

## Las denominadas cláusulas sociales en la contratación pública: supuestos y límites

*El empleo de cláusulas de tipo social en la contratación, fomentada por el Derecho comunitario y expresamente reconocida por el Derecho español, se ha revelado como un recurso idóneo al servicio de la consecución de objetivos comunes de carácter social por medio de la contratación pública, incrementando así el valor de los fines que aquélla se propone. Ello no obstante, el recurso a este tipo de cláusulas y su operatividad en el seno de los contratos, debe observar ciertos límites y requisitos que se han delimitado jurisprudencialmente con el fin de sujetar el empleo de este tipo de cláusulas al cumplimiento de unos mínimos que garanticen su verdadera operatividad.*

### Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

---

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación es una dinámica que goza cada día de una mayor generalización pero que sin embargo no está exenta de conflicto pues, la imprecisión con que la legislación europea y española las ha contemplado, el carácter reciente de su previsión normativa expresa y la pluralidad de fines a los que *a priori* parece responder, plantea en no pocas ocasiones, conflictos de legalidad.

Tras su previsión en el Derecho Comunitario<sup>1</sup>, la posibilidad de incluir cláusulas de tipo social fue reconocida formalmente por la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de contratos del sector público, cuya exposición de motivos señalaba como una de las principales novedades de la norma en lo que se refería a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma, era "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 y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales (...)".

Así, con la finalidad de favorecer el mejor empleo de la contratación pública en apoyo de **objetivos sociales comunes** – tales como la protección del medio ambiente, el uso eficiente de recursos, la lucha contra el cambio climático, la atemperación de las desigualdades sociales o la promoción de la innovación – la legislación en materia de contratación pública<sup>2</sup> ha previsto de manera expresa la inclusión de cláusulas de tipo social en dos modos distintos:

---

<sup>1</sup> En 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.

<sup>2</sup> El actualmente vigente es el texto refundido de la ley de contratos del sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

- a) Como **criterios para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa**<sup>3</sup>.
- b) Como **condiciones especiales de ejecución del contrato**<sup>4</sup> siempre que sean compatibles con el derecho comunitario, se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o el contrato.

Por otro lado y como refuerzo de lo de lo anterior, el apartado 2 del artículo 118<sup>5</sup> TRLCSP prevé la posibilidad de *establecer penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales* o atribuirles a estas condiciones especiales el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f del TRLCSP<sup>6</sup>.

Tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –en adelante JCCA– como las Juntas Consultivas de las Comunidades Autónomas y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –en adelante TACRC– se han pronunciado en diversas ocasiones en relación con la inclusión y el alcance de las denominadas cláusulas de tipo social, perfilando las características que sustentan la figura y delimitando los requisitos para su válida inclusión en los contratos regidos por la legislación en materia de contratación pública.

De sus informes y resoluciones pueden extraerse las siguientes **características, requisitos y límites** relativos a la inclusión y al alcance de las cláusulas de tipo social:

---

<sup>3</sup> El artículo 150.1 TRLCSP 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 a 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 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.

<sup>4</sup> El artículo 118.1 TRLCSP dispone 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. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental 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 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión 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.

<sup>5</sup> Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223.f). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique 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 60.2.e).

<sup>6</sup> El artículo 223.f TRLCSP prevé como causa de resolución de los contratos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

**1. Tienen carácter potestativo.**

Es decir, su inclusión por el órgano de contratación –tanto en su configuración como criterios para la valoración de las proposiciones y para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa como en el de condiciones especiales de ejecución del contrato– es **potestativo**.

El establecimiento de estas consideraciones especiales de tipo social no es, en ningún caso, obligatoria para el órgano de contratación.

**2. No existe un *numerus clausus* de objetivos o finalidades cuya satisfacción justifique o determine la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública.**

A la hora de analizar la legalidad y la oportunidad de las condiciones especiales de ejecución previstas en los distintos contratos administrativos, el TACRC y la JCCA han tenido la oportunidad de analizar distintos objetivos o finalidades previstas o perseguidos por el órgano de contratación a la hora de definir las condiciones del contrato.

Resulta indiscutible que los contratos pueden contemplar cláusulas de tipo social cuando la finalidad de ésta es servicio de alguno de los **objetivos mencionados expresamente el artículo 118 del TRLCSP**, así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, la JCCA en sus informes 53/2008 y 3/2009, reconociendo *la admisibilidad de las condiciones especiales de ejecución que se propongan la consecución de cualquiera de los objetivos* enumerados en el referido precepto **siempre que no resulten discriminatorias**.

Por otro lado y respecto de cualesquiera otros objetivos distintos de los previstos en el artículo 118 TRLCSP, el TACRC ha señalado –entre otros en el informe 160/2016<sup>7</sup>– que:

- **las menciones a los objetivos que contiene dicho precepto sirven de guía interpretativa** (así lo entendió también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el informe 16/2014),
- finalidad a cuyo servicio también sirve la “**Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos**”<sup>8</sup>, Comunicación que reconoce que los poderes adjudicadores cuentan con un *amplio poder de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social* y señala además varios ejemplos concretos como por ejemplo la obligación de dar trabajo a desempleados (en especial de larga duración) o la obligación de organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> [http://www.minhap.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recurso%200077-2016%20AST%204-2016%20\(Res%20160\)%2019-02-2016.pdf](http://www.minhap.gob.es/TACRC/Resoluciones/Año%202016/Recurso%200077-2016%20AST%204-2016%20(Res%20160)%2019-02-2016.pdf)

<sup>8</sup> COM (2001) de 15 de octubre de 2001.

<sup>9</sup> En particular de larga duración, organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o técnica; 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 estás orado ya al ordenamiento jurídico nacional o la obligación de contratar, con vistas al ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por el legislación nacional en el contrato o en el titular del mismo.

3. Las cláusulas de tipo social **tienen que guardar una vinculación con el objeto del contrato.**

Los criterios de adjudicación pueden incluir aspectos medioambientales o sociales pero, en todo caso, han de estar vinculados al objeto del contrato según exige el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24 y recoge el artículo 145.1 del anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público que aún hoy sigue pendiente de tramitación y aprobación parlamentaria.

Esa **vinculación con el objeto del contrato** se define tanto en el artículo 67.3 de la norma europea como en el 145.2 del anteproyecto, incluyendo aquellos criterios que se refieren a las prestaciones del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios.

4. No es conveniente –el TACRC en general no es partidario de– incluir en el pliego de contratación **obligaciones que afecten a la esfera laboral especial o aquéllas cuyo cumplimiento o incumplimiento** no corresponde conocer ni a la Administración Pública contratante ni a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sino a órganos de la Jurisdicción Social (así se ha puesto de manifiesto por ejemplo entre otras en la Resolución TACRC 156/2013<sup>10</sup> y en la Resolución TACRC 969/2015<sup>11</sup>).

5. Es **fundamental** que la cláusula de tipo social **no vulnere el derecho comunitario y respete el principio de publicidad.**

De conformidad con las nuevas Directivas comunitarias y en especial los artículos 70 y 18.2 y los considerandos 37,39 y 98 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en el vigente Derecho de la Unión Europea se han incorporado con rotundidad **condiciones especiales de ejecución relativa al empleo** si bien la inclusión de este tipo de cláusulas exige que:

- de las mismas **no se derive una discriminación directa o indirecta a los operadores económicos y a los trabajadores de otros estados miembros o terceros países** y que
- **no afecten a la competencia.**

En efecto, para la válida inclusión de condiciones especiales de ejecución de los contratos vinculadas a la consecución de objetivos de tipos social es preciso que cumplan las **exigencias** establecidas al respecto por la **Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** que pueden sintetizarse, de conformidad con la doctrina del TACRC<sup>12</sup>, en tres requisitos:

<sup>10</sup> [http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/Año%202013/Recurso%200178-2013%20IB%20009-2013%20\(Res%200156\)%2018-04-13.pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/Año%202013/Recurso%200178-2013%20IB%20009-2013%20(Res%200156)%2018-04-13.pdf)

<sup>11</sup> [http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/Año%202015/Recurso%200975-2015%20AST%2062-2015%20\(Res%20969\)%2023-10-2015.pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/TACRC/Resoluciones/Año%202015/Recurso%200975-2015%20AST%2062-2015%20(Res%20969)%2023-10-2015.pdf)

<sup>12</sup> Resolución número 391/2016 en la que resume el criterio sostenido por el Tribunal y los requisitos exigidos por la Jurisprudencia Comunitaria.

**GRUPO DE CONTRATOS  
DEL SECTOR PÚBLICO Nº 78**

- a) Que de las mismas **no se derive una discriminación** directa o indirectamente a los operadores económicos y a los trabajadores de otros estados miembros o terceros países;
- b) Que **NO afecten a la competencia** entendiendo que no afectan a la competencia aquellas que se limitan a exigir a los licitadores el cumplimiento de las normas de generar observancia en el territorio;
- c) Que **respeten la autonomía de la voluntad de las partes.**

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid, 28046 (tel.: 915 829 415)

*© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.*