normas de certificación. Precisamente, como se indicará en el próximo apartado, en el trámite de Enmiendas se promovía alguna corrección en tal sentido. Por lo tanto, el límite es más de opción política de la Comisión que imperativo legal comunitario.

Por otro lado, esta facultad debe respetar ciertos límites. La LCSP recibe los fijados en el Derecho Comunitario: «...siempre que sean **compatibles con el derecho comunitario** y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato». Como puede comprobarse, el régimen de transparencia es un aspecto clave de todo el régimen de las Cláusulas Sociales, condicionando su legitimidad ²¹.

Asimismo, junto a esta cláusula general, el precepto ofrece, a título de ejemplo, una lista abierta de fines sociales que pueden ser objeto de estas Cláusulas en la fase de ejecución del contrato. En especial, se contemplan cuatro grandes ámbitos. A saber:

1. **Política de Inserción sociolaboral:** «...con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral».
2. **Políticas sociolaborales de igualdad:** «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado».
3. **Políticas de Empleo:** «... combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del TCE».
4. **Política de ampliación de responsabilidad laboral a toda la «cadena de valor»:** «...o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT».

²¹ De ahí, que en otros preceptos encontremos referencias al respecto. Así sucede, para los órganos de contratación, en el artículo 103.1 LCSP, relativo al deber, a cargo de los órganos de contratación, de hacer accesible la información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales «que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato». También en el artículo 104 LCSP en orden a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo. Para los licitadores o candidatos, el artículo 103.2 LCSP, establece el deber de comunicar que se han atendido, a la hora de elaborar sus ofertas, a las obligaciones «derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente». Recuérdese que el incumplimiento de estas reglas constituyen **prohibiciones de acceso a la contratación** pública, conforme a la regulación, en parte ampliada, del artículo 49 LCSP.

Finalmente, el artículo 102.2 LCSP, para darle visos de verosimilitud a esta facultad posibilita—de nuevo en términos potestativos, no imperativos como debería ser—la introducción de *garantías de efectividad* para el cumplimiento de las Cláusulas Sociales que puedan preverse como Condiciones Especiales de Ejecución. Tales garantías podrán incorporarse bien en los «*pliegos*»²² bien en «el contrato» mismo.

En segundo lugar, hallamos una referencia explícita a las Cláusulas Sociales en la *Fase de Valoración de la Oferta*. En este sentido, el artículo 134.1 LCSP prevé, en términos imperativos, que para la fijación de «... la *oferta económicamente más ventajosa* deberá atenderse a *criterios directamente vinculados al objeto del contrato*, tales como la calidad, el precio... o características... *vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar...*».

No obstante, también en este caso la regulación legal aparece envuelta por un significativo número de condicionantes específicos, diluyendo, o al menos limitando, su efectividad. No me refiero, por supuesto, a exigencias tales como la de tener que ser fijados de modo expreso por el órgano de contratación, de una parte, o la necesidad de que sean detallados «en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo» (art. 134.2). Pues en estos casos no se trata sino de concretar el referido principio de transparencia, de modo que el licitador conozca en todo momento qué criterios se van a seguir para fijar la decisión final.

En cambio, me refiero a criterios que todavía siguen evidenciando o una actitud cautelara respecto de las Cláusulas Sociales, o una cierta indiferencia al respecto. Así, por un lado, el juego de estas Cláusulas solo podrá desplegarse en contratos cuyo objeto esté directamente vinculado con intereses de tipo social. Por otro lado, la posibilidad de atender a criterios sociales para valorar la oferta más ventajosa requiere una previsión expresa al respecto—*garantía de transparencia*—, pues sigue siendo regla general que en los casos en los que «*solo se utilice un criterio de adjudicación, este ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo*»—art. 134.1, párrafo segundo—.

Además, cuando se tome en consideración más de un criterio, el artículo 134.4 LCSP considera que «*deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada*». Una previsión legal que se nos antoja mucho más fácil de llevar a cabo cuando se trata de criterios cuantitativos, pero que no lo es tanto cuando incorpora criterios cualitativos como son las Cláusulas Sociales, aunque es evidente que sí es susceptible de ponderación numérica.

En tercer lugar, la LCSP mantiene, si bien ampliada en los colectivos y empresas beneficiarias, así como reforzada en sus garantías, la *Cláusula de Preferencia en la adjudicación de contratos públicos* a cierta tipología de empresas, las empresas de inserción ocupacional de los denominados

²² Conforme al artículo 99.2 LCSP: «En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes...», debiéndose ajustar «al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante...». Las cláusulas administrativas particulares son fijadas por el «órgano de contratación...»—art. 99.4 LCSP—.

colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo. Se trata de la disposición adicional 6.^a LCSP –anterior disp. adic. 8.^a TRLCAP–, que pretende favorecer el acceso preferente a la contratación pública de las empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro, esto es, con las llamadas «empresas solidarias». Se trata de una regulación que enlaza directamente con la reciente Ley 44/2007, reguladora de las Empresas de Inserción –EI–, de la que ya dimos cuenta en esta Revista. Pero también contempla, como se dijo, la posibilidad de incluir criterios de Comercio Justo en la contratación pública, con lo que conecta con algunas de las igualmente referidas propuestas de las Organizaciones Internacionales, incluida la UE. Que duda cabe, entonces, que merecen una especial atención, por la importancia tanto conceptual, normativa como práctica de esta tipología de Cláusulas Sociales, instrumento no solo de política activa de inserción ocupacional, sino también de promoción de una política de comercio más «justa» en el plano internacional, como tendremos ocasión de evidenciar. Dedicaremos apartados específicos a comentar el alcance de estas previsiones legales, por lo que a ellos remitimos.

5.3.2. «Lo que pudo haber sido y no fue», pero ¿podría serlo en la práctica?: puntos críticos del régimen general.

La novedad de estas referencias legales, que tienen la virtud de impulsar una hasta hoy muy incipiente práctica española de compra pública socialmente orientada, no debería deslumbrarnos y llegar a conclusiones más voluntaristas que jurídicas. Sin duda, la regulación es muy prometedora para el futuro, pero como tal promesa nadie –aquí la norma– nos garantiza su actualización, pues el régimen jurídico omite o calla más que da o «habla».

Es evidente que, pese al énfasis puesto por la EM, que se muestra autocomplaciente también en esto, no hay ningún «cambio radical», como evidencia no solo el que se mantengan los principios más aquilatados del régimen de la actividad contractual del sector público, sino que se adopte el modelo más restrictivo de Cláusulas Sociales, el que apuesta por ellas, en la fase de ejecución, y no de modo obligatorio para las AAPP sino potestativo. Sin embargo, no solo otro modelo era muy posible, y legítimo dentro del Derecho Comunitario, sino que incluso se hace preciso un esfuerzo interpretativo para extraer toda la utilidad del nuevo régimen, si no quiere traicionarse su sentido, esto es, el fin perseguido por la norma, aunque técnicamente lo haya expresado de un modo deficitario.

El sentido sustancialmente «conservador», a nuestros efectos, de la LCSP se refleja ya desde el mismo artículo 1, que al fijar el objeto de la regulación se centra en los principios clásicos. Así, esta ley tendría «por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los *principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y...*, la *salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*».

Solo este último concepto nos da noticia de que un cambio se está fraguando, pues este criterio, como reconociera previamente la jurisprudencia ya referida, es mucho más complejo que el tra-

dicional criterio de adjudicación concretado en el relativo al «precio más bajo», que no desaparece, como vimos, pero que sí tiene vigencia residual –art. 134.1, 2.º párrafo LCSP–. Pero ¿quién garantiza que las AAPP saben –o están dispuestas a saber– que en este criterio deben tener cabida criterios sociales cuando estos suelen verse más como gastos que como inversiones o ahorro?

Obviamente nadie. Primero, porque la formación técnica en esta materia resulta bastante deficiente. Segundo, por el uso mítico del Derecho Comunitario como un límite insalvable, que ha contagiado de raíz la práctica administrativa en esta materia, en especial en una doctrina interpretativa muy restrictiva de las Juntas de Contratación. Por eso, debió precisarse qué se entiende por «oferta económicamente más ventajosa», explicitando que incluye, además del precio, otros criterios económicos, sociales y ambientales a tener en cuenta en la valoración de la misma. Como hubiese sido coherente introducir en las normas relativas al cálculo del «valor» estimado de los contratos no solo el «precio habitual de mercado» –art. 76 LCSP–, sino también lo que reporta la atención a los criterios sociales y ambientales en términos de ahorro.

Sin embargo, la necesaria lectura de ese concepto en relación al artículo 134.1 LCSP, que es el que explicita los criterios de valoración de las ofertas, como vimos, así como a la luz de la jurisprudencia más moderna en esta materia, son argumentos suficientes para evidenciar y promover el cambio jurídico y práctico referido. Una constatación que encuentra aún mayor confirmación si se tiene en cuenta que no existe en el TRLCAP/2000 ninguna norma de este tipo, siendo el referente principal el «precio del contrato» público, respecto del que se cuida en advertir que debe ser «el adecuado al mercado» –art. 14.1–. Asimismo, el derogado artículo 86, relativo a los criterios de adjudicación del concurso, es ajeno a criterios que no se ligen al precio y a aspectos técnicos y de rentabilidad...

Una segunda deficiencia de carácter general la encontramos en el referido carácter meramente potestativo que se ha dado a la introducción de las Cláusulas Sociales, pese a que en el trámite parlamentario se propuso por diversos Grupos que cambiase esta naturaleza de potestativa a obligatoria. El carácter potestativo de su introducción enlaza perfectamente con la continuidad de la libertad de pactos –art. 25 LCSP– en términos que resultan sustancialmente análogos al derogado artículo 4 TRLCAP. Sin duda esta no es la única opción posible jurídicamente, ni mucho menos la mejor, pues mantiene esa visión del ordenamiento jurídico como un límite negativo –lo que ha de respetarse necesariamente– y no como una exigencia positiva o de fomento –lo que exige o promueve que se haga–. El artículo 25.1 LCSP, en términos inexplicablemente coincidentes con el artículo 1.255 CC para la contratación privada, autoriza que en los contratos del sector público puedan *«incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración»*.

Es evidente que la LCSP sigue favoreciendo una visión clásica de libertad de acción del poder público –cuando es un sujeto sometido al imperio de la ley *ex* artículo 103 CE–, y de sujeto garante, en detrimento de su condición de «sujeto promotor», no ya solo de «obras», sino de un modelo concreto de gestión de esas obras: la compra socialmente responsable. En este sentido, queda claro que hubiese sido mucho mejor, incluso exigible, formular en positivo los condicionantes socio-ambien-

tales, con un terno análogo al que propongo y al que creo puede llegarse en vía interpretativa, avanzando por la senda de la referida jurisprudencia, así como por el camino abierto en ciertas leyes autonómicas auténticamente pioneras²³:

«En los contratos del sector público *deberán* incluirse cualquier pacto, cláusula y condición, incluso de carácter ambiental y social, *que favorezcan la efectividad del interés público y los principios de buena administración*, siempre dentro de los imperativos derivados del conjunto del ordenamiento jurídico.»

La inherente libertad de pactos en el sector de la contratación no puede hacer ignorar, por tratarse de un ámbito de contratación pública sujeta imperativamente a principios especiales, la función social que es igualmente consustancial a la actividad pública, conforme a los claros mandatos constitucionales. En esta línea parece apuntar el artículo 23 de la Directiva, pese a centrarse en la libertad de competencia. Ahora bien, si bien diseñada y aplicada, la Cláusula Social ni tiene por qué ser un auténtico obstáculo a la competencia ni, todavía menos, lo sería «injustificado» (STSJ, Contencioso-Administrativa, 30 de mayo de 2003).

En tercer lugar, y situados ya en lo que la norma ha reflejado expresamente para las Cláusulas Sociales, también hay que llamar la atención crítica sobre la proyección de aquel mismo carácter potestativo para un plano en el que la obligatoriedad debía haber sido la regla. Me refiero ahora al aspecto, ya comentado, de las garantías de efectividad del cumplimiento de las eventuales Cláusulas Sociales fijadas como una de las condiciones especiales de ejecución de los contratos por la empresa, sea cual sea su naturaleza y características, que haya resultado adjudicataria del contrato. Así, el ya citado artículo 102.2 LCSP prevé tres tipos de garantías para hacerlas exigibles:

- 1.^a El incumplimiento de la Cláusula Social como *causa de resolución del contrato*, pero solo si se le atribuye el carácter de «*obligación contractual esencial*», en los términos del artículo 206 g) LCSP.
- 2.^a La posibilidad de introducir *cláusulas penales*, según el artículo 196.1 LCSP
- 3.^a Podrá ser considerada como *infracción grave* del artículo 49.2 e) LCSP, *en los términos reglamentarios*, si el incumplimiento de las condiciones sociales no se tipifica como causa de resolución contractual. Por lo tanto, la prohibición de contratar no solo deriva de estar incurso en sanciones firmes por infracciones graves en materia social –art. 49.1 c) LCSP–, sino también por incumplir las condiciones sociales.

²³ El artículo 21 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra, pese a expresar su preocupación por mantener el pleno respeto a los principios de trato igual y no discriminador a todos los contratistas, «interpretando las normas atendiendo a tales objetivos y respetando la doctrina dictada a tal fin por la jurisprudencia comunitaria» –art. 21.1–, exige que:

«3. *En toda contratación se buscará la máxima eficiencia en la utilización de los fondos públicos y en el procedimiento, atendiendo a la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten directa o indirectamente ventajas para la entidad contratante.*»

Este completo régimen de garantías de efectividad, que hacen más creíble por exigible, esta figura de condicionamiento social de la contratación pública, debe valorarse, a mi juicio, y pese a las críticas que ha recibido, positivamente. En este sentido, el régimen está en condiciones de tener un impacto efectivamente disuasorio en el empresario que las incumpla, porque no solo se vería perjudicado con una cláusula penal o con la resolución misma del contrato, sino que quedaría afectada su futura aptitud para contratar. Ahora bien, una vez más, el principal problema es el de siempre: estos efectos dependen de la voluntad del órgano de contratación, que tiene en su poder decidir si sigue o no sigue este régimen imperativo y exigente.

Las resistencias a una implantación estructural de las Cláusulas Sociales se pueden comprobar también si se compara su regulación con las novedosas Cláusulas Ambientales, evidenciándose notables «agravios comparativos». Así, por un lado, mientras que el legislador sí ha tenido el interés de incluir en el catálogo particular de contratos para los que es de todo punto obligatorio valorar más de un criterio, en los términos del artículo 134.3 LCSP, destacando aquellos que tengan un «especial impacto medioambiental», no ha entendido necesario hacer lo mismo con los contratos que puedan tener un especial impacto social y/o laboral. Cierto, puede entenderse que no estamos ante una lista exhaustiva, y por tanto nada impediría que la Administración contratante los incluyera, pero no menos verdad es que el legislador podía haber dado una muestra de mayor «sensibilidad», como parece apuntar –«amaga pero no da»–, en el artículo 134.1 LCSP. Por otro lado, esta desconsideración –quizás desconocimiento– de la situación actual de las Cláusulas Sociales respecto de las Cláusulas Ambientales se produce en la convicción de que para aquellas no hay posibilidad de fijar criterios técnicos de aceptación general, –o al menos difusa–. Y no es que el legislador ignore tal posibilidad para otros ámbitos conexos, como digo.

En este sentido, pese a que el criterio general fijado por la LCSP –art. 100– es el de aprobar las prescripciones técnicas que han de regir la contratación en términos tales que permitan el acceso, «en condiciones de igualdad», de los licitadores, a todos los candidatos, esto no ha impedido que exija atender a aspectos de índole social. Así, y «en la medida de lo posible» –cláusula de limitación–, deberá hacerlo a los «criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos», conforme fija la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Si no es posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse esta circunstancia –art. 101, párrafo segundo, LCSP–.

Asimismo, y «siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente», deberá cuidar que se apliquen «criterios de sostenibilidad y protección ambiental». A tal fin, se remite a las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación.

Para concretar estas prescripciones, y sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el Derecho Comunitario, podrá acudir a diferentes formas, abriéndose incluso –además, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a nor-

mas internacionales–, «*a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización*». O en términos de «rendimiento o de exigencias funcionales» –letra b)–, incorporando a estas últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características ambientales –«*etiquetas ecológicas europeas*»–. Incluso autoriza que se pueda exigir al empresario que acredite que cumple determinadas normas de gestión medioambiental, sea al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o al basado en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos reconocidos– (art. 70)–.

Pues bien, ninguna previsión se ha previsto respecto de criterios de desarrollo socialmente sostenido, o incluso de igualdad de género, ni tampoco para los criterios sociales avalados mediante sistemas de certificación de responsabilidad social, tales como la Norma Internacional SA 8000, o la OSHAS 18001 u otras normas sociales certificables y, por tanto, susceptibles de auditoría, en los términos ya comentados en apartados anteriores. A este respecto, debe recordarse que existe, en paralelo al verde, una «etiqueta social». Es verdad que, como se dijo, en ocasiones estas exigencias elevaban los costes de contratación, con las consiguientes dificultades para su implantación generalizada, sin embargo siempre se han revelado proporcionadas al valor del contrato y han ido reduciéndose conforme se han ido consolidando.

Ahondando en esta desatención a la dimensión «técnica» de la gestión socialmente solvente, ni el artículo 64 LCSP, relativo a los criterios de «solvencia económico-financiera», y ni los artículos 65-68 LCSP, relativos a la técnica y profesional, se han preocupado de mencionar criterios de índole social. Solo los relativos a la «plantilla media» –no así a la estabilidad– y a la cualificación de sus directivos y técnicos.

A mi juicio, hubiera sido posible legalmente, y desde luego aconsejable, introducir medidas normativas orientadas a favorecer la verificación de la efectividad de la cultura empresarial socialmente responsable. Y ello de un modo análogo a lo previsto respecto de la gestión ecológicamente responsable, en general, y más cuando se trate de contratos que, por su objeto, puedan tener ese impacto social, del mismo modo que ciertas leyes exigen la presentación de «Balances Sociales», como la reciente Ley de Empresas de Inserción, o Auditorías Preventivas, como la LPRL.

Cosa diferente es reconocer que, a diferencia de lo que sucede para la gestión ambiental, no existe el mismo consenso para las normas relativas a la certificación de una gestión socialmente responsable, como tampoco en el ámbito del Comercio Justo. Sin embargo, lo único que esto significa es que el tratamiento de las certificaciones sociales no puede ser el mismo que las ambientales, al menos a día de hoy, ni mucho menos exigir un único modo de certificación, admitiendo cualquiera que pueda ser equivalente en sus planteamientos y fines. La práctica de contratación pública actual ya contempla casos, cierto que todavía muy escasos, pero existentes y relevantes, en los que se incluyen «etiquetas» o «certificaciones» sociales, como sucede también con las de Comercio Justo ²⁴.

²⁴ Vid. Consejería de Medio Ambiente de Andalucía. Guía para la Contratación Pública Responsable en Andalucía. IDEAS. 2006. págs. 50 y ss.

No obstante, tampoco conviene desmesurar el significado de este tipo de controles, pues, como ya se dijo, estas normas de certificación tienen sentido para países y ordenamientos que no responden a los estándares de protección sociolaboral internacional, pero no en ordenamientos que, como el español, debe garantizar por sí mismo esos niveles de protección. Las Cláusulas Sociales a las que nos referimos en este trabajo principalmente hacen referencia a claros compromisos de mejora de los mínimos legales y convencionales, asumiendo las empresas un papel activo en el logro de objetivos de política de empleo, de inserción y de igualdad de trato. Por eso, tales requerimientos bien podrían valer o para el ámbito del Comercio Justo, para la aplicación de la disposición adicional 6.ª 4 LCSP, o bien, como se verá, para la garantía por las empresas que actúan en España del cumplimiento de los derechos sociales básicos en toda la «cadena de valor», incluyendo las empresas contratadas o subcontratadas en el plano internacional, o bien por disponer de establecimientos, centros o empresas en esos países con menores estándares de protección sociolaboral, como exige el artículo 102.1 *in fine* LCSP.

6. LOS REGÍMENES PARTICULARES: ÁMBITOS DE ACCIÓN PREFERENTE PARA LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

6.1. Las «Cláusulas Sociolaborales» como instrumento de política activa de empleo.

Entre los objetivos socioeconómicos que más presencia tienen en las normas y en las prácticas hasta ahora existentes en materia de Cláusulas Sociales se sitúa, sin ninguna duda, los relativos a las Políticas Activas de Empleo, y en especial la política de fomento de empleo. El artículo 102.1 LCSP recoge y refuerza esta originaria presencia vinculándola, como no podía ser de otro modo, a la Estrategia Europea por el Empleo –EEE–, en los términos del artículo 125 TCE: las condiciones sociales especiales podrán tener el fin de «...*combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la EEE...*». Conforme al artículo 125 TCE estas finalidades son básicamente las de «*potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico*», con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 2 del TUE y en el artículo 2 del TCE. Objetivos que, por lo que aquí interesa, se concretan en «*promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible...*», principalmente mediante, entre otros aspectos, «*el fortalecimiento de la cohesión económica y social*».

En definitiva, se incluyen fines u objetivos tanto cuantitativos –la exigencia de un porcentaje mínimo de contratación de personas en desempleo– cuanto cualitativos –la necesidad de acreditar un porcentaje mínimo de contratos estables; la mejora continua de la formación de los trabajadores–. Precisamente, antes de la entrada en vigor de la nueva LCSP y sin duda anticipándola, el Ministerio de Fomento ha puesto en práctica una política de inclusión de cláusulas sociales para favorecer, entre los objetivos de política de empleo, la estabilidad. Así, el 4 de agosto de 2005, el Ministerio aprobó los nuevos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares aplicables a la contratación de obras por él promovidas, cuya novedad más relevante radicaba en la inclusión de esas Cláusulas de fomento de objetivos de política de empleo –además de otros fines, como la igualdad de género–.

Un ejemplo relevante lo encontramos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas utilizado por el Ministerio de Fomento. Este, desde 2005, instrumenta un sistema de cláusulas que debe cumplir la empresa adjudicataria y su cadena de suministro.

Por lo que hace a su contenido, en estas Cláusulas el adjudicatario se compromete a alcanzar unos niveles de empleo fijo –también femenino y de personas con discapacidad– en la ejecución del contrato²⁵. A tal fin, se establecen en el Pliego unos umbrales mínimos de cumplimiento, de forma que en caso de no alcanzarlos esto supondrá un incumplimiento grave del contrato, lo que puede dar lugar a la pérdida de clasificación de la empresa. Esta pérdida de clasificación impediría a la empresa contratar con las diferentes AAPP.

Este tipo de Cláusulas de carácter social se han aplicado también a las concesiones de Autopistas cuyo caso es especialmente revelador, en la medida en que sus singulares características favorecen que el Ministerio de Fomento pueda articular en estos Pliegos un mecanismo asegurador del cumplimiento de las condiciones sociales, tanto en la fase de construcción de la Autopista como en la fase de explotación. En ese sentido, la adecuación a las Cláusulas Sociales puede suponer un «premio» para el concesionario cumplidor, pues se prevé que pueda disfrutar de una duración adicional de la concesión en tales casos.

No obstante su especial solera, y su indudable legitimidad, me parece conveniente recordar que este tipo de acciones ha encontrado a menudo una férrea oposición por parte de la Comisión Europea, amparándose en la omnipresencia, a mi juicio invasora, del Derecho de la Competencia, sea en la vertiente de protección frente a las llamadas «Ayudas de Estado», sea en la relativa propiamente a las «Cláusulas Sociales». En todo caso, hay también que evidenciar que los problemas se han generado normalmente, en este segundo supuesto, que es el que aquí interesa, con aquellas legislaciones que otorgaban preferencias en la fase de adjudicación –la Cláusula Social como criterio de selección de licitadores–, no tanto en la fase de ejecución. Sin embargo, ya expuse las razones por las cuales entiendo que, si bien diseñadas, el Derecho Comunitario deja espacio más que suficiente para instrumentar Cláusulas Sociales como técnica de Política Activa de Empleo en cualquiera de las Fases del proceso de contratación.

6.2. Las «Cláusulas Sociales» y la política de inserción ocupacional de las personas excluidas: mercados tutelados *versus* subvenciones.

Precisamente, un ámbito específico de las Políticas Activas de Empleo en el que las Cláusulas Sociales en la contratación pública han resultado más comprometidas, por afectar a la Fase de Adjudicación, permitiendo los «contratos reservados» y, por tanto, la creación de auténticos «mercados

²⁵ Entre los indicadores de estabilidad en el empleo se incluyen: Trabajadores con contrato indefinido: 44%; Trabajadores con contrato por obra o servicio: 78% de los contratos temporales. Para conocer la disponibilidad del mercado de la construcción en lo que se refiere a la contratación de personal femenino y trabajadores minusválidos señalada en las letras b) y c) se estará a lo que el INEM certifique sobre la existencia de demandas de empleo femenino y de personas minusválidas en la construcción para cubrir los puestos de trabajo necesarios para la ejecución del contrato.

tutelados», es el de la inserción ocupacional de las personas más vulnerables frente a los mercados económicos ordinarios, como son las personas con discapacidad en particular, y en general todas las personas con un riesgo cierto de exclusión social. No por casualidad, este ámbito de intervención ya estaba presente, como se dijo, en el TRLCAP/2000 –disp. adic. 8.^a–, lo que pone de relieve su importancia, que sin duda ha crecido notablemente en la LCSP –disp. adic. 6.^a–.

Desde esta perspectiva, la LCSP no solo prevé la posibilidad de «promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral» a través de la inclusión como *Condiciones Especiales de Ejecución* –art. 102.1–, sino también como «*Cláusulas de Adjudicación Preferente*» –disp. adic. 6.^a–. Así se prevé, de nuevo su configuración como una potestad de los órganos contratantes y no como una obligación de los mismos, para las empresas públicas o privadas que, «en el momento de acreditar su solvencia técnica», tengan en plantilla personas con discapacidad por encima de la cuota de reserva mínima legal –2%–. En caso de ofertas que resulten igual de ventajosas, tendrá preferencia el licitador con «*mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla*». De este modo, se aúnan el objetivo de fomento de empleo con el de favor por el empleo estable.

Igualmente, y como novedad legal, gozarán de esta preferencia de acceso al contrato público las empresas que, «*en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas*», se dediquen «*específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social... valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30% de sus puestos de trabajo*» con estos colectivos, «*cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes*» –disp. adic. 6.^a, apartado 2, LCSP–. Esta disposición ha de ponerse en relación con la disposición adicional 1.^a de la Ley 44/2007, reguladora de las EI ²⁶, que remite a la LCSP para la ordenación de esta posibilidad de incluir Cláusulas Sociales en la contratación pública a favor de la contratación de personas en exclusión. Aunque literalmente solo remite a las «condiciones especiales de ejecución», debe quedar claro que el régimen regulador de las Cláusulas Sociales está en la LCSP.

Ahora bien, esta puesta en conexión entre ambas leyes, nos permite evidenciar una primera crítica a la ordenación dada por la LCSP. La razón está en que pese a su modernidad, tanto que acaba de entrar en vigor, ha nacido desfasada, porque remite a una regulación de las EI, la disposición adicional 9.^a de la Ley 12/2001, que ya no está en vigor, precisamente porque la Ley 44/2007 la ha derogado expresamente –disp. derog. única–. En consecuencia, los condicionantes fijados por la disposición adicional 6.^a de la LCSP para que puedan operar las Cláusulas de Preferencia relativas a los colectivos beneficiarios y porcentaje de contratación han de entenderse ordenados por la Ley 44/2007, que ha de entenderse ahora como ley remitida, y no por la LCSP, que se redactó conforme a la disposición adicional 9.^a Ley 12/2001, hoy derogada, como se ha dicho.

Pero con ser este aspecto criticable, en el plano de la técnica legislativa, aún lo debe ser más, en el plano de la opción de política del derecho acogida, el continuismo extremo que subyace a esta

²⁶ Un comentario detallado de la misma en VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA, C., *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, número 298, enero 2008.

previsión legislativa. Por un lado, porque persiste en darle un carácter estrictamente potestativo, haciendo caso omiso a las Enmiendas, muy ajustadas a nuestro parecer, que se presentaron durante el trámite parlamentario para que fuesen de incorporación obligatoria. Por otro lado, porque la regla para el futuro adolece de análogas limitaciones que la regla de pasado –todavía hoy «de presente»–, que se mantendría en términos análogos solo que ahora extendida a otros colectivos, pues ya no se limitaría a las personas con discapacidad –regulación TRLCAP– sino que afectaría también a las personas en situación o riesgo de exclusión –LCSP–.

En este sentido, el juego de la Cláusula de Preferencia es muy reducido, casi residual, sin que promueva de modo expreso, aunque es obvio que no prohíbe, avanzar hacia un juego fuerte de las Cláusulas Sociales en la Fase de Licitación, facilitando la creación de los llamados «mercados tutelados» –los que reservan un porcentaje de contratos a ciertas empresas por su naturaleza solidaria–.

De este modo, solo los «Centros Especiales de Empleo» –que realmente no son sino «empresas de inserción» específicas para las personas con discapacidad– parecen contar con la posibilidad de crear estos mercados tutelados, gran aspiración del sector de las empresas solidarias en general y de las EI en particular, a través de la reserva de ciertos porcentajes de contratación –disp. adic. 7.^a, relativa a los contratos reservados, y que transpone el art. 19 Directiva 2004/18/CE²⁷–.

A mi juicio, sin embargo, esta restricción es excesiva y no está justificada. Como intenté poner de relieve, los marcos comunitario y constitucional dejan, más aun, exigen, una atención más comprometida con este sector de empresas solidarias, como imperativo de política de empleo basada en la igualdad de oportunidades y en la cohesión social, objetivos comunitarios primarios.

Prueba de que el margen regulador es mayor es la legislación autonómica que, en los cinco últimos años, ha perfeccionado la técnica de tutela –garantía– del derecho a la inserción social por el empleo de las personas en situación o riesgo de exclusión²⁸. Estas leyes han apostado seriamente por la constitución de «mercados tutelados» que se revelan como alternativa socialmente más eficaz económicamente eficiente que la tradicional política de subvenciones públicas, escasas en cuantía e inestables.

Un claro ejemplo de este progreso, y por tanto de las mayores posibilidades de las que disponen las AAPP, es el artículo 35 de la Ley 31/2002, MFA de Cataluña, modificado por la Ley 7/2004. En este precepto se contempla el deber de **«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..., o a entidades sin afán de lucro que tengan como finalidad la integración laboral o social... y que su finalidad o su actividad, de acuerdo con sus normas reguladoras, estatutos o reglas fundacionales, tenga relación directa con el objeto del contrato»**.

²⁷ «Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad...».

²⁸ Vid. in extenso VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C. *Empresas de Inserción y Mercados de Trabajo Inclusivos: marco regulador y modelos de gestión*. Comares. Granada. 2008.

Por su parte, el apartado 2, y en aras de una mayor seguridad jurídica, delimita qué tipo de contratos son susceptibles de incluirse en esa reserva a las EI. A saber:

- Obras y servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles.
- Servicios de mensajería, correspondencia y distribución, artes gráficas.
- Limpieza y lavandería, restauración, recogida y transporte de residuos.
- Servicios y suministros auxiliares para el funcionamiento de las AAPP.

Este listado legal, sin embargo, no se concibe como «*numerus clausus*» o catálogo cerrado, sino que puede ser ampliado. A tal fin, la ley catalana hace atribución a los órganos de contratación de la potestad para ampliar la reserva a otros contratos, siempre que se mantenga «la adecuación de las prestaciones a las peculiaridades de los centros, empresas y entidades...» referidos.

No obstante, su apartado 3 tiene un sentido diferente, orientado a reducir el alcance, inicialmente muy amplio, de la Cláusula Social de reserva, al acotarlo, sin que esto sea una exigencia jurídica sino una opción de política del derecho, a los contratos públicos adjudicados por «contrato menor o por procedimiento negociado por razón de la cuantía económica, de acuerdo con los umbrales establecidos por la legislación de contratos de las administraciones públicas». Estos mismos límites cuantitativos rigen cuando los órganos competentes para la contratación decidan «no utilizar los procedimientos derivados del sistema de contratación centralizada» a fin de «adjudicar, mediante reserva social, alguna de las prestaciones a que se refiere el apartado 2».

En la misma dirección de compromiso con la instrumentación social de la compra pública, se sitúa el artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Esta norma prevé la incorporación de criterios de carácter social y medioambiental en la contratación, siempre que su empleo no limite o restrinja indebidamente la competencia, conforme al Derecho de la UE. Así, se posibilita la incorporación de estos criterios tanto en la más eficaz fase de valoración de la solvencia, como en la más cautelosa de determinación de las condiciones en las que se ejecutará el contrato, y, por supuesto, como criterios de desempate en la valoración.

El artículo 9.2 prevé, con carácter potestativo, que las entidades administrativas navarras puedan, al igual que sucede para los talleres y empleos protegidos a favor de las personas con discapacidad, «reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos» a las EI. Según su apartado 3, el importe de los contratos reservados «*no podrá superar el 20% del importe de los adjudicados...*». Los anuncios deben mencionar expresamente la reserva –Cláusula de Transparencia–.

6.3. Las «Cláusulas Sociales» como instrumento de fomento de la igualdad de oportunidades entre sexos: ¿«ética» o «cosmética» empresarial?

El carácter transversal que asume el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, así como, por qué no decirlo, las enormes dificultades para hacerlo real pese a ser una cuestión de

estricta y urgente «justicia social», hacen que también se mire hacia la política de contratación pública para intentar avanzar más rápido y seriamente en esa dirección. Por eso, ya aparece en una *incipiente práctica de contratación administrativa* inmediatamente anterior a la nueva Ley de Igualdad ²⁹.

Pero sobre todo ha sido objeto de impulso por esta prometedora ley, la Ley Orgánica 3/2007 –LOI–. En ella se incluye el «deber» de las AAPP, en especial de la AGE, de fijar qué contratos y en qué proporción **«obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad»**, si bien remitiendo *«a lo previsto en la legislación de contratos del sector público»* –art. 34.1 LOI–.

En esta dirección, si bien para las AAPP locales, un documento importante es la *Carta Europea para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la Vida Local*, elaborada en el marco del Proyecto 2005-2006 a cargo del Consejo de Municipios y Regiones de Europa, en colaboración con diversos socios, entre los que se encuentra la FEMP ³⁰. Entre sus principios, por lo que aquí más interesa, está el de integrar la dimensión del género en todas las actividades de los gobiernos locales y regionales, en la elaboración de las políticas, en los métodos e instrumentos que afectan la vida cotidiana y en la elaboración y el análisis de los presupuestos (principio 6). A tal fin, expresamente se llama la atención sobre la necesidad de que las AAPP Locales, en su papel de promotoras de obras públicas o de clientes públicos, introduzcan este principio en concursos y contratos públicos. Su artículo 12.1 establece que:

«El gobierno signatario reconoce que en la ejecución de sus tareas y de sus obligaciones relativas a los suministros de bienes y de servicios, incluidos los contratos de compra de productos, el recurso a servicios y la realización de trabajos, es de su responsabilidad el promover la igualdad de mujeres y hombres».

A este respecto, a mi modo de ver no existe una estricta correspondencia entre la regulación que parece promover la LOI y la que finalmente ha previsto la LCSP, siendo esta bastante más tibia o difusa que aquella. Mientras que la LOI diferencia entre la fase de ejecución, en la que la incorporación de Cláusulas Sociales ha de ser obligada para las AAPP –aunque expresamente solo lo fija para la AGE–, y la de valoración de las Ofertas, para la que acepta el carácter potestativo –art. 34.2 LOI–, la LCSP, como hemos visto, *contempla de modo potestativo la introducción de tales Cláusulas de Igualdad en ambas fases* –art. 102.1 LCSP para la fase de ejecución, y el art. 134.1 para la fase de valoración–.

²⁹ Destaca el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres (publicado como anexo a la Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo de 2005, BOE 8 de marzo). El punto 1.2 de este acuerdo señala: «Se acuerda introducir en los pliegos de cláusulas de contratación con la Administración pública criterios que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursan».

³⁰ Actualmente, han firmado la Carta un total de casi 600 Entidades Locales de toda Europa, de las que cerca de 40 son españolas. Además de presentarla oficialmente, la FEMP pretende continuar en 2008 con la labor de divulgación, información y asesoramiento a las Entidades Locales españolas.

De ahí pues, como incluso parece sugerir algún Documento reciente presentado por el Gobierno –Informe de Género 2007–, la necesidad de ir más allá de la estricta previsión de la LCSP, amparándose tanto en la LOI como, de modo directo, en las disposiciones del Tratado de la Comunidad artículos 2, 3.2, 137.1 y 141.4 (este último relativo a medidas de «acción positiva», género al que, como se indicó, pertenece la técnica de las Cláusulas Sociales).

En todo caso, y en línea general con la tesis sostenida y argumentada aquí, a mi me parece esta una alternativa mucho más «seria» y creíble para progresar en el fin de la igualdad que el modelo de regulación y gestión basado en la RSE, que también goza de presencia en la ordenación de la LOI. En este marco, si el artículo 73 LOI se hace eco de la posibilidad de que las empresas asuman voluntariamente acciones de responsabilidad social, destinadas a promover condiciones de igualdad en el seno de la empresa o en su entorno social, el artículo 50 LOI manda al MTAS crear «un distintivo» para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades. Este distintivo «*podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios*», como podrá hacerlo para sus eventuales acciones de RSE (74 LOI). A mi juicio, aquí reside la verdadera utilidad de este modelo de mejora voluntaria y que no es otra que servir de instrumento para el marketing empresarial o, lo que es peor, obedece más bien a una operación de pura «cosmética» empresarial que a una convicción seria sobre el deber –ético– y la ventaja –económica– que tal asunción de mejoras voluntarias tiene para la empresa y para su entorno social. El escaso éxito del «Programa Óptima» –menos de 100 empresas se han acogido a él– del MTAS es suficientemente revelador.

Un juicio que, a mi entender, no cambia significativamente porque los sindicatos hayan caído también en la «tentación» de sumarse, cierto que con muchas cautelas, a la moda de la RSE. Como es sabido, el Capítulo VIII del ANC 2007 –prorrogado para 2008–, establece que la «*introducción de prácticas de responsabilidad social en las estrategias de las empresas constituye para las Organizaciones Empresariales y Sindicales un serio compromiso y un esfuerzo complejo que ha de contar con el mayor grado de implicación y de consenso*». La LOI reconoce esta posibilidad de una RSE concertada colectivamente, previéndola expresamente y remitiendo a la norma laboral la ordenación de la eficacia de los eventuales resultados. Pese a todo, creo que la acción sindical debe dirigirse más a avanzar en esta dirección de mejora de la igualdad desde sus instrumentos reguladores –convenios y acuerdos colectivos–, que a favorecer experimentos de difuso o ambiguo fundamento e incierto futuro.

No obstante, cada vez son más los ejemplos que encontramos a nivel mundial de «acuerdos colectivos de responsabilidad social». No obstante, todavía hoy son *rara avis* y dudo que puedan crecer mucho con el tiempo ³¹.

Situados en el ámbito de las Cláusulas de Igualdad en la Contratación, está claro igualmente que para evidenciar las mayores virtudes del modelo, aunque no esté en condiciones tampoco de

³¹ *Vid.* para un intento reciente de sistematización de este tratamiento, que es muy escaso como se reconoce acertadamente, *vid.* MOLINA MARTÍN, A. «La responsabilidad social empresarial en la negociación colectiva». AA.VV. (Coord: R. ESCUDERO). *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*. CC.OO.– Ediciones Cinca. 2008. Págs. 508 y ss.

provocar cambios estructurales porque el problema tiene las raíces más profundas, es necesaria una intensificación de la acción pública. Por eso, merece, al menos de inicio, confianza la iniciativa auspiciada por el Gobierno de aprobar –aparece en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de octubre de 2007–, en 2009, un «Libro Blanco» en el que se identifiquen los tipos de contratos públicos más adecuados para incorporar condiciones especiales de ejecución para promover la igualdad de mujeres y hombres en el mercado de trabajo. Este informe recogerá también las *cláusulas tipo* con este contenido para que puedan ser utilizadas por los órganos de contratación y, de esta manera, establecer una Guía de buenas prácticas.

Cursivamente, aunque esta iniciativa tiene la virtualidad de reforzar el compromiso con la inclusión en los contratos públicos de condiciones dirigidas a promover la igualdad, expresamente pone un «reparo» o hace una advertencia: ¡debe ser a coste 0! ,esto es, podemos ser todo lo «igualitaristas» que queramos, y más, pero, eso sí, sin «incremento de gasto público, en ningún caso». Ciertamente, este tipo de cláusulas es usual ante el predominio del objetivo de control del gasto público. Pero aquí no tiene sentido.

Y no lo tiene, primero, porque si el compromiso con el derecho a la igualdad es real habrá que poner los medios que sean precisos para ello. Pero no lo tiene, segundo, y sobre todo, porque si alguna idea es cierta en relación a las Cláusulas de tipo Social es que no son una vía para incrementar el coste sino, al contrario, un canal para optimizar la iniciativa pública, generando rentabilidad social y económica, o es que ¿acaso entiende el Consejo de Ministros que la desigualdad no tiene importantes costes para la sociedad y los poderes públicos? En cualquier caso, el objetivo básico de las Cláusulas Sociales en el sector de la contratación pública es alcanzar un nivel más alto de cohesión social –aquí de igualdad entre sexos– por el mismo dinero, a través de una mejor redistribución de los recursos públicos. En definitiva, no es tanto una cuestión de más recursos –incremento del gasto–, sino de mejor reparto.

6.4. «Cláusulas Sociales» y estándares internacionales: el enfoque de la «cadena de valor» y la estrategia de «nombrar y avergonzar».

En la regulación de las Condiciones Especiales de Ejecución de los contratos públicos que propicia el artículo 102.1 LCSP el último ámbito referido expresamente para las «Cláusulas Sociales» es el relativo a la garantía del «*respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción* mediante la exigencia *del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT*». Este es el espacio más próximo al uso internacional de las Cláusulas Sociales, cuyo referente más relevante es el movimiento favorable a su inclusión en los Acuerdos Comerciales, con vista a propiciar una elevación del estándar de protección de los trabajadores, sea para garantizar la vigencia universal de los derechos fundamentales laborales (razón ético-legal), sea para evitar una «competencia desleal» por parte de los países en vías de desarrollo, al organizar la actividad económica al margen de los estándares de la OIT (razón económica).

No obstante, conviene leer atentamente el texto normativo. No se trata de exigir por esta vía el cumplimiento de los derechos laborales básicos para las empresas que se han instalado o prestan

sus servicios en España, pues esa observancia debe estar garantizada por ley, máxime en un país como el nuestro, que coloca en la cúspide de su Ordenamiento el respeto a los derechos fundamentales, incluidos los Convenios de la OIT. De lo que se trata, en realidad, es de cargar sobre las empresas que operan en nuestro país el deber de garantizar que en todo su ciclo productivo, aunque parte de él se desarrolle en países que no garantizan ese estándar, se respetan tales normas.

Precisamente, como se señaló, no de modo casual este es el aspecto que más polémicas ocasiona en el marco de la Norma Internacional SA 8000, pues uno de los principales motivos de acudir a la «contratación» y «subcontratación internacional» es aprovechar los menores costes que derivan de los más reducidos estándares de tutela sociolaboral. Por eso tiene más sentido la previsión legal española que la prevista por la Comisión –Comunicación interpretativa, DOCE C333, 28 de noviembre de 2001–, a título de buena práctica de Cláusula Social, que integra también *«la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que estas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional»*. En todo caso, con el recurso a esta técnica se promueve una estrategia pro activa, por cuanto la protección de los derechos laborales básicos se buscaría a través de un sistema basado en una suerte de incentivo –favorecer su posición contractual–, antes que en penalizaciones –sanciones por incumplimientos–.

No es la única vía para intentar conseguir este progreso en la equiparación de los niveles de tutela protectores –con sus efectos positivos sociales pero también de tipo económico, no se olvide, para los países avanzados y para los que están en ese camino–. Otra puede ser la que representan los célebres Códigos de Conducta, que ya han sido también comentados. Pero frente a esta vía, también en aumento en el actual sistema económico global, la relativa a la Cláusula Social *presenta más ventajas en orden al incremento de las posibilidades de control del cumplimiento*, si bien en ambos casos se exige un proceso de aprendizaje.

Como se ha escrito hasta la saciedad, la empresa contemporánea dominadora de un determinado sector de actividad se ha transformado, pues frente a la gran empresa, integrada e integral, se convierte en una empresa «red», «constelación», descentralizada, flexible, que, además, pone en práctica, ante la falta de controles de carácter internacional, políticas de «externalización del riesgo». De este modo, se busca que sean «otros» los que asuman los riesgos y costes de la actividad, ya sean estas otras empresas de la «cadena de valor», la sociedad o las personas, el medio natural o el entorno territorial. Debe valorarse, pues, positivamente, este enfoque legal de *gestión global socialmente responsable* o de gestión global de la «cadena de valor» –nuevo concepto de origen económico que engloba, pero supera, el tradicional concepto de «cadena de suministro»–, como estrategia pro activa para asegurar que empresas propias y asociadas respetan los derechos laborales básicos. Precisamente, de esta garantía pretende hacerse una fuente para obtener una ventaja competitiva.

Desde esta perspectiva, la estrategia de garantía de un desarrollo laboralmente sostenible a nivel internacional se liga a la de «nombrar y avergonzar», en virtud de la cual los sujetos sociales promueven denuncias, quejas y actuaciones que dejan en evidencia la imagen y reputación de una empresa que no respeta, en sus relaciones con empresas asociadas en otros países, los estándares

laborales básicos. En este sentido, se busca evitar con estas Cláusulas el que se produzcan casos mundialmente conocidos de grandes empresas, valoradas positivamente en sus países, pero con un impacto socialmente negativo en otros ³².

No obstante, quizás se eche en falta una aproximación más comprometida, a través del concepto de *ampliación de la responsabilidad a toda la cadena de proveedores por las violaciones cometidas por los proveedores*.

La falta de este enfoque en la implantación de las Cláusulas Sociales en el Comercio Internacional estaría en la base, precisamente, de las limitaciones de esta técnica para avanzar en un comercio más equitativo, dadas las limitaciones de esta vía, que dejaría fuera, además, un importante conjunto de derechos, al centrarse solo en los derechos «básicos». Por lo tanto, las Cláusulas Sociales no son la solución última para resolver estos desequilibrios internacionales ³³. En cualquier caso, para el correcto desarrollo de estas Cláusulas sería preciso fijar algún tipo de instrumento que, a modo de los sistemas de certificación, permita verificar este cumplimiento.

6.5. Una nueva sorpresa de la parte «extravagante» de la LCSP: «Cláusulas Sociales», la leyenda «Comercio Justo» y la dialéctica Norte-Sur.

En la tramitación de la LCSP el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación puso especial empeño en que se acogiera, tanto en fase de condiciones de ejecución como en fase de adjudicación, los imperativos del «Comercio Justo» con los países en vías de desarrollo. Aunque, tras diversos avatares, esta consideración social no aparece expresamente en el texto articulado de la LCSP –ni en el art. 102 ni en el art. 134–, pero sí lo hace, como se indicó, en la EM, si bien advirtiendo que esta nueva vertiente tendría que esperar un tiempo y sería una consecuencia inevitable de la difusión del nuevo modelo de gestión social de los sistemas de contratación ³⁴.

Estamos ante un nuevo ejemplo de mala técnica legislativa. La EM evidencia un cierto desfase respecto del texto legal final, pues si es cierto que inicialmente no iba a ser recogida cláusula alguna al respecto, finalmente la disposición adicional 6.^a, en su apartado 4, sí abrió las Cláusulas Sociales en la contratación, en su modalidad de Cláusula de Adjudicación Preferente, al movimiento pro Comercio Justo.

Conforme a esta disposición adicional 6.^a 4, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares podrán otorgar una Preferencia de Adjudicación a estos fines siempre y cuando:

³² Distintas actuaciones antisociales de estas empresas globales, han hecho evidente los riesgos de este desequilibrio. Los casos son numerosísimos, la lista inacabable: Enron, Ikea, Nike, y un largo, etcétera.

³³ Vid. VALOR MARTÍNEZ, C. «Cláusulas Sociales». *Op. cit.* pág. 50.

³⁴ El Consejo de Estado propuso que su mención en la EM de la norma introducía un factor de confusión y, en cuanto basada en un mero designio de política legislativa sin incidencia legal en el nuevo texto, debería suprimirse. Como es evidente no ha tenido eco esta recomendación en el texto legislativo, pues al final se ha recogido en la llamada parte «extravagante» –a cierre de la norma– de la ley.

- *Los contratos «tengan como objeto productos en los que exista alternativa de Comercio Justo».*
- *Las ofertas estén presentadas por las «entidades reconocidas como Organizaciones de Comercio Justo...».*
- Que sus ofertas *igualen a la más ventajosa* –este criterio del «desempate» revela la poca confianza del legislador en este uso social del contrato público–, valoradas atendiendo a los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

En realidad, la novedad es solo legal, porque ya hay difundidas a lo largo de todo el territorio español prácticas administrativas que introducen Cláusulas Sociales a fin de favorecer el Comercio Justo. En el fondo, la preocupación social subyacente es la misma que la prevista en el apartado anterior: el disponer de una garantía de estar adquiriendo productos para cuya fabricación se ha contratado a personas a las que se les reconocen condiciones laborales dignas. El problema fundamental aquí reside en saber determinar qué se esconde realmente tras la «leyenda»: «Comercio Justo». La confusión en este ámbito es extrema, y se puede estar dando cobijo a diversas cosas, algunas de las cuales solo traducen una nueva manifestación de la creatividad de las personas para encontrar nuevos «nichos de negocio». Esta advertencia no procede de alguien escéptico ante estos movimientos menos transparentes de lo que parece, sino que ha sido evidenciado por el mismo Parlamento Europeo, para el que ante el «éxito del comercio justo y la ausencia de protección legal, existe el riesgo de que se haga un uso abusivo del concepto, dado que pueden introducirse en el mercado empresas que no cumplan los criterios establecidos» –Resolución 2005/2245/(INI)–.

De esta cautela se habría advertido plenamente el legislador. Este solo permite que puedan beneficiarse de la preferencia en la adjudicación de productos de Comercio Justo las entidades reconocidas internacional y fiablemente como tales. Pero ¿quiénes son estas entidades? El problema es que la norma legal no suministra ninguna indicación al respecto, ni para definir qué entiende por Comercio Justo ni tampoco qué forma prefiere para la verificación de pertenecer a ese movimiento. Por eso, la Resolución del Parlamento Europeo debe ser una Guía útil.

Brevemente, el movimiento internacional de Comercio Justo está organizado en:

- IFAT, Asociación Internacional para un Comercio Justo, que es la red global.
- FLO, Organización Internacional de etiquetado de comercio justo, que es el Organismo Internacional normativo y certificador en esta materia.
- EFTA, Asociación Europea de Comercio Justo, que forma parte de la IFAT.
- NEWS: La red de tiendas europeas de Comercio Justo, que cuenta con más de 2.500 tiendas entre sus miembros, administradas por más de 100.000 voluntarios y más de 100 trabajadores contratados.

En España, las *Organizaciones de Comercio Justo* –tiendas e importadoras– se agrupan en la Coordinadora Estatal de Comercio Justo. En términos generales, se entiende por producto de Comer-

cio Justo todo aquel que está producido e importado por *Organizaciones de Comercio Justo* –OCJ– o si porta un sello de Comercio Justo. Estas Organizaciones establecen relaciones directas con Organizaciones de Productores del Sur, para asesorarles, de un lado, e importar y distribuir, de otro, sus productos. Hoy en día hay dos vías de reconocimiento:

- a) Que el producto haya sido importado y distribuido por una organización de Comercio Justo acreditada por IFAT.
- b) Que el producto lleve el Sello de Comercio Justo.

Precisamente, en respuesta a la necesidad de una identificación común que pueda ser reconocida por todos los consumidores, la Federación Internacional de Comercio Alternativo –IFAT–, desarrolló un sistema de acreditación y control propio –Marca de Comercio Justo o «Fair Trade Mark»–. Los estándares de IFAT se basan en la creación de oportunidades de comercio para los productores desfavorecidos económicamente, exigiendo la debida transparencia y responsabilidad, y en especial que se garantice un trato justo a la mujer, a los niños –prohibición del trabajo infantil–, al medio ambiente, a la fijación de condiciones laborales dignas, conforme a los estándares a su vez de la OIT, y el pago del «precio justo». Las OCJ –de los países del Norte, los desarrollados– que superen con éxito el proceso son elegibles para llevar la Marca IFAT.

Conviene advertir que la *Marca IFAT* no se aplica nunca al producto sino a la Organización. En cambio, el Sello de Comercio Justo FLO sí certifica productos, a partir de la verificación por el órgano certificador de que se han respetado todos y cada uno de los principios de Comercio Justo en la entera cadena de producción. A día de hoy solo existen estos Sellos para una gama limitada de productos: café, té, chocolate, azúcar, arroz, miel, zumos, fruta fresca, vino y balones. FLO agrupa en este momento a 20 Iniciativas Nacionales, incluida España. Pues bien, tras un largo debate, como es usual en materia de Certificación por los enormes intereses económicos en juego –y no siempre estrictamente sociales, como debería–, se constituyó la Iniciativa Nacional en 2005 (Asociación Española para el Sello de Garantía de Comercio Justo), uno de cuyos objetivos es impulsar el mercado de productos con sello, además de conceder contratos a empresas para uso del sello y hacer el seguimiento de la gestión del sistema de certificación de los concesionarios. En España, la Coordinadora Estatal de Comercio Justo otorga el distintivo «Justo Aquí»³⁵.

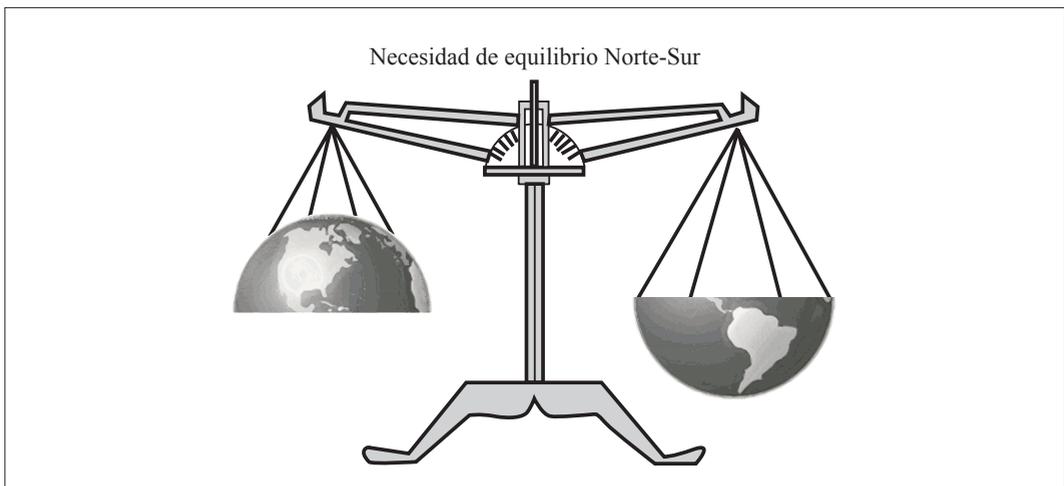
Pues bien, cuando una AP decida incorporar, a la luz de la nueva regulación, el Comercio Justo en un contrato de suministro o servicio debe tener adecuada información sobre el panorama, ciertamente complejo, que sumariamente he descrito más arriba. En todo caso, conviene evidenciar aquí que, como ya se dijo respecto de cualquier sistema de certificación o etiquetado social –o ecológico–, que no es posible legalmente exigir un único modo de verificación, ni tampoco dejar fuera, pese a lo que puede sugerir la cláusula legislativa –que solo parece admitir las ofertas de las entidades reconocidas como de Comercio Justo–.

En este sentido, en los Pliegos podrá hacerse referencia a una presunción de garantía para los productos que han sido importados y distribuidos por Organizaciones de Comercio Justo acreditadas

³⁵ Vid. *Guía para la Contratación Pública... op. cit.* págs. 50 y ss.

por IFAT o que porten el Sello de Comercio Justo FLO. Pero los demás operadores –suministradores– no podrán ser excluidos, por imperativos de Derecho Comunitario ya indicados –libertad de concurrencia–, pero para ser valoradas sus ofertas han de ser capaces de acreditar, de modo fehaciente, que cumplen estándares equivalentes a los que cuentan con la garantía de certificación, evitando que iniciativas con estándares más bajos sean valoradas como de Comercio Justo. Es evidente que esta tarea no será fácil, lo que obstaculizará su difusión sobre todo en las AAPP de menores dimensiones, por cuanto se requiere una significativa preparación técnica al respecto.

No podemos ir más allá aquí en este análisis. Tan solo entiendo oportuno dejar constancia de que si bien es cierto que las Cláusulas Sociales se han ligado más a los imperativos del llamado «Comercio ético», hoy en día se acepta que un buen diseño de las mismas permite identificar en ellas una herramienta útil para conseguir objetivos del movimiento por el Comercio Justo. En ambos casos, Cláusulas y Comercio Justo, el centro de referencia se sitúa en la protección de los derechos humanos, así como en el intento de crear estructuras de comercio menos explotadoras y más equitativas. En este caso, y a diferencia de las Cláusulas Sociales analizadas en el marco del artículo 102.1 LCSP, que buscan mejorar los estándares de protección legal, el acento se pone en evitar las prácticas laborales abusivas, al tiempo que se facilita la mejora de la transparencia sobre la situación de los trabajadores en los países del Sur.



6.6. Un silencio elocuente: ¿son admisibles las Cláusulas Sociales como vía de progreso en la cultura preventiva?

No podíamos finalizar el recorrido por los ámbitos de presencia de las Cláusulas Sociales conforme a la LCSP sin dejar de hacer mención a uno de ellos que, sin embargo, la ley omite referir de modo expreso, salvo en la perspectiva excluyente relativa a las prohibiciones de contratar. Me refiero a la posibilidad de incluir Cláusulas Sociales vinculadas a una mejora de los niveles de *cumplimiento de la seguridad y salud en el trabajo* que, como es sabido, y no sin cierta o extrema –a mi

juicio— ambigüedad, aparece como uno de los aspectos más destacados en los modelos de RSE, e incluso nos encontramos con un cierto número de Pliegos que señalan entre sus objetivos sociales el garantizar que se cumplen con los estándares de protección de seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, dentro de los principios de la «Nueva Cultura de Empresa» parecería imprescindible que tuviese un lugar propio la «cultura preventiva», como sugiere la NTP 643/INSHT.

En esta dirección, los Estudios disponibles sobre la Opinión empresarial en torno a este tema ponen de relieve que la protección de la salud y seguridad en el trabajo es la principal área de RSE a la que las empresas deberían dedicar más recursos, según un 77% de contestaciones, mientras que para el empleo estable se cifra en el 70%. En este mismo contexto, la integración de la seguridad y salud laborales en los sistemas de gestión de la calidad y el medio ambiente, que está marcando pautas hoy en las empresas por motivos de una mayor racionalización de procesos y costes, simplificación y sinergia de acción, también promovería esta conexión entre la cultura preventiva y la RSE.

Desde esta perspectiva, el discurso social, científico y político hoy dominante tiende a favorecer esta sinergia entre la «cultura preventiva» y la «cultura ética» de la nueva RSE. Por eso, la propia Comisión Europea, en su Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud, señaló a la RSE como una de esas «vías de progreso» en materia de PRL, por lo que la irrenunciable mejora de las condiciones de trabajo debería avanzar en un futuro al amparo de su integración en el enfoque de la RSE. Consecuentemente, cabría entender que entre las políticas públicas útiles para favorecer la implantación de modelos de gestión empresarial competitiva en ambientes sanos y saludables se situaría de modo destacado las de contratación, máxime en el sector de la construcción, que es uno de los que más inseguridad presenta y en los que más presencia hay de las AAPP. En última instancia, el único sistema de gestión empresarial que sitúa a las personas en el centro de la atención es el relativo a la PRL. Asimismo, las nuevas dimensiones que la política de PRL asume, desde el enfoque de género, hasta la centralidad de los riesgos de nuevo cuño, como los riesgos psicosociales, exigen del empleador compromisos que sin duda desbordan el estricto cumplimiento de la LPRL, pese a asentarse en un estándar elevado, por lo que es necesario también avanzar en sistemas de incentivos y ventajas empresariales.

Desarrollo integral de la Prevención y la Responsabilidad Social.



No es este, sin embargo, *el convencimiento que parece expresar la LCSP*, que entre las consideraciones sociales y ambientales no repara, como se ha dicho, en la seguridad y salud en el trabajo. En cambio, si lo hace desde la también referida perspectiva negativa, «sancionadora», al incluir las condenas por infracciones muy graves en materia de PRL como una causa de prohibición de contratar con las AAPP –art. 49.1 c) LCSP–.

Este modelo basado en la disuasión de conductas por la amenaza de la privación de oportunidades de negocio está también presente en el Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de PRL. Un enfoque que nos recuerda el referido modelo de «nombra y avergüenza» extendido en relación a las multinacionales que no exigen el cumplimiento de los estándares laborales en su cadena de valor.

Pues bien, si una vez más he de expresar mis muchas dudas en orden a la credibilidad, incluso a la posibilidad, que desde el simple modelo de gestión ética de las empresas, se pueda avanzar seriamente en materia de PRL, no puede decirse lo mismo de la incorporación de Cláusulas Sociales que favorezcan la contratación, especialmente en el sector de la construcción, de las empresas que garanticen sistemas de gestión basados en la Excelencia preventiva. A mi juicio, se trata de una de esas vías de progreso evidenciadas por la Comisión, más creíble que la incierta RSE. Por eso, expreso mi desacuerdo con la obstinada resistencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para la cual:

*«... de conformidad con la normativa comunitaria y la vigente legislación española de contratos de las AAPP, los extremos relativos a la PRL no pueden exigirse como requisito de solvencia técnica de las empresas ni utilizarse como criterios de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de que el cumplimiento de la legislación específica sobre la materia pueda y deba exigirse por los medios concretos previstos en la misma»*³⁶.

7. LA REFLEXIÓN FINAL: TODAVÍA «NO SE CRUZA EL RUBICÓN», PERO *ALEA IACTA EST...*

A juzgar por la práctica seguida hasta ahora, la existencia de un marco legal específico y adecuado no es ni una condición necesaria, ni tampoco suficiente, para llevar a cabo una política eficaz que instrumente la compra pública de obras y servicios a favor de la consecución de objetivos de política sociolaboral. Ni el marco legal impone esta práctica, ni la omisión del mismo impide su desarrollo. En definitiva, el momento regulador no sustituye el momento político, que es el más determinante.

³⁶ Cfr. Informe 42/06, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación, titulado «Imposibilidad de incluir aspectos relativos a la PRL como requisito de solvencia técnica y como criterio de adjudicación», en respuesta a la consulta presentada por el Director General del INSS, que proponía, a mi juicio de modo muy razonable y promotor de la cultura preventiva, incluir entre los requisitos de solvencia técnica la implantación del sistema de gestión de la PRL aprobado por la Secretaría de Estado de AAPP el 17 de febrero de 2004 –BOE n.º 56, 5 de marzo–.

Ahora bien, parece también cierto que una regulación legal suficientemente precisa y sobre todo comprometida con la instrumentación sociolaboral de la compra pública, por tanto no cualquiera, contribuye de una manera relevante a su desarrollo. Entre las razones principales está la de proporcionar marcos de financiación y de actividad mucho más estables para estas empresas llamadas solidarias, que los que representa la tradicional, incierta y a menudo ineficiente política de subvenciones. Asimismo, aporta un sistema de incentivos –de promoción y de disuasión– óptimos para impulsar la implantación de modelos de gestión socialmente responsables para todas las empresas que quieran acceder a los mercados de contratación pública.

Puesto el rumbo en esta dirección, la nueva legislación estatal evidencia una clara apertura para la proliferación de estas Cláusulas Sociolaborales en la contratación pública, abriendo, sin duda, una nueva etapa. Derechos como el relativo a la inserción de las personas más desfavorecidas, o compromisos tan recientes como el impulso del «Comercio Justo» tienen un lugar especial en esta regulación, en principio tan ajena a los típicos marcos de regulación sociolaboral, pero que tanto puede hacer por llevar más lejos sus fines sociolaborales. Ahora bien, no conviene tampoco ser ingenuos.

En efecto, el régimen legal resultante no es ni el único posible ni tan siquiera el mejor, sino que más bien revela una actitud cautelar injustificadamente amplia, basándose –excusándose– en una concepción mítica de los límites del Derecho Comunitario, que es la que se viene arrastrando desde hace años en la doctrina consultiva, pero que revela más resistencias políticas e institucionales que imperativos jurídicos. Bastará con acudir a los avances evidenciados por un creciente número de legislaciones de las CCAA para comprobar qué timorata ha sido la ley estatal, lo que resulta muy llamativo e incluso incomprensible a día de hoy. Realmente, solo si se garantiza la inclusión de fines sociales en un porcentaje significativo de la compra pública se cumple el objetivo de la rentabilidad de la acción pública y de la coherencia entre los intereses que han de gestionar las AAPP y los instrumentos llevados a cabo para alcanzarlos. En este sentido, no puede pasarse por alto que es una evidencia económica la rentabilidad no solo social sino financiera de los fines sociales, que los poderes públicos no pueden seguir viendo como más gasto sino que es una auténtica inversión social, por el ahorro de costes que supone convertir a «sujetos pasivos» –perciben ayudas, no contribuyen en términos de impuestos, no participan de la creación de riqueza, presentan quejas y reclamaciones continuas...– en «sujetos activos» –dejan de percibir ayudas (como los desempleados), ingresan salarios que cotizan a la Seguridad Social y contribuyen a la Hacienda Pública, participan...–.

Por supuesto, junto a esta vía se abren otras para favorecer esta compra social, también por parte de los ciudadanos. No es solo la sociedad política, sino la sociedad en general la que ha de comprometerse en esta orientación que reconcilie objetivos económicos y sociales a favor de una sociedad y mercados inclusivos y más justos, incluso en el plano internacional³⁷. En juego está, pues, la credibilidad del modelo de Estado Social de Derecho, que no solo implica a los poderes públicos, aunque sí a ellos más intensamente, sino a las empresas que, como sujetos jurídicos, tienen la obligación de ser «socialmente responsables», no es una pura cuestión de ética sino de deber constitu-

³⁷ Interesante el «Programa Compra Social» de la Obra Social de Caixa Catalunya, que pretende potenciar la comercialización de los productos y servicios que ofrecen las empresas de inserción.

cional. En consecuencia, si los órganos contratantes se tomaran en serio sus responsabilidades, a través de una política coherente, y desde luego proporcionada, de Cláusulas Sociolaborales, podría darse credibilidad a ese movimiento, hoy en boga, que es el de la RSE.

Ahora bien, en modo alguno se trata de que la AP asuma el mismo modelo, en el ámbito que le es propio, esto es, en el de la compra pública, que el que tratan de difundir determinados grupos corporativos y de interés. Pero sí de que sea consciente de que ha de abanderar un modelo de gestión social y ecológicamente sostenible, y eso requiere de bastante más que incentivos en forma de subvenciones a prácticas, por lo general aisladas y con intereses no siempre claros, asistenciales o de renovada filantropía social, como a menudo oculta la etiqueta o «leyenda» de RSE. Ni las puras «obligaciones éticas», ni las «leyes del mercado» –presiones de las grandes empresas a las pequeñas para que adopten sus exigencias de gestión–, pueden ser suficientes para propiciar el cambio deseable en orden a mejorar la tutela o protección de los derechos sociolaborales, por supuesto más allá de los estándares legales ya fijados en nuestro Ordenamiento.

A día de hoy la RSE no constituye una forma de responsabilidad jurídica, porque no tiene su fundamento en la ley, sino que descansa en la libre decisión de las empresas. Aunque pese a su dimensión eminentemente ético-social, la violación de un compromiso social puede tener costes para las empresas, en términos de fuertes críticas en la opinión pública –sanciones mediáticas: pérdida de fiabilidad– e incluso de pérdida de accionistas –sanciones bursátiles–, es evidente que sin incentivos tangibles, que puedan identificarse claramente en sus cuentas de resultados, no se avanzará por esta senda.

Fuera de los discursos, la realidad muestra que a menudo la RSE termina siendo solo una nueva estrategia de publicidad empresarial, y descubrimos que el pretendido impulso ético no es más que cosmética. Asimismo, cuántas veces bajo la etiqueta de la RSE no hay sino un modo de gestión defensiva del riesgo de un nuevo conflicto social a raíz del deterioro de las condiciones globales, con el incremento de la pobreza, las desigualdades y la exclusión social, que de nuevo apelaría a la filantropía como instrumento de contención social pero sin ánimo de cambiar las estructuras que generan esos nuevos procesos de segmentación fragmentación. Esto por lo que respecta a su fundamento o razones de ser.

Pero si ahora ahondamos en su contenido, la lectura de sus instrumentos –sean los Códigos de Conducta, sean las Normas Internacionales de certificación de una gestión pretendidamente ética–, el célebre «ir más allá del cumplimiento legal» encierra con frecuencia una estrategia, esta sí mucho más global y difundida, de progresivo alejamiento de las empresas de fijar sus comportamientos basándose en parámetros regulados por ámbitos políticos que representan la conformación de gobiernos elegidos democráticamente por voluntad popular. Estos, en cambio, se verían ahora cada vez más desplazados por regulaciones autónomas y «corporativas». Finalmente, y una vez más, el modelo de economía de mercado –por no decir sin más de «capitalismo» en estado puro–, tras las «buenas voluntades» de los modelos de certificación y normalización que incorporan compromisos de gestión social y «verde», no hay sino una nueva forma de liberalización y mercantilización de la economía, pues la filosofía que encierran no se aparta en mucho de la propia de las normas ISO, que bajo su apariencia de mejora técnica vienen también a cumplir ciertas necesidades del capital para globalizar

la producción y circulación de mercancías, pugnando por el «acceso a mercados» (apertura de mercados nacionales) y la «facilitación del comercio» (estandarización y liberalización del comercio).

Las Cláusulas Sociolaborales no están en condiciones de poner fin a todo esto ni mucho menos cambiar los desequilibrios hoy existentes en la actividad económica, sea en el ámbito nacional sea en el internacional, por muchos compromisos de Compra Social y Comercio Justo que incorporen las normas. Menos si no se apuesta, en el plano de la política del Derecho, por un modelo de regulación mucho más activo y comprometido con este enfoque social. Ahora bien, si la LCSP no ha querido «cruzar su particular Rubicón» –como hace más de dos Milenios hiciera Julio César, cambiando las reglas de juego–, introduciendo cambios radicales –no solo de imagen–, sí que «*Alea iacta est*», esto es, la suerte está echada y, por tanto, el «juego puede comenzar».

Esto significa que pese a las deficiencias, y dudas, que seguirá arrastrando el marco de regulación estatal, las AAPP, cada una en su ámbito de competencias, tienen un amplísimo margen de política jurídica, pero también técnico, para hacer realidad y fiable esa novedad que enfatiza la EM de la LCSP, relativa a la promoción de una compra pública social –y ecológicamente– responsable, sostenible. Si bien definidas y aplicadas, no hay ningún «Demonio» o Demiurgo –el TJCE, la Comisión Europea–, que frene, más allá de los límites conocidos, y menores de lo que se ha tratado de hacer creer, para avanzar seriamente en una política de contratación pública coherente con los objetivos del Estado Social de Derecho, incluso diría que es un estricto mandato comunitario, constitucional y legal...

En suma, los poderes públicos, a diferencia de las empresas, no solo están obligados a su respeto sino que tienen un mandato preciso de promoción. Ciertamente, las empresas deben colaborar a través de los modelos modernos de gestión socialmente responsable... Pero su grado de vinculación es diferente. Y, en todo caso, habiendo sido una de las mayores conquistas sociales la separación entre el Derecho y la Moral, quizás la gran diferencia entre la modernidad y la antigüedad, no creo que sea la mejor forma de promover la vinculación social de la actividad empresarial –conforme a los arts. 33 y 38 CE– retornar al discurso ético, sin perjuicio del respeto que merece, individual y colectivamente, sino *que procede una vez más volver la mirada* al Derecho. Eso sí, no ya al viejo Derecho, basado sobre todo en la sanción de conductas –amenaza, coacción– sino en el Nuevo, asentado más bien la promoción –premio o incentivo de conductas más acordes con los valores sociolaborales, o privación de ventajas o beneficios de no ser atendidos–, conforme a las pautas del artículo 1.1 CE. Veremos cómo recibe la práctica administrativa este nuevo marco regulador, con sus luces y con sus sombras. Espero seguir contándoselo, además de animarles como operadores jurídicos que son, a elegir dinámicas de contratación en tal sentido.