

Puede decirse que Derecho Social

nace

descon

much

neces

que co

consid

asistie

social

consej

nuestro país, sin los cuales el

consenso social que fundamenta

el respeto a la legalidad

constitucional puede sufrir serias

grietas. Tal erosión esta

ideológica

REVISTA DE DERECHO SOCIAL

SEPARATAS

Contratación pública con empresas de inserción:
cláusulas sociales y mercados tutelados.

Eider Larrazabal Astigarraga

EDITORIAL
BOMARZO

lta en ma

CONTRATACIÓN PÚBLICA CON EMPRESAS DE INSERCIÓN: CLÁUSULAS SOCIALES Y MERCADOS TUTELADOS

1. Introducción. 2. Las empresas de inserción. 2.1. Trabajadoras/es de las empresas de inserción: las personas en situación de exclusión social. 2.2. La rentabilidad social y el retorno económico de las empresas de inserción a la administración pública. 3. Sistema promocional de las empresas de inserción: subvenciones, ayudas y cláusulas sociales y mercados tutelados? 3.1. Sobre la necesidad de un sistema promocional –o tutelar– para las empresas de inserción. 3.2. Marco promocional actual para las empresas de inserción: bonificaciones, subvenciones y ayudas. 3.3. Otros sistemas promocionales de las empresas de inserción: cláusulas sociales y mercados tutelados en la contratación pública. 4. Cláusulas sociales y mercados tutelados a favor de las empresas de inserción en la contratación del sector público: marco jurídico. 4.1. Fundamentos de legitimidad de las cláusulas sociales y de los mercados tutelados en la contratación pública. 4.2. Breve consideración en torno a la relación entre la LEl y la ICSP. 4.3. La incorporación de cláusulas y mercados tutelados a favor de las empresas de inserción en el procedimiento de contratación pública. 5. Reflexiones conclusivas.

*Eider Larrazabal
Astigarraga*

ESCUELA UNIVERSITARIA DE
RELACIONES LABORALES
UPV/ EHU

217

1. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas sociales pueden definirse como la incorporación de aspectos de política social en los contratos del sector público. El mercado tutelado es la consecuencia de llevar a cabo hasta el límite un tipo concreto de cláusula social. El contenido de estas cláusulas puede ser muy variado. No obstante, siempre tendrán como último objetivo la persecución y consecución de un fin social. Las cláusulas de índole social más aceptadas y desarrolladas hasta el momento se refieren, entre otros temas, a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social, la igualdad de género, la seguridad y salud laboral, estándares internacionales y “cadena de valor”, comercio justo, etc. En este artículo analizaremos específicamente aquellas que tienen como finalidad proporcionar mercado a las Empresas de Inserción con el objeto de facilitar la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social. Para ello, en primer lugar, atenderemos aspectos relativos a las Empresas de Inserción, especialmente su “solventía económica” y “rentabilidad social”¹. En segundo lugar, observaremos el sistema de apoyo dirigido por el sector público a las Empresas de Inserción desarrollado hasta ahora (sistema básicamente constituido por ayudas) y la necesidad de otro tipo de acciones positivas que verdaderamente contribuyan al acceso, continuidad y sostenibilidad de éstas en el mercado.

¹ Expresiones utilizadas por VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C., *Empresas de Inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Comares, Granada, 2008a, p. 1.

Entre estas acciones positivas, y en lo que aquí más nos interesa, encontramos las cláusulas sociales en los procedimientos de contratación pública y la reserva de una parte de estos contratos a favor de las Empresas de Inserción. En tercer lugar, se examinarán diferentes posibilidades que ofrece la normativa para incorporar las mencionadas cláusulas, y en su caso reservas, en las diferentes fases del procedimiento de contratación pública. Anteriormente a este análisis, subrayaremos las principales razones y disposiciones que justifican su incorporación en los contratos del sector público así como la relación entre la Ley de Empresas de Inserción y la Ley de Contratos del Sector Público.

2. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

El artículo 4 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción (en adelante, LEI) establece que *“tendrá la consideración de empresa de inserción aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario”*. Lo que verdaderamente caracteriza a una empresa como Empresa de Inserción no es ni su forma societaria específica ni su actividad económica de producción, sino el fin que las guía, es decir, la integración y formación sociolaboral de las personas especialmente desfavorecidas². Así, *“con ellas se busca, mediante el empleo, la socialización de los excluidos sociales”*³. Sin embargo, no dejan de ser sociedades que desarrollan una actividad económica de producción de bienes y servicios. El hecho de que su actividad se haya desarrollado primordialmente en campos concretos (servicios de la vida diaria, reparaciones, seguridad, transporte, *catering*, cuidado de enfermo/as, servicios culturales y medioambientales, etc.) hace que la contratación del sector público resulte uno de los grandes motores de la actividad productiva de las Empresas de Inserción⁴.

Las Empresas de Inserción deben proporcionar a estas personas procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social. También deben tener servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral en aras a facilitar su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario⁵.

² PÉREZ YÁÑEZ, R., “La inserción social a través del trabajo. A propósito de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción”, *Relaciones Laborales* nº 11 (2008), p. 6 (formato electrónico).

³ MORALES ORTEGA, J., “Los destinatarios de las políticas de empleo”, en VVAA., *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, p. 293.

⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajo y exclusión social en el nuevo sistema de contratación del sector público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* nº 305–306 (2008), p. 16.

⁵ Artículo 4 de la LEI.

Para que una empresa pueda ser calificada por la Administración como Empresa de Inserción ha de reunir los requisitos señalados en el artículo 5 de la LEI. En este sentido, y resumidamente: a) han de estar promovidas y participadas al menos por una entidad promotora, b) deben estar inscritas en el Registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el de Empresas de Inserción de la Comunidad Autónoma correspondiente, c) deben mantener en cómputo anual, desde su calificación, un determinado porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, d) no pueden realizar actividades económicas distintas a las previstas en su objeto social, e) deben aplicar gran parte de sus beneficios económicos a la mejora de sus estructuras productivas y de inserción, f) deben presentar anualmente un Balance Social de su actividad y, g) deben contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos inherentes a los itinerarios de inserción.

Las Empresas de Inserción nacen en España a partir del surgimiento del paro estructural convirtiéndose las asociaciones de cristianos y vecinos en empresarios sociales. Desde sus comienzos han buscado ser empresas de tránsito o "puente", nunca empresas finalistas⁶. Los datos avalan su carácter transitorio pues muestran que un gran porcentaje de los/as trabajadores/as de inserción no supera los doce meses de permanencia⁷.

La LEI⁸ pretende corregir parte de la compleja y dispersada estructura normativa sobre Empresas de Inserción. Labor ardua debido a la gran cantidad de instrumentos normativos –órdenes, decretos y leyes– al respecto así como la disparidad entre los marcos normativos de una Comunidad Autónoma a otra⁹.

Antes de pasar a observar el sistema promocional del sector público hacia las Empresas de Inserción consideramos oportuno indicar brevemente, por un lado, los colectivos en riesgo de exclusión enunciados por la LEI y, por otro lado, subrayar la rentabilidad social y el retorno económico que para la Administración Pública significan estas empresas.

⁶ VIDAL, I., "El mercado, el estado del bienestar y el sector de la economía social", en AA.VV., *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Gobierno del Principado de Asturias, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo: Universidad de Oviedo, 2002, pp. 27 a 40. La autora analiza, entre otros, los orígenes de la empresa de inserción y el debate en torno a su carácter transitorio o finalista.

⁷ VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C., "Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* n° 298 (2008b), pp. 128 y 129.

⁸ Véase un análisis de la trayectoria de la normativa estatal anterior a la LEI en ROJO TORRECILLA, E., "La regulación jurídica de las empresas de inserción", AA.VV., *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Gobierno del Principado de Asturias, Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo: Universidad de Oviedo, 2002, pp. 243 a 247. Más profundamente sobre antecedentes de la LEI y sobre la caracterización general de la LEI VALLECILLO GÁMEZ, R.M. y MOLINA NAVARRETE, C. (2008a) op cit., pp. 113 a 145.

⁹ VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C. (2008b) op cit., pp. 118 y 119.

2.1. TRABAJADORAS/ES DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN: LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL

El término *exclusión social* hace referencia a un ámbito más amplio que el de *pobreza*. Según algunos autores la exclusión social representa, además de la carencia económica, déficits sociales y culturales (empleo, educación, salud, etc.). Así, consideran que este concepto “se refiere a aquellas personas que se encuentran fuera de las oportunidades vitales que posibilitan la ciudadanía plena”¹⁰. El fenómeno denominado *exclusión social* no es nuevo pero sí el interés que suscita sobre los responsables políticos, lo que hace que los colectivos pertenecientes al mismo sean destinatarios prioritarios de las actuales políticas de empleo¹¹. El interés en cuestión no es casualidad, el mismo es debido a que este fenómeno afecta a una gran parte de la sociedad. De hecho, los diversos procesos de exclusión social inciden ampliamente en la sociedad española: “sólo la mitad de la población se encuentra al margen de los mismos, en una situación que podríamos identificar como de integración plena” y “el 17,2% de los hogares presenta un índice de exclusión por encima del doble de la media”¹².

220 Según el artículo 2 de la LEI las Empresas de Inserción pueden contratar a personas en situación de exclusión social desempleadas y con especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo¹³. Estas personas han de estar inscritas en los Servicios Públicos de Empleo y pertenecer a alguno de los siguientes colectivos: a) perceptores de Rentas Mínimas de Inserción o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas, b) personas que no puedan acceder a las prestaciones aludidas por causas que especifica la LEI, c) jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores, d) personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social, e) internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo así como liberados condicionales y ex reclusos, f) menores internos cuya situación les permita acceder a un empleo así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos, g) personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados y h) personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados.

La situación de exclusión de las personas citadas ha de ser acreditada por los Servicios Sociales Públicos competentes.

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Políticas sociolaborales*, Tecnos, 2005, pp. 178 y 179.

¹¹ MORGADO PANADERO, P., “Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales”, *Relaciones Laborales* nº 2 (2007), p. 3 y 13 (formato electrónico LA LEY).

¹² Datos obtenidos del *VI Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008*, Fundación FOESSA, p. 290.

¹³ Para una visión más exhaustiva de la expresión “colectivos desfavorecidos” MORALES ORTEGA, J.M. (2006) op cit, pp. 288 a 319; ROJO TORRECILLA, E., “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *Relaciones Laborales* nº 8 (1998), pp. 425 a 457.

2.2. LA RENTABILIDAD SOCIAL Y EL RETORNO ECONÓMICO DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En general, las Empresas de Inserción padecen todavía una solvencia económica débil pero resultan, sin lugar a dudas, socialmente rentables. En lo que a sus tendencias respecto de variables económicas respecta (capitalización, facturación, etc.), puede reseñarse su actual tendencia al incremento. En cuanto a su rentabilidad social brillan por su labor equitativa con las personas más desfavorecidas en el empleo así como por la reinversión de sus beneficios¹⁴. Es más, varios estudios afirman que existe un retorno económico muy importante de las Empresas de Inserción a la Administración Pública. Un estudio de Gizatea¹⁵ constata que resulta más económico para la Administración Pública el coste de una persona en una Empresa de Inserción que en un programa de Renta Mínima o similar¹⁶. Así, un estudio de FAEDEI¹⁷ confirma que el balance social (costes frente a beneficios) es positivo, cuantificándose en 15.550 euros por puesto de trabajo y año¹⁸. Teniendo en cuenta este dato este sector empresarial consigue ahorrar a la Administración Pública entre 35 y 36 millones de euros al año. En conclusión de otro trabajo “cualquier puesto de trabajo de inserción no subvencionado de forma específica, supone un ahorro para la Administración”, no obstante, los resultados dependen de varias variables y pueden por ello ser inferiores a los señalados en algunos estudios¹⁹.

En base a la rentabilidad social y económica de las Empresas de Inserción se aboga por “un mayor grado de compromiso por parte de las Administraciones Públicas, del propio sector privado y del resto de agentes sociales” a fin de que estas empresas desplieguen todas sus ventajas y potencialidades²⁰.

221

¹⁴ VALLECILLO GÁMEZ, R.M. y MOLINA NAVARRETE, C. (2008) op cit, p. 4.

¹⁵ Asociación de Empresas de Inserción del País Vasco. Gizatea es una palabra que combina el término Giza (humano), Gizartea (sociedad) y Atea (puerta). Con ella se quiere expresar la función que cumplen las empresas de inserción como una de las posibles puertas de entrada a la participación e integración social, a través de un proceso de inserción socio-laboral, donde la propia persona es la protagonista.

¹⁶ Estudio de Gizatea, “El retorno económico de las empresas de inserción a la Administración”, II. Jornada de Empresas de Inserción, Bilbao, 14 de diciembre de 2009, accesible en: http://www.economiasolidaria.org/files/5_retorno_economico.pdf

¹⁷ Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción. FAEDEI agrupa las asociaciones de empresas de inserción de las diferentes comunidades del Estado español. Su misión es la defensa colectiva de los intereses de las empresas de inserción ante las instituciones, agentes sociales y sociedad en general, así como su promoción como instrumentos al servicio de la inclusión social.

¹⁸ Estudio de FAEDEI, “Identificación y diagnóstico integral de las empresas de inserción en España”, Editorial Popular, Madrid, 2003.

¹⁹ RETOLAZA AVALOS, J.L. y RAMOS FERNÁNDEZ, M., “Modelización del costo de las empresas de inserción para la administración pública”, *CIRIEC – España. Revista de economía pública, social y cooperativa* nº 52 (2005), p. 377.

²⁰ GÓMEZ GARCÍA, J.M. y ROMÁN ORTEGA, A., “Instrumentos de lucha contra la exclusión a través de la inserción sociolaboral: las empresas de inserción”, *Revista de servicios sociales y política social* nº 77 (2007), p. 24.

3. SISTEMA PROMOCIONAL DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN: SUBVENCIONES, AYUDAS Y ¿CLÁUSULAS SOCIALES Y MERCADOS TUTELADOS?

3.1. SOBRE LA NECESIDAD DE UN SISTEMA PROMOCIONAL –O TUTELAR– PARA LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

Debido a la función social y de interés público que desarrollan las Empresas de Inserción²¹, así como a los sobre costes que éstas sufren respecto de las empresas ordinarias, ha resultado necesario y conveniente el establecimiento de un marco promocional para las mismas. Estas empresas han sido y son objeto de subvenciones y ayudas, así como de un régimen fiscal favorable. Para que las Empresas de Inserción puedan competir con las empresas ordinarias necesitan la intervención y cooperación de la Administración Pública. En este sentido, se reclama además de –y junto a– un marco subvencional (imprescindible a causa del coste adicional de las Empresas de Inserción a nivel de medios económicos, materiales, etc.) un mercado tutelado en aras a garantizar la existencia de las mismas²².

En las siguientes líneas procedemos a analizar, en primer lugar, el sistema principalmente desarrollado dirigido a la promoción de las Empresas de Inserción –básicamente compuesto por ayudas– y, en segundo lugar, el significado de las cláusulas sociales y “mercado tutelado” para las empresas en cuestión en el ámbito de la contratación pública.

222

3.2. MARCO PROMOCIONAL ACTUAL PARA LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN: BONIFICACIONES, SUBVENCIONES Y AYUDAS.

Antes de señalar las clases de ayudas destinadas a la promoción de las Empresas de Inserción consideramos interesante observar el grado de dependencia de éstas respecto de las ayudas públicas: el apoyo del sector público suponía entre un 15 y un 20% del presupuesto total de estas empresas en momentos anteriores a la aprobación de la LEI²³.

La LEI dirige un mandato a los poderes públicos para que actúen en la promoción de las Empresas de Inserción mediante el apoyo a la creación y mantenimiento de las mismas. Existen diferentes clases de ayudas para que las Empresas de Inserción puedan adaptarse a las previsiones de la LEI; para su constitución, puesta en marcha y desarrollo de su actividad; para la asistencia técnica, formación y contratación de técnicos así como en concepto de actuaciones I+D+I.

Las clases de ayudas que pueden obtener las Empresas de Inserción para la consecución de los objetivos expuestos se recogen principalmente en el artículo 16 de

²¹ Véase la Exposición de Motivos II de la LEI.

²² DOMÍNGUEZ CASCÓN, M., BALLESTEROS ORDÓÑEZ, M. y MIGUEL MIGUEL, G., *Las empresas de inserción: su acceso a la contratación pública*, Caja de Burgos, 2003, p. 48.

²³ VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C., (2008b) op cit., p. 127.

la LEI: a) bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social de 70,83 euros/mes (850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato o durante tres años en caso de contratación indefinida, b) subvenciones para el mantenimiento de los puestos de trabajo para la inserción sociolaboral y c) ayudas a la inversión fija afecta a la realización de su objeto social. También podrán beneficiarse de estas ayudas las Empresas de Inserción promovidas por las administraciones o entidades públicas. En el caso de las Empresas de Inserción que desarrollen servicios de acompañamiento podrán recibirse ayudas para la ejecución de los mismos.

Las Empresas de Inserción pueden organizarse en asociaciones o agrupaciones específicas, ya sea a nivel autonómico o estatal²⁴, a fin de defender sus intereses, organizar servicios de asesoramiento, formación, asistencia jurídica o técnica. En este caso las ayudas económicas están dirigidas a sufragar los gastos de promoción y funcionamiento.

Finalmente la Disposición Adicional 4ª de la LEI hace alusión a las medidas de apoyo para los/as trabajadores/as provenientes de las empresas de inserción y para las empresas que lo/as contraten.

Debido a la distribución de competencias existente en materia de colocación de colectivos especialmente desfavorecidos²⁵, tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas gozan de facultad normativa sobre la materia en cuestión. Consecuencia de ello es que cada Comunidad Autónoma haya procedido a establecer su particular sistema promocional de las Empresas de Inserción y destaca la diferencia de cuantías económicas existente de una Comunidad Autónoma a otra.

223

No es objeto del presente trabajo profundizar en el estudio de las ayudas económicas destinadas a las Empresas de Inserción por lo que sin más demora procedemos a analizar otros posibles sistemas y modelos de promoción hacia las mismas.

3.3. OTROS SISTEMAS PROMOCIONALES DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN: CLÁUSULAS SOCIALES Y MERCADOS TUTELADOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el ámbito de la política sociolaboral a favor de las personas en situación de exclusión social se reivindican otro tipo de medidas de políticas activas de empleo ya que las convencionales no garantizan el acceso al mercado de trabajo de estas personas. Se exige que estas políticas persigan, junto al incremento de la empleabilidad, la integración en el mercado laboral²⁶, y es aquí donde las Empresas de Inserción

²⁴ Ejemplos de ello son las anteriormente citadas Gizatea (a nivel autonómico) y FAEDEI (a nivel estatal).

²⁵ Materia comprendida dentro del título "asistencia social" recogido en el artículo 148.1.20 de la CE donde se establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre la misma. En el caso del País Vasco por ejemplo, el artículo 10.12 de su Estatuto de Autonomía dispone que el mismo tiene competencia exclusiva en materia de "asistencia social".

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V., CANO GALÁN, Y., CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI,

juegan un papel de gran importancia. Una parte de la doctrina defiende que “las políticas activas encaminadas a favorecer la creación y desarrollo de las Empresas de Inserción Social, no deben basarse en el criterio de subsidio–subvención, sino en el criterio de contratación–contraprestación”²⁷. A juicio de otra parte de la doctrina ambos criterios son perfectamente compatibles, es decir, las ayudas contribuyen en gran parte a la pervivencia de las Empresas de Inserción pero no garantizan su continuidad por lo que han de ir acompañadas de otras “acciones positivas”²⁸. Así, encontramos, entre otras, la posibilidad de trabajar en obras y servicios de interés público a raíz de los convenios de colaboración que el Estado establece con diferentes órganos de las Administraciones²⁹. De todas las diferentes posturas puede derivarse que el mayor problema de las Empresas de Inserción constituye su acceso al mercado por lo que el mejor apoyo es potenciar su dinamismo comercial más que ayudarlas económicamente³⁰. Es aquí donde podemos hablar, en el tema que a nosotros nos interesa, de las cláusulas sociales y de los “mercados tutelados” a favor de estas empresas en el ámbito de la contratación pública. Las cláusulas sociales significan la inclusión de aspectos sociales en las fases del procedimiento de contratación pública mientras que el mercado tutelado supone restringir la participación a un tipo concreto de empresa (en este caso, a la Empresa de Inserción). Las cláusulas sociales pueden integrarse en la definición del objeto del contrato, en la fase de admisión de licitadores, en la fase de adjudicación así como en la fase de ejecución del contrato. El mercado tutelado supone la integración de una cláusula social en la fase de admisión de licitadores consistente en la reserva de una parte del mercado público a las Empresas de Inserción. Conviene recordar en este punto que aunque la contratación pública no es en si misma un instrumento de política sociolaboral son varios los autores que firmemente defienden su importante contribución en la consecución de fines sociolaborales³¹. En este sentido, señalan que “los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país”³². Es por ello que mediante las normas sobre la contratación pública se pueden, y deben, tener en consideración los aspectos sociales. Se considera incluso como una de las

C. (2005) op cit., p. 185. En la misma línea, MARTÍN PUEBLA, E., “Empresas de inserción y política de empleo”, *Aranzadi Social* nº 5 (2007), p. 2191.

²⁷ DOMÍNGUEZ CASCÓN, M., BALLESTEROS ORDÓÑEZ, M. y MIGUEL MIGUEL, G. (2003) op cit., p. 47.

²⁸ VALLECILLO GÁMEZ, R.M. y MOLINA NAVARRETE, C. (2008a) op cit., p. 279.

²⁹ TORRECILLA, E., (1998) op cit., p. 442.

³⁰ VALLECILLO GÁMEZ, R., “Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas “subvenciones” a la creación de “mercados tutelados”, *Revista andaluza de relaciones laborales* nº 21 (2008), p. 35.

³¹ Véase, entre otros, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2008) op cit., pp. 7 y ss.

³² GIMENO FELIÚ, J.M., “Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 52 (2006), p. 34.

más valiosas herramientas a manos de la Administración para el fomento de la Responsabilidad Social de las Empresas³³. En este sentido, la Subcomisión para potenciar y promover la Responsabilidad Social de las Empresas, subraya que la contratación pública debe ser una herramienta para el impulso de la RSE premiando a las empresas que brindan a la sociedad un valor adicional en materia social donde, y en lo que a nosotros más nos interesa, “claros ejemplos de esto pueden ser la inclusión de cláusulas sociales que permitan discriminar positivamente a favor de las empresas de inserción”³⁴. El Plan Extraordinario de Fomento de la Inclusión Social y la lucha contra la Pobreza de 2010, aprobado el 26 de Febrero en el Consejo de Ministros, también acoge expresamente la temática referente a la introducción de criterios sociales en la contratación pública³⁵.

La consagración de cláusulas sociales y “mercados tutelados” a favor de las Empresas de Inserción en la contratación pública se justifica sobre todo en base al doble interés que ofrecen a la Administración. Por un lado, sirven como herramienta para el cumplimiento de objetivos propios de la Administración como es el de la inserción sociolaboral y, por otro lado, constituyen un ahorro económico para la Administración en la consecución del objetivo en cuestión³⁶. Ya constatábamos en el apartado II.2 de este trabajo la rentabilidad social y retorno económico que suponen las Empresas de Inserción para la Administración Pública. Además, el establecimiento de estas cláusulas y mercados tutelados es “coherente con los principios rectores del ordenamiento, eficiente ya que se optimiza el presupuesto de la contratación para actuaciones finalistas, plausible puesto que se avanza en la cohesión social, sinérgico al suponer una actuación multiplicadora de efectos, y además rentable económica y comunitariamente”³⁷. En esta misma línea resulta de gran interés lo subrayado por el Consejo Económico y Social de Andalucía, a su juicio “la discriminación positiva no atenta contra los principios básicos de la contratación sino que encuentra su sentido en las numerosas ventajas que ésta proporciona a las personas y colectivos desfavorecidos, a las empresas con un marcado carácter social, a la sociedad en su conjunto y a la propia Administración, teniendo en cuenta el ahorro que para ella supone la activación de estas políticas activas de empleo”³⁸.

225

³³ Proyecto Equal Lamegi – Grupo de trabajo sobre responsabilidad social, “La inserción laboral de colectivos desfavorecidos como elemento de responsabilidad social”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales* nº 14 (2006), p. 218.

³⁴ Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la Responsabilidad Social de las Empresas, BOCG, 31 de julio de 2006, Serie D. Núm. 423, p. 116.

³⁵ La temática se recoge en la pág. 16 del Plan mencionado.

³⁶ RUIZ ROQUEÑI, M., RETOLAZA AVALOS, J.M. y MUGARRA ELORRIAGA, A., “Cláusulas sociales y mercados tutelados: herramientas para la competitividad de las empresas de inserción”, *CIRIEC – España. Revista de economía pública, social y cooperativa* nº 59 (2007), p. 139.

³⁷ LESMES ZABALEGUI, S., en: www.clausulassociales.org

³⁸ Dictamen 01/2010 del CES de Andalucía, aprobado por el Pleno en sesión celebrada el día 19 de mayo de 2010, p. 8.

4. CLÁUSULAS SOCIALES Y MERCADOS TUTELADOS A FAVOR DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: MARCO JURÍDICO

4.1. FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDAD DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y DE LOS MERCADOS TUTELADOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, supone un avance cualitativo en la normativa europea sobre contratación pública, pues además de refundir las anteriores Directivas sobre la materia incorpora cambios significativos en esta regulación. Interesa en este punto destacar que “está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2”³⁹. Los principios fundamentales aludidos son los “de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se derivan, como son los principios de igualdad de trato, el de no discriminación, el de reconocimiento mutuo, el de proporcionalidad y el de transparencia”⁴⁰. No podemos olvidar que entre los objetivos de la Unión Europea se encuentran “promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social (...)”⁴¹. Así, la Directiva 2004/18/CE, a diferencia de sus predecesoras, admite expresamente la posibilidad de atender consideraciones de carácter social mediante la contratación pública posibilitando la inclusión de criterios de tal naturaleza en diferentes fases de la contratación.

226

Siguiendo en el marco de la Unión Europea, y entre los instrumentos jurídicos no vinculantes (*soft law* o “Derecho indicativo”⁴²) es especialmente relevante es la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*⁴³. Ésta recogía de una manera mucho más extensa la posibilidad de considerar aspectos sociales en la contratación pública.

³⁹ Considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE.

⁴⁰ Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE.

⁴¹ Art. 2 TUE.

⁴² Sobre las implicaciones institucionales y jurídicas del recurso a los instrumentos jurídicos no vinculantes o de Derecho indicativo (*soft law*) véase el Documento de trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, 14.2.2007.

⁴³ Bruselas, 15.10.2001.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público responde a la exigencia de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE. La LCSP incorpora en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva incluyendo trascendentes innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a la misma. Así, “las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un comercio justo con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo 2005/2245 y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de recursos naturales”⁴⁴. Varios autores señalan que por influencia comunitaria, y junto a los principios generales de la contratación pública, la consecución de objetivos sociales es hoy un principio más a aplicar según la Ley⁴⁵. No se olvide que el artículo 25 de la LCSP establece que “en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”. Así, las posibilidades de incluir cláusulas sociales en los procedimientos de contratación no tienen por que limitarse a las ya existentes.

227

En base a la distribución constitucional de competencias, las Comunidades Autónomas tienen la facultad de aprobar la normativa de desarrollo de la legislación básica en materia contractual⁴⁶. En consecuencia, y en lo que a cláusulas sociales y mercados tutelados respecta, la regulación puede variar de una Comunidad Autónoma a otra. No podemos entrar a analizar cada una de las normativas y peculiaridades autonómicas, pues nos veríamos obligados a extendernos demasiado. Sin embargo puede resultar interesante, a modo de ejemplo, contemplar una de ellas, a saber, la correspondiente a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Hasta ahora la Comunidad Autónoma del País Vasco no ha aprobado Ley alguna en base a dicha competencia y tampoco ha llevado a cabo mediante sus propias normas una política propia. En cuanto a la posibilidad de considerar criterios sociales y

⁴⁴ Exposición de motivos IV. 3 LCSP.

⁴⁵ MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 108 y 109, donde entre los principios aplicables hoy a la contratación pública por esa influencia comunitaria aluden también a los principios de confidencialidad, motivación de las decisiones, economía, eficiencia y eficacia y la protección del medio ambiente.

⁴⁶ El artículo 149.1.18 de la CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. En consecuencia, las Comunidades Autónomas tendrán competencia para aprobar la normativa de desarrollo correspondiente a la materia en cuestión. Citando de nuevo como ejemplo el caso del País Vasco y según lo establecido en el artículo 11.1.b) de su Estatuto de Autonomía, es de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas.

medioambientales en la contratación pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y en tanto en cuanto las disposiciones que a dichos criterios hacen referencia constituyen parte de la legislación denominada como básica por la Ley, es directamente aplicable lo establecido en la LCSP. Pero más allá de la LCSP, el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco aprobó, mediante Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno, la Instrucción para la incorporación de criterios sociales, medioambientales y los derivados de otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades que integran su sector público⁴⁷. Esta Instrucción es resultado de lo instado en la proposición no de ley⁴⁸ formulada por los grupos parlamentarios Nacionalistas Vascos, Eusko Alkartasuna y Mixto-Ezker Batua Berdeak, sobre la inclusión de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación. En la misma se destacaba que la actual legislación de contratos reconoce de manera expresa e inequívoca la posibilidad de utilizar la contratación pública para la consecución de objetivos sociales; la posibilidad de utilizar la contratación pública para fomentar la cohesión social, la igualdad de oportunidades y el empleo de personas en situación desfavorecida y el deber que tienen los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, así como de remover los obstáculos que impiden o dificultan la participación de todas las personas y grupos ciudadanos en la política, económica, cultural y social⁴⁹. La Instrucción regula la incorporación de cláusulas a favor de la inclusión laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social en varias fases del procedimiento de contratación y también ofrece una regulación detallada en materia de mercados tutelados a favor de las Empresas de Inserción.

4.2. BREVE CONSIDERACIÓN EN TORNO A LA RELACIÓN ENTRE LA LEI Y LA LCSP

La relación entre la LEI y la LCSP se desarrolla a través de la denominada “técnica de remisión”. Es decir, la LEI nos remite a la normativa de la Ley de Contratos del Sector Público para obtener las soluciones referentes a la materia en cuestión. Más concretamente, la LEI recoge una única disposición al respecto, la Disposición Adicional 1ª. A tenor literal de ésta “las condiciones de ejecución de los contratos podrán incluir consideraciones relativas a la situación de la exclusión social de los trabajadores vinculados a la realización del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos públicos”. A raíz de la ausencia de disposiciones específicas sobre cláusulas sociales y mercados tutelados en el articulado de la LEI y en base a la remisión aludida, nos vemos obligados a analizar la normativa sobre contratación pública en aras a encontrar respuestas a las diferentes posibi-

⁴⁷ El Acuerdo se publicó mediante Resolución 6/2008, de 2 de junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento; BOPV, nº 116, 19-06-2008.

⁴⁸ Proposición no de ley registrada en el Parlamento Vasco el 27 de abril de 2007.

⁴⁹ Postura defendida por la representante del grupo parlamentario Nacionalistas Vascos en su intervención parlamentaria en el “Debate y resolución definitiva de la proposición no de ley formulada por los grupos Nacionalistas Vascos, Eusko Alkartasuna y Mixto-Ezker Batua Berdeak, sobre la inclusión de cláusulas sociales en los procedimientos de contratación” celebrado el 8 de junio de 2007.

lidades de favorecer la contratación pública con las Empresas de Inserción. Por ello, en las siguientes líneas procedemos a analizar la normativa correspondiente a algunas de las fases que componen el procedimiento de contratación a fin de descubrir algunas de las diferentes oportunidades que ofrecen para la integración de cláusulas y mercados tutelados promovedores de la contratación con Empresas de Inserción.

4.3. LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS Y MERCADOS TUTELADOS A FAVOR DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los sujetos del sector público que decidan realizar un contrato han de cumplir con los trámites establecidos legal y reglamentariamente. Estos trámites constituyen en su conjunto el procedimiento de contratación. El procedimiento de contratación, en general, puede desglosarse en diferentes fases, como son la definición del objeto a contratar ante una necesidad de satisfacer un interés público o un interés general, la admisión de licitadores, la adjudicación del contrato y la ejecución de lo establecido en él. A continuación analizamos exclusivamente las fases que en la actualidad más fácilmente admiten la inclusión de criterios que permiten desarrollar acciones positivas a favor de las Empresas de Inserción.

4.3.1. FASE DE ADMISIÓN DE LICITADORES: LA POSIBILIDAD DE RESTRINGIR LA PARTICIPACIÓN O RESERVAR LA EJECUCIÓN A LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

En la fase de preparación del contrato pueden establecerse ciertos criterios en base a los cuales se decidirá la admisión de los licitadores al proceso de licitación. Como a continuación podremos observar, la normativa sobre contratación pública ofrece la posibilidad de restringir la participación en los procedimientos de adjudicación o reservar la ejecución de un contrato a unas determinadas entidades.

El artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE indica que “los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”. La LCSP traspone casi literalmente lo señalado en la Directiva en su Disposición Adicional 7ª. Estamos ante el sentido estricto del denominado “mercado tutelado”.

Las posibilidades que en el sentido aludido reconoce la normativa sobre contratación pública constituyen una novedad con respecto a la normativa precedente. A raíz de este reconocimiento normativo se ha superado la interpretación que en torno a la reserva de una parte del mercado público se hacía. Es decir, en la actualidad los contratos reservados no suponen, *a priori*, vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia. Así, cualquier Administración Pública, bajo ciertas condiciones, podrá decidir no someter un contrato a la

concurrencia pública a fin de que únicamente cierto tipo de entidades resulten adjudicatarias.

La normativa analizada sólo menciona como beneficiarias de dicha reserva a las entidades constituidas como Centros Especiales de Empleo. En nuestro objeto de estudio interesa conocer si la mención expresa a un único tipo de entidad en la normativa significa que no puedan establecerse contratos reservados a favor de las Empresas de Inserción. En la doctrina se mantienen diferentes opiniones al respecto.

Por un lado, algún autor defiende que dada la literalidad de la norma la reserva de participación se dirige únicamente a los Centros Especiales de Empleo y que no es admisible la reserva a favor de otros tipos de entidades, pero a la vez reconoce que, como señala el Informe de la JCCA del Gobierno de Aragón núm. 17/2008, mediante norma –autonómica– de rango legal pueden ampliarse los beneficiarios de esas reservas⁵⁰. Por otro lado, a juicio de parte de la doctrina que nosotros también compartimos y apoyamos, la reserva únicamente a favor de los Centros Especiales de Empleo “es excesiva y no está justificada”, es más, “los marcos comunitarios y constitucional (...) exigen una atención más comprometida con este sector de empresas solidarias”⁵¹. Ha de recordarse también el ejemplo que brinda en este ámbito la reserva realizada por Estados Unidos donde “al excepcionar el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) celebrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (...) el 20 por 100 de los contratos está reservado para las *small minority Business*, es decir, para las empresas controladas por minorías”⁵².

230

En conclusión, a nuestro parecer, es posible y admisible (de hecho, así ha resultado en la práctica) establecer una reserva de contratos públicos a favor de las Empresas de Inserción. Esta reserva, a diferencia de lo que sucede en el caso de Centros Especiales de Empleo, para las cuales no existe límite sobre el sistema de adjudicación ni sobre la cuantía, se ha desarrollado en las siguientes modalidades: contratos menores y procedimiento negociado por razón de la cuantía. También ha resultado necesario identificar la figura de la reserva en el anuncio de licitación con denominaciones como “Contrato Reservado”. No obstante, queremos advertir

⁵⁰ BERNAL BLAY, M.A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública Extra 10* (2008), p. 221. El autor subraya que el Informe aludido establece que “en todo caso, parece aconsejable que, de regularse esta modalidad, se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia. Igualmente, por mor del principio de transparencia los anuncios de licitación y de adjudicación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente tal configuración”.

⁵¹ MOLINA NAVARRETE, C., “Relaciones laborales, políticas de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* n° 302 (2008), p. 50. Coinciden con la opinión de este autor, entre otros, DOMÍNGUEZ CASCÓN, M., BALLESTEROS ORDÓÑEZ, M. y MIGUEL MIGUEL, G. (2003) op cit, pp. 50 y 51 y SANTOS GONZÁLEZ, M. y SANZ HERNANDO, E., “La contratación pública y las Empresas de inserción: la experiencia de la Fundación Lesmes y el Proyecto emi=equal”, en: www.fundacionlesmes.org, p. 5.

⁵² SÁEZ LARA, C., “Las cláusulas sociales en los contratos del Sector Público”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica* n° 14 (2009), p. 30.

que a nuestro juicio no existen argumentos que justifiquen la ausencia de límites para el establecimiento de reservas a favor de los Centros Especiales de Empleo y la imposición de ciertos límites para el caso de las Empresas de Inserción. Al fin y al cabo los Centros Especiales de Empleo no son sino “empresas de inserción específicas para las personas con discapacidad”⁵³ y qué mejor que fomentar y favorecer la contratación con aquellas otras entidades que también se dediquen al mismo fin.

Finalmente, queremos traer a colación tres ejemplos de normativas autonómicas que establecen expresamente contratos reservados a favor de las Empresas de Inserción y que reflejan lo dispuesto en el mencionado Informe de la JCCA del Gobierno de Aragón sobre la posibilidad de ampliar los beneficiarios de las reservas.

En primer lugar, la Ley 31/2002, MFA de Cataluña, en su artículo 35 (modificado por la Ley 7/2004) recoge 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”. No obstante, esta posibilidad se limita a unos determinados tipos de contratos así como a los que sean adjudicados por contrato menor o por procedimiento negociado por razón de cuantía.

En segundo lugar, la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra, en su artículo 9.2. prevé la posibilidad de reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos “a empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social”. En este caso también se agrega un límite, el importe de los contratos reservados “no podrá superar el 20% del importe de los adjudicados...”.

Debemos señalar que en los dos ejemplos, tanto en lo que a la ampliación del sujeto beneficiario de la reserva como en lo que a límites relativos al ámbito de aplicación de la misma respecta, nos encontramos ante “potestades” y no obligaciones. Es decir, en manos de los órganos de contratación está aplicar o no los límites a las reservas en cuestión.

En tercer lugar, aunque no se trate de una norma de rango legal, queremos mencionar lo señalado en el apartado IV de la “Instrucción para la incorporación de criterios sociales, medioambientales y los derivados de otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades que integran su sector público” del Gobierno Vasco anteriormente aludida. Este precepto establece que “los departamentos, organismos autónomos, entes públicos de derecho privado y entidades pertenecientes al sector público de la Administración de la Comunidad Autónoma deben reservar anualmente determinados contratos a empresas de inserción registradas...”. La Instrucción no determina la cuantía

⁵³ MOLINA NAVARRETE, C. (2008) op cit., p. 50.

económica global y sectorial de la referida reserva (está deberá fijarse anualmente por el Departamento de Hacienda y Administración Pública). En línea con los dos ejemplos anteriores, se indica como límite su aplicación únicamente a través de contratos menores o procedimientos negociados por razón de la cuantía. En la actualidad, tras más de dos años de vigencia de la Instrucción, lamentablemente no ha llegado a establecerse cupo o cuantía anual correspondiente a la reserva.

4.3.2. FASE DE ADJUDICACIÓN

La fase de adjudicación es la fase del procedimiento de contratación pública en la que se designa la persona física o jurídica con quien el sector público va a celebrar un contrato. En esta fase del procedimiento son varias las formas a través de las cuales podemos considerar la contratación con Empresas de Inserción. Nosotros analizamos a continuación tres de ellas.

a) Como criterio de valoración de las ofertas

232 La Directiva 2004/18/CE determina que, “sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución; b) o bien solamente el precio más bajo”⁵⁴. Partiendo de la premisa de que el último fin perseguido por la presente norma europea es la consecución de un Mercado Interior único donde la libre concurrencia este totalmente garantizada, la norma nos recuerda que “la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de ofertas en condiciones de competencia efectiva”. Por consiguiente, la Directiva subraya la conveniencia de “admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa”⁵⁵. El criterio del precio más bajo, como su propio nombre indica, únicamente da lugar a la valoración de un aspecto, el precio, por lo que a la hora de analizar el protagonismo de los criterios sociales en la valoración de la oferta debemos aferrarnos al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

En contra de lo que pudiera parecer, “la oferta económicamente más ventajosa” no tiene porque coincidir con la oferta económicamente más “barata”. Cuando se valore más de un criterio incluso “puede no valorarse el precio”⁵⁶.

⁵⁴ Art. 53.1 de la Directiva 2004/18/CE.

⁵⁵ Considerando 46, apt. 1 de la Directiva 2004/18/CE.

⁵⁶ JIMÉNEZ APARICIO, E. y Otros, *Comentarios a la legislación de contratación pública, Tomos I, II, III y IV*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 439 y 445. Véase FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.

Aunque la Directiva no menciona los criterios sociales entre los criterios de adjudicación correspondientes a la oferta económicamente más ventajosa, puede reflejarse una postura a favor de dicha inclusión en el primero de sus considerandos (anteriormente mencionado) cuando establece que “La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, ...”. De la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la que la Directiva hace referencia podemos destacar como la más importante la Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Gebroeders Beentjes BV). La misma determina que “la condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad”⁵⁷. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de septiembre del 2000, admite la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio de adjudicación una condición relacionada con la lucha contra el desempleo⁵⁸. Eso sí, es la propia doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la que recuerda que “los criterios de adjudicación definidos por una entidad adjudicadora deben tener relación con el objeto del contrato, no deben atribuir a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, deben haberse mencionado expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y deben respetar los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”⁵⁹.

233

La LCSP traspone lo dispuesto en la Directiva con innovaciones y establece que “para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias

M., *Contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2008. p. 642. Este último autor subraya que la necesidad de que los criterios estén dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa no quiere decir que todos ellos deban tener una valoración desde el punto de vista económico. En el Informe 28/1995 de la JCCA se señala que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio pero que no cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de los contratos, aunque no sea como criterio único y exclusivo.

⁵⁷ STJCE 1989\26, apt. 37.

⁵⁸ STJCE 2000\221, apt. 50; véase también GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa* n° 20 (2003), p. 60, donde se realiza un análisis de las dos Sentencias del TJCE mencionadas, expresando que la primera de ellas no admite la cláusula social como un criterio de adjudicación y como por ello, sorprende, que el propio Tribunal afirme en la segunda de ellas que la primera Sentencia acepta los criterios sociales de adjudicación.

⁵⁹ STJCE 2005\345, apt. 21.

de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes (...)»⁶⁰. Se puede advertir como la Ley, a diferencia de lo recogido por la Directiva, sí incluye las características sociales entre los criterios de adjudicación⁶¹, y expresamente, las relativas a las personas especialmente desfavorecidas.

Parte de la doctrina defiende que de la jurisprudencia comunitaria y de las directrices de la Comisión Europea, si bien orientadas hacia una apertura, se deriva la incompatibilidad de ciertas condiciones sociales “con los objetivos Comunitarios de evitar el riesgo de discriminación y que un poder adjudicador se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico”⁶². A nuestro entender esta interpretación no es del todo acertada si con “carácter económico” se quiere hacer única y exclusiva alusión al precio⁶³, por lo que coincidimos con aquella otra interpretación que aboga por la valoración conjunta de los caracteres presupuestarios y los derivados de otras políticas públicas⁶⁴. En este sentido se han alzado interpretaciones favorables a la inclusión de criterios sociales en la fase de adjudicación dada la especial relevancia que reviste la fase en cuestión⁶⁵.

234

A la hora de determinar y detallar estos criterios, el órgano de contratación debe tener presente qué es lo que pretende valorar en esta fase, y es que la normativa distinga entre criterios de solvencia que deben reunir los licitadores y criterios para la adjudicación del contrato⁶⁶. La opinión mayoritaria defiende que en la fase de selección del contratista se deben considerar las características de las empresas y en la fase de adjudicación los criterios directamente relacionados con el objeto

⁶⁰ Art. 134.1 de la LCSP y sobre el carácter no exhaustivo de la lista que dispone véase FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M. (2008) op cit, pp. 642 y 643.

⁶¹ A juicio de MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008) op cit, p. 525, el art. 134 de la LCSP sí recoge, de forma acertada, expresamente la posibilidad de utilización de este tipo de criterios. SÁEZ LARA, C. (2009) op cit, p. 46, la autora señala que la Ley española ha sido, por tanto, más explícita que la Directiva comunitaria.

⁶² BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo básico: Parte general*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008. p. 374.

⁶³ Véanse en este sentido los anteriormente citados JIMÉNEZ APARICIO, E. (2009), pp. 439 y 445 y FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M. (2008), p. 642. Los autores recuerdan que en contra de lo que pueda parecer “la oferta económicamente más ventajosa” no tiene por qué coincidir con la oferta económicamente más “barata” y que cuando se valore más de un criterio incluso “puede no valorarse el precio”.

⁶⁴ Véase en este sentido lo declarado en el Dictamen 05/1998 aprobado en la sesión ordinaria de 27 de mayo de 1998 del Consejo Económico y Social del Estado.

⁶⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Cláusulas Sociales y Licitación Pública: Análisis Jurídico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, p. 161 y ROMÁN VACA, E., “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del áberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social* nº 36 (2006), p. 204.

⁶⁶ GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 210, donde cita la STJCE 1989\26.

del contrato o con la oferta formulada por el licitador⁶⁷. No obstante, frente a esa opinión mayoritaria y de conformidad con la postura defendida por el Tribunal Supremo, algunos autores arguyen que el ordenamiento Comunitario no “contempla esa disyuntiva entre criterios del sujeto y criterios del objeto contractual”, así como que “no se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación”. Manifiestan que “lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente, que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas”⁶⁸. En esta línea, se entiende que “aunque la vinculación necesaria de todo criterio de adjudicación al objeto del contrato deje un juego limitado a exigencias de tipo social o laboral, son posibles otros casos distintos del ejemplo legal”⁶⁹. Coincidimos con la postura defendida por estos autores y respaldamos la posibilidad de incluir exigencias sociales que manteniendo una verdadera vinculación con el objeto del contrato sean distintos de los legalmente establecidos, entre ellos, los referentes a la contratación con Empresas de Inserción.

Centrándonos ahora en esa posibilidad, es decir, en la posibilidad de considerar la contratación con Empresas de Inserción entre los criterios de adjudicación analizamos a continuación dos opciones compatibles con la normativa y viables a tal fin. Que en el presente trabajo sólo tengamos en cuenta estas dos opciones no significa que sean las únicas, la elección responde a la intención de ofrecer aquéllas que actualmente resultan más simples y factibles.

235

La primera vía consiste en valorar la contratación de personas en situación de exclusión social. Se ha discutido sobre la admisibilidad de valorar como criterio de adjudicación poseer en la plantilla un determinado número de una determinada clase de trabajadores. En este sentido, tal como expone un autor el criterio de adjudicación debería de referirse en todo caso a la “dedicación concreta al objeto del contrato de un determinado número de profesionales, o la contratación para su ejecución de un determinado tipo de trabajadores, etc.”⁷⁰. En conclusión, puede establecerse como criterio a valorar, por ejemplo, la contratación para la ejecución del contrato de un determinado número de trabajadores/as provenientes de situación de exclusión social. Aún no mencionándose de forma explícita a las Empresas de Inserción no cabe duda de que éstas poseen las condiciones apropiadas para obtener la mayor puntuación al respecto, por lo que de esta manera estaremos ofreciendo a este tipo de empresas mayores oportunidades para convertirse en adjudicatarias del contrato. Reflejo de la viabilidad de esta opción y un buen ejemplo real es lo establecido en la Instrucción del Ayuntamiento de Avilés en el apartado correspondiente a los criterios de adjudicación: “A) Creación de empleo

⁶⁷ CATALÁ MARTÍ, J. V. y BONONAD GRAU, J. V., *La contratación de las administraciones públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 103.

⁶⁸ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2003) op cit., pp. 62 y 63.

⁶⁹ SÁEZ LARA, C. (2009) op cit., p. 47.

⁷⁰ JIMÉNEZ APARICIO, E. (2009) op cit., p. 444.

para personas con dificultades de acceso al mercado laboral: Hasta 25 puntos. Se puntuará con 25 puntos a la empresa que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato un mayor número de personas con dificultades de acceso al mercado laboral, (...)"⁷¹. En la práctica podemos encontrar más ejemplos en este sentido. No procederemos aquí al análisis de más ejemplos prácticos pero sí queremos reproducir el modelo de cláusula que formula la Federación de Asociaciones Empresariales de Empresas de Inserción (FAEDEI): "Creación de empleo para personas desfavorecidas del mercado laboral: Hasta 25 puntos. Se baremará hasta 25 puntos al licitador que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato a un mayor número de personas en situación o riesgo de exclusión social conforme a los perfiles descritos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las Empresas de inserción"⁷².

La segunda vía radica en valorar y puntuar la subcontratación de una Empresa de Inserción para la ejecución del contrato. Teniendo en cuenta que las Empresas de Inserción son empresas de pequeñas dimensiones, tanto en lo referente a infraestructuras como en lo relativo al personal empleado, esta opción se sitúa entre las más sencillas y realizables. Como en el caso anterior, también la Instrucción del Ayuntamiento de Avilés contiene una disposición en este sentido en su apartado sobre criterios de adjudicación: "De forma alternativa o complementaria, los licitadores podrán comprometerse a subcontratar un porcentaje del presupuesto de adjudicación del contrato a través de empresas de inserción, (...)"⁷³. FAEDEI igualmente ofrece un modelo de cláusula al respecto⁷⁴ donde la baremación otorgada al criterio en cuestión oscila hasta los 25 puntos y se especifica que el mismo puede ser alternativo o complementario al criterio analizado como la primera vía en las líneas precedentes de este trabajo. Este subcontrato sería, como en los demás casos, un contrato privado y generaría una relación jurídico-privada entre las partes contratantes⁷⁵.

b) Como criterio de preferencia

La Disposición Adicional Sexta de la LCSP, bajo la rúbrica "Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro" establece en su segundo apartado que "podrá establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos, en

⁷¹ Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés, BOPA, nº 188, 13-VIII-2009, Anexo I.

⁷² El modelo de cláusula puede consultarse en: <http://www.faedei.org/clausulas-sociales/contratacion/adjudicacion/criterio-valoracion/modelo-clausula>

⁷³ Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés, BOPA, nº 188, 13-VIII-2009, Anexo I.

⁷⁴ El modelo de cláusula puede consultarse en: <http://www.faedei.org/clausulas-sociales/contratacion/adjudicacion/criterio-valoracion/modelo-clausula>

⁷⁵ Un análisis sobre el régimen jurídico de la subcontratación en la LCSP en FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público" en VV.AA., *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pp. 247 a 273.

igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la Disposición Adicional Novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 % de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los siguientes colectivos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes: (...)”. La disposición describe los colectivos a los que han de pertenecer los trabajadores/as a tenor de lo establecido en la Ley 12/2001. Esta ley está actualmente derogada por la Ley 44/2007 (denominada a lo largo de este trabajo como la LEI), por lo que debemos acudir a la misma en aras a conocer los colectivos afectados⁷⁶.

Es un aspecto positivo la mención a las Empresas de Inserción en la LCSP, sobre todo reconociendo un ámbito de preferencia hacia las mismas. No obstante, ha de advertirse que en la práctica significa una técnica con efecto casi inoperante⁷⁷, pues se trata de un criterio de desempate y son raras las veces en las que se origina un empate entre dos ofertas. Es más, menores posibilidades existen para que el empate suceda con una oferta de una Empresa de Inserción pues resulta difícil que ésta llegue a la “igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas” dadas las peculiaridades de este tipo de empresas. Dada la casi nula efectividad de la disposición analizada consideramos necesario su replanteamiento a fin de lograr una que verdaderamente garantice una preferencia real hacia este tipo de empresas.

237

c) Como variantes o mejoras

Como señala el artículo 131 de la LCSP “cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores”. Esta posibilidad deberá preverse expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se indicará en el anuncio de licitación precisando los elementos y condiciones para su presentación.

Los órganos de contratación pueden introducir también cláusulas sociales “recurriendo a variantes (...) siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros”⁷⁸. Así, en nues-

⁷⁶ Un análisis exhaustivo de la preferencia a favor de las Empresas de Inserción en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2009) op cit, pp. 79 a 96.

⁷⁷ A juicio de MOLINA NAVARRETE, C. (2008) op cit, p. 50, “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”(...)”. En igual sentido BERNAL BLAY, M.A. (2008) op cit, p. 240.

⁷⁸ LESMES ZABALEGUI, S., “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak* n° 13 (2005), p. 80.

tro tema de interés, el órgano de contratación puede establecer una cláusula en el pliego correspondiente aludiendo a la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social así como a la subcontratación con una Empresa de Inserción⁷⁹.

4.3.3. FASE DE EJECUCIÓN

Como indica la Directiva 2004/18/CE “los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones”. Las condiciones para la ejecución de un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social⁸⁰. Éstas han de ser compatibles con la Directiva, lo cual requiere que no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. La finalidad de estas condiciones especiales puede ser “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”. La Directiva cita como ejemplo, “entre otras, las obligaciones –aplicables a la ejecución– 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 fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”⁸¹.

- 238 La LCSP, con alguna que otra pequeña modificación respecto a la Directiva, establece en el artículo 102 que “los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato”. En cuanto al objeto de las mismas la Ley especifica con más detalle y establece que podrán referirse, “en especial, a consideraciones de tipo medioambiental⁸² o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 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 Organización Internacional del Trabajo”⁸³.

⁷⁹ Un ejemplo de una cláusula en este sentido puede consultarse en: <http://www.faedei.org/clausulas-sociales/contratación/adjudicación/variantes-o-mejoras>

⁸⁰ Art. 26 de la Directiva 2004/18/CE.

⁸¹ Considerando 33 de la Directiva 2004/18/CE.

⁸² Art. 102.1 LCSP, donde cita la Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

⁸³ Art. 102.1 de la LCSP.

Por otra parte, para el caso de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, la Ley añade que “los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, (...), o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206. g)”. Asimismo, cuando el incumplimiento de estas condiciones no se haya tipificado como causa de resolución del contrato, “el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e)”⁸⁴. Este último artículo dispone que “haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario” será circunstancia que impedirá a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas.

Esta fase es la que hasta el momento ha presentado las menores dificultades sobre la posibilidad de albergar cláusulas sociales. Mayoritariamente la inclusión de cláusulas sociales en esta fase está totalmente admitida. Así, en opinión de varios autores la vía más adecuada para la integración de las cláusulas sociales parece ser la de incluirlas como condiciones de ejecución contractual⁸⁵.

Parte de la doctrina interpreta del artículo analizado que la inclusión de condiciones especiales de ejecución supone una facultad, y no una obligación, de los órganos de contratación y que la enumeración de condiciones que realiza es ilustrativa, por lo que existe la posibilidad de incorporar otro tipo de condiciones⁸⁶.

Según algunos autores el principal problema que plantea la inclusión de condiciones especiales de ejecución es respetar los principios de igualdad y no discriminación. Es decir, en su opinión, “la inclusión en la contratación de aquellas consideraciones de tipo social o medioambiental puede suponer una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, y por ello actúan como su límite”⁸⁷. Por ello, se recuerda el deber de respetar los límites establecidos por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto Beentjes: a) tales condiciones contractuales deben entenderse con independencia de los criterios de adjudicación o de la valoración de la capacidad de los licitadores para llevar a cabo los trabajos; b) dichas condiciones no deben infringir otros principios del Derecho comunitario,

⁸⁴ Art. 102.2 LCSP.

⁸⁵ PLEITE GUADAMILLAS, F., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica* (2006), p. 8; BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A. y RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica* n° 42 (2005), p. 47; PÉREZ ALCÁNTARA, A.J., “Los principios de contratación pública y la Ley de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* n° 21 (2008), p. 3517; BERNAL BLAY, M.A. (2008) op cit, p. 241.

⁸⁶ SÁEZ LARA, C. (2009) op cit, p. 50.

⁸⁷ MORRÁS CEPEDA, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C., *Comentarios a la legislación de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 427.

especialmente el derecho de establecimiento, la libertad de prestación de servicios y la no discriminación por motivos de nacionalidad y, c) sólo pueden aceptarse las condiciones que persigan el cumplimiento de determinados objetivos en el territorio del Estado del organismo contratante⁸⁸. Las condiciones especiales de ejecución de carácter social no podrán utilizarse falsamente con el fin de generar discriminaciones directas o encubiertas, de manera que sólo puedan cumplirlas ciertos licitadores⁸⁹. Sin embargo, a nuestro parecer, una vez que no se sobrepasen estos límites no puede escudarse bajo la exigencia del respeto a tales principios para denegar la consideración y cumplimiento de estos aspectos en la ejecución de los contratos. Por ello, en tanto en cuanto nos encontramos ante la fase que hasta el momento ha presentado las mayores posibilidades de albergar cláusulas sociales, consideramos pertinente seguir avanzando en esa dirección y admitir la inclusión de otras condiciones especiales de ejecución de índole social más ambiciosas que las legalmente ya establecidas.

Partiendo de la base sobre la posibilidad admitida de incorporar otro tipo de condiciones, se puede perfectamente aludir en las condiciones especiales de ejecución a la contratación con Empresas de Inserción. Una vez incluidas éstas en el pliego de cláusulas correspondiente, podrá exigirse a la empresa adjudicataria que, por ejemplo, emplee en la plantilla encargada de ejecutar el contrato un número determinado de personas en situación o riesgo de exclusión social (donde las Empresas de Inserción cumplen desde el principio con esta condición) así como la obligación de subcontratar un porcentaje del importe de adjudicación con una Empresa de Inserción⁹⁰. No obstante, queremos subrayar que estos dos ejemplos son sólo dos de los muchos que en esta línea permite desplegar el entramado de las condiciones especiales de ejecución.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Mediante las Empresas de Inserción se busca la integración y formación sociolaboral de las personas especialmente desfavorecidas. El hecho de que su actividad se haya desarrollado primordialmente en campos concretos (servicios de la vida diaria, *catering*, etc.) hace que la contratación del sector público resulte uno de los principales motores de la actividad productiva de estas empresas. Las Empresas de Inserción, aún padeciendo una solvencia económica débil, son sin lugar a duda empresas socialmente rentables. Asimismo, puede constatarse la existencia de un retorno económico muy importante de las Empresas de Inserción a la Administración Pública cuantificándose según algunos estudios en 15.550 euros por puesto de trabajo y año.

⁸⁸ Véase BLÁZQUEZ ROMÁN J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P. (2005) op cit., pp. 46 y 47.

⁸⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo: Parte general*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 594.

⁹⁰ Pueden consultarse ejemplos prácticos en este sentido en: <http://www.faedei.org/clausulas-sociales/contratación/ejecución>

En base a la rentabilidad social y económica de las Empresas de Inserción, así como a la función social y de interés público que acometen, se reivindica un mayor grado de compromiso por parte de las Administraciones Públicas hacia las mismas. El compromiso de las Administraciones Públicas con las Empresas de Inserción ha sido desarrollado a través de un sistema promocional constituido básicamente por ayudas y subvenciones. Hoy en día, y debido a la exigencia del mayor grado de compromiso precedentemente aludido, se reclama la creación de un mercado tutelado para las Empresas de Inserción así como la inclusión de cláusulas sociales referentes a este tipo de empresas en el procedimiento de contratación pública. El mercado tutelado supone restringir la participación a un tipo concreto de empresas, en este caso a las Empresas de Inserción, mientras que las cláusulas sociales significan la incorporación de aspectos sociales en las diferentes fases del procedimiento de contratación. Para comprender la conveniencia de desarrollar este tipo de medidas a través del sistema de contratación pública importa recordar y subrayar que la contratación del sector público, aunque no sea en sí misma una política sociolaboral, contribuye de manera significativa en la consecución de fines sociolaborales. La consagración de cláusulas sociales y mercados tutelados a favor de las Empresas de Inserción en la contratación pública se justifica sobre todo en base al doble interés que ofrecen a la Administración Pública. Por un lado, sirven como herramienta para el cumplimiento de un objetivo propio de la Administración Pública (a saber, la integración sociolaboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social) y, por otro lado, constituyen un gran ahorro económico para la misma. Además, siempre que se respeten los límites y principios inherentes a la contratación pública, su inclusión en la contratación del sector público resulta legítima, coherente y ventajosa. La legitimidad de los mercados tutelados y de las cláusulas sociales se encuentra de forma expresa jurídicamente consagrada en la Directiva 2004/18/CE y en la LCSP, así como en diferentes instrumentos jurídicos de diferente rango y en instrumentos jurídicamente no vinculantes (entre ellos, sin pretender ser exhaustivos, la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, la *Instrucción para la incorporación de criterios sociales, medioambientales y los derivados de otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades que integran su sector público* y la *Instrucción para la incorporación de criterios sociales en los contratos públicos del Ayuntamiento de Avilés*).

241

Centrándonos específicamente en las diferentes posibilidades de favorecer la contratación pública con las Empresas de Inserción, y como ya adelantábamos, queremos destacar la especial trascendencia e incidencia que representan los mercados tutelados y las cláusulas sociales relativas a este tipo de empresas.

En cuanto a los mercados tutelados, a nuestro parecer, es totalmente posible y plausible establecer una reserva de contratos públicos a favor de las Empresas de Inserción. Eso sí, reclamamos una reserva que carezca de los límites actualmente impuestos para los casos de Empresas de Inserción en aras a asemejar esta reserva con la prevista para los Centros Especiales de Empleo debido a que la normativa

otorga mayores facilidades y límites menos restrictivos para el establecimiento de una reserva de mercado a su favor.

En lo correspondiente a la inclusión de cláusulas sociales referentes a las Empresas de Inserción en las diferentes fases del procedimiento de contratación, destacamos a continuación solamente algunas de las posibilidades que actualmente gozan de mayor respaldo y desarrollo y que pueden todavía seguir ofreciendo más y mejores oportunidades.

En primer lugar, en la fase de adjudicación, una vez admitida la posibilidad de incorporar otro tipo de criterios sociales distintos de los legalmente establecidos, es compatible con la normativa y viable atender a la contratación con las Empresas de Inserción entre los criterios de adjudicación. Una primera vía consiste en valorar la dedicación al objeto del contrato o la contratación para su ejecución de un determinado número de personas en riesgo o situación de exclusión social. Una segunda vía radica en valorar y puntuar la subcontratación de una Empresa de Inserción para la ejecución del contrato. En segundo lugar, en esta misma fase de adjudicación, puede establecerse la preferencia en la adjudicación de contratos para las proposiciones presentadas por las Empresas de Inserción. No obstante, se advierte que en la práctica hasta el momento experimentada resulta una técnica de efecto inoperante por lo que apreciamos necesario su replanteamiento a fin de lograr que verdaderamente se garantice la preferencia de este tipo de empresas. En tercer lugar, en tanto en cuanto el órgano de contratación puede tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, pueden preverse mejoras o variantes en el pliego correspondiente que aludan a la contratación de personas en situación o riesgo de exclusión social así como a la subcontratación con una Empresa de Inserción.

En la fase de ejecución, partiendo de la aceptación de incorporar otro tipo de condiciones especiales de ejecución diferentes de las legalmente ya establecidas, puede perfectamente incluirse entre las mismas a la contratación con Empresas de Inserción. Así, por ejemplo, podrá exigirse a la empresa adjudicataria que emplee en la plantilla encargada de la ejecución del contrato un número determinado de personas en situación o riesgo de exclusión social (donde las Empresas de Inserción cumplen desde el principio tal condición) así como la obligación de subcontratar un porcentaje del importe de adjudicación con una Empresa de Inserción. No obstante, queremos manifestar que estos dos ejemplos son sólo dos de los muchos y varios que al mismo fin pueden realizarse.

Finalmente, en línea con lo recomendado por algunos autores⁹¹, queremos concluir el presente trabajo advirtiendo sobre la conveniencia de incorporar los criterios sociales, entre ellos los relativos a las Empresas de Inserción, siempre que sea posible, en todas y cada una de las fases del procedimiento de contratación en aras a obtener la máxima efectividad en su cumplimiento.

⁹¹ Entre otros, SÁEZ LARA, C. (2009) op cit, p. 54; VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C. (2008b) op cit, p. 302.

exaltación de la autonomía y
libertad in que resulta
la realidad mumento del
poder mil empresario
en la fijae condiciones
de trabajo perdida de
libertad tiva del
trabajador, ueno se esta
produciendo mediante una
retirada de cierto tipo de
intervencionismo del Estado,
precisamente de aquel tendente
a conseguir un cierto reequilibrio
de las partes del contrato de
trabajo, a lo que hay que sumar
un debilitamiento de lo colectivo

REVISTA DE DERECHO SOCIAL

DIRECTOR

Antonio Baylos Grau

SUBDIRECTOR

Luis Collado García

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Joaquín Aparicio Tovar

Revista de Derecho Social

C/ Dionisio Guardiola, 1 4º.

02002 ALBACETE

Tel: 967247354

Fax: 967247338

e-mail:

editorialbommarzo@bno.com