

***Primera década de la normativa autonómica valenciana de contratación
pública socialmente responsable***

José Miguel Sánchez Ocaña

Personal docente e investigador Ayudante Doctor. Universitat de València

jose.miguel.sanchez-ocana@uv.es

Resumen

La contratación pública socialmente responsable ha ido recalando, a lo largo de sus tres décadas de vida, en directivas europeas y leyes españolas que tienen su punto de partida en 2004. Mientras que las directivas europeas fueron las pioneras, la normativa española es la que ha impulsado más decididamente, aunque no sin deficiencias, este fenómeno. En este artículo se expondrá el itinerario normativo en el plano europeo y estatal, así como la tendencia normativa alcista que se empezó a reflejar hace una década en leyes y reglamentos autonómicos como los de la Comunitat Valenciana. A las puertas de un nuevo proceso de revisión de las directivas, es oportuno hacer balance y dirigir la atención a la situación de la Comunitat Valenciana, donde los cambios producidos en la orientación política institucional pueden revelar también cambios respecto de la regulación de las cláusulas sociales en la contratación pública.

1. La contratación pública socialmente responsable

Cualquier acometimiento de la Contratación Pública Socialmente Responsable (en adelante, CPSR) exige una aproximación teórica a su concepto¹, habida cuenta de la complejidad que entraña diferenciar la perspectiva normativa de la política, y de distinguir la responsabilidad social de los poderes públicos de la responsabilidad social en el ámbito de las empresas privadas.

1.1. Una aproximación al concepto general

Desde una perspectiva amplia y estratégica, hablamos de CPSR para referirnos al modo en que los poderes públicos diseñan e implementan los contratos del sector público de tal modo que estos sean medios funcionales a la consecución de objetivos de política social, de forma complementaria a la adquisición de su objeto principal. Este planteamiento puede traducirse en términos más operativos cuando tratamos de concretar cada uno de los elementos de dicha definición. Así pues, en un sentido

¹ Podría decirse que, desde una perspectiva general, la CPSR dispone de un concepto teórico que obtenemos realizando un ejercicio inductivo a partir del acervo normativo y de *soft law* europeo e interno, y practicando un ejercicio de síntesis a partir de las distintas propuestas políticas y de *lege ferenda* que han existido.

más práctico, en su implementación las entidades del sector público regularán y diseñarán los pliegos de contratación de tal forma que permitan contener cláusulas contractuales de diversa naturaleza (p. ejem. prescripciones técnicas, criterios de adjudicación o condiciones de ejecución) para incentivar o exigir a los contratistas determinadas prácticas empresariales de carácter sociolaboral en el marco de la ejecución contractual, complementarias a las obligaciones que integran directamente el objeto del contrato.

La CPSR, de nuevo en términos generales, se articula a partir del juego de principios, medios y fines que según las distintas concepciones (desde las más innovadoras y estratégicas a las más tradicionales) pueden divergir en su magnitud, pero encuentran un denominador común. En relación con los principios, todo planteamiento que no pretenda la responsabilización del sector público y de los operadores externos respecto de las problemáticas sociolaborales que conlleva la externalización y la ejecución de la prestación supone la negación de sus principios. En cuanto a los medios fundamentales los constituyen las cláusulas regladas de obligado cumplimiento para las partes y las cláusulas potestativas y discrecionales de mejora de los estándares normativos generales. El fin básico es la potenciación de la justicia social y de la eficiencia en los procesos contratación y en la ejecución del contrato.

La CPSR nace casi simultáneamente al de Contratación Pública Ecológica (CPE) o ambientalmente responsable. De hecho, esta última gozó de un acometimiento más profundo y favorable por parte de las instituciones europeas. Por ello, con el paso de los años, la UE optaría por emplear el término Contratación Pública Estratégica (a la que, personalmente, he abreviado como CPEs) para referirse a esa concepción de la contratación pública que permitía adoptar una política contractual que tomara en consideración criterios relativos a los aspectos sociales y a los ecológicos; a los que añadió los de carácter innovador².

1.2. El objeto social de la responsabilidad

Al realizar un ejercicio inductivo a partir de los aspectos específicos de corte social que se recogen expresamente en la normativa de contratos del sector público, y teniendo en cuenta las prácticas administrativas, pueden establecerse tres grandes categorías sociales: promoción del empleo e inserción sociolaboral; mantenimiento y mejora de las condiciones de trabajo y de los derechos laborales; y, finalmente, el respeto a los derechos humanos en las cadenas de valor.

² A estos términos se añade el de contratación pública sostenible, que, no obstante, no ha tenido el predicamento de los términos finalmente triunfantes. Este juego de *matrioskas* terminológica, por tanto, iría desde la más amplia y aséptica referencia a la *contratación pública estratégica*, pasando por la declaración de intenciones axiológica de la *contratación pública sostenible*, que conjuga múltiples materias –ambientales, sociales y económicas–, y acabando por cada una de las dimensiones de la sostenibilidad; en este caso, en la CPSR. De cualquier modo, queda patente que el trinomio *social, ambiental e innovador* del que se vale la CPEs y, en cierto modo, la contratación sostenible, es un modo de aglutinar aspectos con una importancia de primer orden en el interés general que debe preservar, promocionar y perseguir el poder público en el Estado de Derecho. Por otra parte, no es menos cierto que la dimensión sociolaboral de la CPEs, encuentra un baluarte y un importante *fuego de cobertura* en la esencia del Estado social y en la configuración constitucional española del mismo.

De hecho, en este fenómeno, aunque se ha extendido la fórmula “cláusulas sociales”, lo cierto es que considero más apropiado emplear el término “cláusulas sociolaborales” debido a la mayor incidencia de la temática laboral³. Además, aunque no sigue el esquema conceptual de las normas europeas y estatales, algunos textos normativos autonómicos, como los propios de la Comunitat Valenciana, incluyen en el concepto de responsabilidad social los criterios medioambientales.

1.3. Las cláusulas sociales como instrumento específico

En el plano práctico esa traslación de la responsabilidad social al proceso de contratación se lleva a término incluyendo cláusulas específicas en los pliegos de condiciones administrativas o de prescripciones técnicas. Si se realiza un ejercicio de síntesis hay distintas formas de definir las cláusulas sociales; vocablo que, a pesar de su uso extendido, no suele emplearse ni en las directivas ni en la ley estatal española.

De forma temprana, al albur de la aplicación de las cláusulas sociales, un autor especializado en el plano práctico, Lesmes Zabalegui (2005 p. 62) las definió como: “La inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución)”⁴.

Una de las características fundamentales de la CPSR es que, sin perjuicio de su dimensión legal y preceptiva, la mayor virtualidad de las cláusulas sociales se manifiesta cuando incentivan o exigen “un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos [...] exigibles” (Bernal Blay 2008, p. 3). Y es que, como ocurre en el campo de los derechos laborales, la potencialidad jurídica de las cláusulas discrecionales permite “ir más allá de la aplicación de la normativa legal [...] estableciendo condiciones o reglas más favorables” (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer 2016, p. 3).

Así pues, y en resumen de este punto 1, ese ejercicio de responsabilidad público-privada que nos trae hasta estas páginas se articula a través de la regulación y adopción en pliegos de contratación de cláusulas que abordan aspectos relacionados con derechos sociales y, más concretamente, con los que incumben a la relación entre los trabajadores y los contratistas de las AAPP.

³ Con todo y con eso, es posible citar dos excepciones que no desvirtúan esta afirmación. Y es que, es frecuente encontrar referencias normativas que impulsan cláusulas con la finalidad de fomentar las empresas de Economía Social (lo que conecta, también, con el aspecto sociolaboral) y, aunque con menor predicamento, hay quien considera que el fomento de la contratación con PYMES puede ser otra cláusula social. A pesar de ello considero que esta última no necesariamente habría de entenderse como una consideración social, pues su inclusión en los pliegos suele fundamentarse en motivos de competencia.

⁴ En un sentido similar se pronunciaron posteriormente Martínez Fons (2014 p. 6), quien las comprende como “estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general”, o Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2016 p. 3), que las define como “estipulaciones, de origen normativo o contractual, que imponen deberes específicos a cargo de los contratistas, mediante criterios, requisitos o condiciones que se imponen al contratista con el fin de promover objetivos sociales”.

2. La construcción normativa de la CPSR

Los contratos del sector público, en cuanto que constituyen una esfera de gestión privada de servicios de titularidad pública, está imbuido por las normas de la UE, ya que esta, *en pos* del mercado único, acapara el núcleo duro de las normas que pueden afectar a la competencia entre empresas. Esta es una de las razones principales por las cuales las directivas de la UE han tenido un protagonismo especialmente trascendente en materia de contratos del sector público. Ahora bien, debe recordarse que las directivas europeas resultan de aplicación única y exclusivamente a determinados contratos y a partir de ciertos umbrales económicos. Dicho de otro modo, los Estados tienen un mayor margen respecto de los contratos que no forman parte del ámbito de aplicación de las directivas⁵.

2.1. El protagonismo europeo inicial con las directivas de 2004

La construcción normativa de aquello que podemos considerar una CPSR se remonta, en términos estrictos, a mediados de la década de los 90. Es entonces cuando, no en el sólido texto de las directivas, pero sí en el *soft law* de la Comisión Europea, se revela la intención de abordar reformas en los contratos del sector público que aboguen por un mayor compromiso con el interés general por parte de las instituciones públicas contratantes a la hora de diseñar procesos de licitación⁶.

En este sentido, el camino normativo europeo que toma en cuenta los aspectos sociales tiene como documento embrionario el *Libro Verde de la contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* publicado el 27 de noviembre de 1996 (COM 1996). Este documento apenas daba un trato somero a la inclusión de aspectos sociales, y se basaba en la interpretación del contenido de las Directivas de contratación de segunda generación (Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE). Se decía en esta Comunicación que las directivas permitían, en primer lugar, excluir del proceso de contratación a empresarios condenados por delitos o infracciones graves derivadas de la violación de legislación social; en segundo lugar, se aludía a la inclusión de condiciones aplicables durante la ejecución del contrato -aunque no prevista expresamente en la norma- encaminadas a fomentar el empleo femenino o de personas en situaciones desfavorecidas; en tercer lugar, se admitía que las directivas no contemplaban explícitamente la articulación de criterios sociales en las fases del proceso de contratación de preparación y adjudicación del contrato (no obstante, el TJUE había permitido tal posibilidad⁷). En cambio, sí avalaba la articulación de tales criterios en los contratos que no superaran los umbrales de aplicación de las directivas. Finalmente, en este texto la Comisión se plantea la necesidad de aclarar mediante una comunicación interpretativa la posibilidad de incluir criterios sociales en el marco, eso sí, de las directivas de segunda generación.

⁵ Aunque siempre se reserva la UE la interpretación de los principios relacionados con las libertades económicas funcionales al mercado único que se aplicarían a toda clase de transacciones. Es decir, hay un núcleo de principios y derechos que entran en juego en todo caso y es, en este campo, en el que se disputan en muchas ocasiones los litigios relacionados con la regulación pública de la actividad económica.

⁶ Las propuestas e interpretaciones efectuadas por la Comisión influyen tanto el debate jurídico como el debate social. Además, distintas instancias académicas, administrativas y judiciales en los Estados Miembros se han mostrado permeables a este tipo de instrumentos.

⁷ La STJCE de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98) admite la inclusión de un criterio de adjudicación relacionado con la protección del empleo personas desempleadas de larga duración.

Sin ánimo de exhaustividad, la senda continuó por la *Comunicación de la Comisión Europea "Agenda de Política Social" (2000) en la que se instaba a una mejora del modelo social europeo que promoviera el pleno empleo y la justicia social* y se citaba, como una de las vías, la publicación de "una comunicación sobre los aspectos sociales de los procedimientos de contratación pública" (p. 29). Pues bien, meses más tarde, y como antecedente inmediato en el contexto de la UE de la CPSR y de la aprobación de las Directivas de 2004, se dictaba la *Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la legislación europea de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos* (2001)⁸ en la que asumía que los objetivos inherentes a la política del mercado interior podían compaginarse con otros vinculados a la política social⁹.

Es entonces cuando empieza a esbozarse en el texto de las directivas de contratos el concepto de cláusulas sociales (aunque sin utilizar este término). Hasta la actualidad, la UE ha contado con 4 conjuntos de normas (también denominados "paquetes" o "generación" de directivas) de contratación pública. A efectos de abordar el fenómeno jurídico de la CPSR el disparadero no es otro que la tercera generación de directivas de la contratación pública, conformada por dos textos normativos que fueron influenciados, aunque de forma muy limitada, por las comunicaciones de la Comisión Europea ya citadas. Se trata de:

- La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; y,
- 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.

Las novedades radicaban fundamentalmente en que el articulado (también se encuentran alusiones en los considerandos) permitía, por un lado, la figura de los contratos reservados a entidades dedicadas a la inserción sociolaboral y, por otro lado, incorporar exigencias de tipo social y medioambiental como condiciones de ejecución (art. 26 Directiva 2004/18); todo ello aunque el objeto del contrato no fuese esencialmente social o medioambiental. Por lo demás, las directivas legaban la interpretación de la materia relativa a la introducción de cláusulas como condiciones ejecutivas al TJUE y a las comunicaciones de la Comisión Europea. De hecho, la primera guía oficial de la Comisión sobre CPSR se publicó en 2011, mientras que la segunda tendría que esperar a 2021¹⁰.

⁸ Miranda Boto (2016) apunta que el Libro Verde apenas menciona la posibilidad de incluir criterios sociales en la contratación y advertía, frente a esa posibilidad, de la necesidad de salvaguardar la competencia leal. La Comunicación interpretativa de la dimensión social no llegó hasta 2001, ya que la Comunicación del 1998, que se planteó abordar la cuestión social, básicamente admitía la posibilidad de excluir del proceso de contratación a contratistas que violasen la legislación vigente, aceptando además cláusulas de acción positiva.

⁹ A esta Comunicación de 2001 se remiten las menciones relativas a la contratación pública de la Comunicación de la Comisión "la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible" de 2002.

¹⁰ Así como la primera guía de contratación pública ecológica de la Comisión Europea comenzó a publicarse en 2005 y se reeditó en 2011, hasta la aprobación del cuarto paquete de directivas sólo se había publicado una guía interpretativa de criterios sociales. En la actualidad la última guía social es de 2021 y la última ecológica de 2016.

A partir de estas directivas, el legislador español asume una posición prácticamente mimética en la transposición de dicho paquete de directivas. El texto que transpone las directivas sería la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, posteriormente, aunque sin alterar el contenido relativo a las cláusulas sociales, se adoptaría Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estos textos transponían casi literalmente las directivas de segunda generación, aunque cometieron el “error” de exigir una vinculación “directa” con el objeto del contrato de las exigencias sociales donde las directivas, ciertamente, sólo exigían, a secas, dicha vinculación. En este detalle trasluce un fantasma exegético que ha recorrido la doctrina administrativista más reticente a la CPSR a la que más adelante se aludirá.

2.2. El protagonismo del Derecho interno desde las directivas de 2014

El camino de las comunicaciones de la Comisión¹¹ desembocó en el último cuerpo normativo europeo que se aprobó y que está constituido por tres directivas; dos de ellas de carácter general y una de carácter específico relativa a determinados sectores de actividad:

- Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión;
- Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública;
- y, finalmente, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En síntesis, la cuarta generación de directivas de contratación pública sustancia normativamente en su articulado la CPSR del siguiente modo. En primer lugar, mantienen los aspectos más básicos de las instituciones de la reserva de contratos a entidades con ciertas finalidades de inclusión. En segundo lugar, cita en diversos preceptos relativos a las condiciones de ejecución (art. 70 de la Directiva 2014/24) y a los criterios de adjudicación (art. 67 de la Directiva 2014/24) la posibilidad de tomar en consideración aspectos sociales. Incluso, advierte de que estos integran intrínsecamente la calidad de la prestación. Y, en tercer lugar, define la vinculación con el objeto del contrato de forma amplia. Debido a la trascendencia de este extremo, y a las desobediencias que se percibe en múltiples esferas institucionales administrativas respecto de este extremo, paso a transcribir el art. 67.3 de la Directiva 24 (que, además, es el precepto que regula los criterios de adjudicación):

“Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o

¹¹ Las dos comunicaciones de la Comisión Europea publicadas en 2011 (COM, 2011e, 2011a) son el antecedente inmediato del cuarto paquete de directivas. En este mismo año, además, se pronunciaba la Comisión Europea en la *Comunicación “Acta del Mercado Único juntos por el nuevo crecimiento”* (COM, 2011b) en la que se advertía al Parlamento Europeo de que debía revisarse y modernizarse el “marco normativo de los contratos públicos para llegar a una política equilibrada que preste apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores”.

- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”

Además de esta materialización jurídica de la CPSR en el articulado de la directiva, se dan múltiples y diversas referencias a la concepción estratégica y socialmente responsable de la contratación en la letanía de considerandos iniciales.

Posteriormente a la entrada en vigor de dichas normas, la Comisión Europea afirma, de forma coherente con este planteamiento estratégico, que “el objetivo global es obtener una mejor relación calidad-precio para el dinero público, proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas, al tiempo que se aumenta la eficiencia del gasto público” (COM, 2017a, p. 3). La propia Comisión se mostraba contraria a que la contratación pública se siguiera entendiendo como un mero procedimiento administrativo con el que adquirir productos, servicios u obras básicos que precisen los poderes públicos para sus operaciones¹².

Hasta las directivas de 2014 puede decirse que la normativa europea ha asumido el protagonismo en esta materia, pero el papel del legislador español, aunque manteniéndose en la estela de aquella, ha aprovechado la LCSP para ampliar, en mayor o menor medida, las posibilidades del órgano de contratación a la hora de implementar exigencias sociales a los operadores económicos. Así ha sucedido con la Ley 9/2017 respecto de la Directiva 2014/24/UE, pues no se limita a una transposición de mínimos.

Las novedades legales internas se desplegarían de forma transversal en prácticamente todo el articulado. Ya desde el art. 1 LCSP se preceptúa la obligación de incluir en todos los procesos de contratación criterios sociales, medioambientales o de innovación. Los avances en CPSR se dan, en cierto modo, en todas las fases y aspectos del proceso con las prohibiciones de contratar por incumplimientos en materia laboral, la reserva de contratos a algunas entidades, la preparación del contrato en lo relativo a la selección de los criterios de solvencia y en la determinación del precio del contrato, los criterios de adjudicación, los criterios de desempate, las condiciones especiales de ejecución o, incluso, respecto de las causas de resolución de los contratos. Uno de los aspectos más relevantes es que la LCSP cita abiertamente, en artículos como el 145 (criterios de valoración de ofertas) y el 202 (condiciones especiales de ejecución), una letanía de finalidades sociales, en situación de *numerus apertus*, que pueden tomar en consideración las cláusulas en los pliegos de contratación.

Las Directivas 2014/23 y 24/UE y, sobre todo, la LCSP han cerrado dos posibles debates. Por un lado, queda claro que es posible, e incluso preceptivo, emplear criterios sociales y laborales en el proceso de contratación y, en particular, a la hora de valorar las ofertas. Por otro lado, los criterios sociolaborales a emplear no se reducen a los enumerados en la norma, sino que, lejos de tratarse de un listado *numerus clausus*, el

¹² La Comisión identifica seis áreas u objetivos prioritarios que pueden transformar la contratación pública convirtiéndola en un instrumento de política económica de los EM: garantizar una mayor aceptación de la contratación pública estratégica; la profesionalización de los compradores públicos; mejorar el acceso a los mercados de contratación; aumento de la transparencia, integridad y mejores datos; impulso de la transformación digital; y la cooperación para contratar de forma conjunta.

OC dispone de libertad para establecer los aspectos sociales a valorar. Siempre con unos límites tales como la vinculación con el contrato o la formulación objetiva que respete los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad. Además, de estas dos conclusiones se deriva otra fundamental: no es necesario que las características sociales respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios o usuarios del objeto del contrato.

3. El rol desempeñado por las Comunidades Autónomas

Las competencias legislativas del Estado vienen caracterizadas por la capacidad de dictar normas legales de carácter básico que las CCAA con competencias en materia de contratación pública pueden ampliar y desarrollar en sus propias disposiciones legales y reglamentarias. Se citan a continuación los ejemplos más destacados, diferenciando entre las CCAA que han incorporado en su normativa general de contratos del sector público disposiciones sobre CPSR y aquellas otras que han aprobado textos normativos, legales o reglamentarios *ad hoc* orientados a la implementación de aspectos sociales en los contratos del sector público. La diferencia metodológica a la hora de regular el fenómeno en el ámbito autonómico no tiene por qué revelar un esfuerzo normativo mayor o menor entre las CCAA que incluyen una regulación de la CPSR en su normativa general de contratos, sin embargo, en la práctica, sí se vislumbra un desarrollo legal más preciso y ambicioso entre las CCAA que han optado por aprobar legislaciones sustantivas específicas en responsabilidad social pública en procesos contractuales. Sea como fuere, es preciso advertir que las referencias en este artículo se hacen a las CCAA y no a las Entidades Locales. Este apunte es trascendente, ya que se dan casos en los que diputaciones provinciales o ayuntamientos han seguido una tendencia diferenciada a los de las cámaras legislativas y los gobiernos de las CCAA en las que radican.

De entre las CCAA que han incluido preceptos sobre cláusulas sociales en su legislación pueden citarse, por ejemplo, Navarra, Galicia o Cataluña. En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, fue modificada por la Ley Foral 1/2015, de 22 de enero, para la introducción de cláusulas sociales en los pliegos. El fin de la norma era el de establecer requerimientos de carácter social que debían incorporarse con carácter obligatorio en los procesos contractuales en el ámbito de los órganos de contratación de la comunidad. Esta senda continuaría en la posterior Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos. Otras comunidades como Galicia o Cataluña son más comedidas en su legislación de contratos y tienden a mantener la latencia baja de la dimensión social de la contratación pública. La Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico de Galicia, que regula en su art. 25 la contratación pública socialmente responsable, se limita a disponer que las AAPP tengan en cuenta criterios sociales, preferentemente como criterios de adjudicación y condiciones de ejecución. El art. 26 por su parte atiende a la posibilidad de reservar contratos a centros especiales de empleo y a empresas de inserción sociolaboral. De forma paralela y sectorial, la Ley 6/2016, de 4 de mayo, de la economía social de Galicia tan solo hace una breve referencia a objetivos de la Administración como la "introducción de cláusulas de carácter social que, habida cuenta de las características y valores de la

economía social, favorezcan su participación en la contratación pública y permitan evaluar adecuadamente sus aportaciones y contribuciones a la sociedad”; el texto de la ley no ha sido modificado desde su aprobación. En el caso de *Cataluña*, en el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública las referencias a las consideraciones sociales se limitan, más allá de alguna mención al impulso de la CPSR en su preámbulo, a su uso en el marco de la externalización de prestaciones de servicios sociales que las directivas permiten que los Estados miembros regulen de forma flexible. De cualquier modo, la Generalitat de Cataluña sí ha aprobado códigos de contratación socialmente responsable¹³.

Mientras tanto, las CCAA que disponen de normativa específica legal o reglamentaria de CPSR o CPEs son la Comunidad Valenciana (ley y decreto)¹⁴ Ley, Aragón (ley)¹⁵, Extremadura (ley)¹⁶, Cantabria (decreto)¹⁷, País Vasco (ley)¹⁸ o Canarias (decreto)¹⁹. Las cámaras legislativas de estas comunidades y los consejos de gobierno han adoptado normativa legal y administrativa que versa, concretamente, sobre aspectos de responsabilidad social en la contratación pública. Sin ánimo de estricta exhaustividad sobre el contenido de cada uno de estos cuerpos normativos paso a hacer breves apuntes sobre algunos de ellos.

En el *País Vasco* hay que atender a la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. Esta norma tiene por objeto establecer unas previsiones mínimas que los órganos de contratación deben incorporar obligatoriamente en los procesos contractuales como condiciones de ejecución. El cuerpo principal de la Ley viene constituido por los arts. 5 (referente a las condiciones laborales mínimas de las empresas contratistas) y 6 (cláusula de subrogación), que se refiere principalmente a cuestiones de índole laboral. No obstante, es preciso señalar que la norma va dirigida, sobre todo, a dotar de mayor efectividad a la normativa laboral vigente, sin que suponga un avance ambicioso en cláusulas sociales sustantivas de carácter potestativo y discrecional.

Otras comunidades han pasado por fases marcadamente diferentes. Si bien no se mostraron muy prolijas algunas de las primeras previsiones legislativas de Aragón en CPSR, las normas más recientes han supuesto un giro considerablemente importante. La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de *Aragón*, en su primer artículo, afirmaba que el objeto de la ley era el de señalar “medidas de racionalización y simplificación y de fomento de los objetivos sociales en la contratación del sector público”; únicamente contemplaba reservas de contratos o

¹³ Véase el código aprobado por el Acord de Govern, de 20 de juny de 2017.

¹⁴ Ley 18/2018, de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social y el Decreto 118/2022, de 5 de agosto, del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones.

¹⁵ Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

¹⁶ Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura.

¹⁷ Decreto 75/2019, de 23 de mayo, por el que se establecen las directrices de política general sobre la incorporación de criterios y cláusulas sociales en la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

¹⁸ Ley 3/2016, de 7 de abril, del País Vasco, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública.

¹⁹ Decreto 84/2006, de 20 de junio, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral.

criterios de desempate de contenido sociolaboral, pero esta parquedad se ve corregida recientemente en la paradigmática Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La comunidad autónoma de Extremadura aprueba un texto normativo, la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de *Extremadura*, que apuesta por introducir criterios de adjudicación y de desempate sociales fomentando entidades de la economía social, como las cooperativas, y articulando mecanismos de control e información durante la ejecución del contrato.

Destaca, entre todas las normativas, la de la *Comunitat Valenciana*, en la que me detendré en el punto 4. Puede decirse, de forma somera, que en su ámbito se aprueba la Ley 18/2018, de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social. En ella se recoge el modo en que han de implementarse criterios sociales en la contratación pública en el ámbito de la comunidad. Sin embargo, la norma que recoge pormenorizadamente los criterios sociales es el Decreto 118/2022 de 5 de agosto, del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones²⁰. El texto incorpora múltiples referencias prácticas y desarrolla las obligaciones impuestas por la Ley 18/2018.

La aprobación de normas de rango legal, tanto por parte del Estado como de las CCAA, no es la única labor que pueden (o deben) asumir los poderes públicos en relación con el desarrollo de una contratación responsable y sostenible. Además de la labor legislativa y reglamentaria ya señalada, en determinadas comunidades se han aprobado instrumentos jurídicos administrativos como Acuerdos e Instrucciones de ámbito más restringido, como también han realizado multitud de gobiernos autonómicos y locales con distintas herramientas de regulación²¹. Y es que, además de que el fomento y la regulación de las cláusulas sociales no ha sido abordada de forma coordinada y uniforme, los instrumentos jurídicos empleados para regular el modo de implementar son diversos.

En diversos ámbitos territoriales locales y forales se han elaborado instrumentos jurídicos para hacer efectiva la aplicación de las cláusulas sociales, en forma de guías, directrices o instrucciones. Algunas de estas guías tienen un objeto general, pues van dirigidas a abordar la implementación de cláusulas sociales en cada una de las fases del proceso contractual y en todos los “apartados” de los pliegos (lo que no significa que se recomiende su inclusión en todos esos puntos). Otras guías, en cambio, se ocupan exclusivamente de cláusulas más específicas, como las guías para la

²⁰ Sobre los problemas que plantea la aplicación del Decreto en cuestión se ha emitido el Dictamen 1/2024 de 29 de febrero de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la GVA.

²¹ Entre otros, el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, de Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía; el Acuerdo de 3 de mayo de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la reserva de contratos públicos a favor de ciertas entidades de la economía social y se impulsa la utilización de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública de la Comunidad de Madrid; el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2016 por el que se establecen directrices para la inclusión de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y su sector público instrumental; o, el Acuerdo de 27 de marzo de 2015, del Consell, por el que se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat Valenciana, entre otros.

aplicación de los contratos reservados; una materia a la que, no en pocas ocasiones, se le dedica desde las AAPP un espacio específico porque es la que primeramente validó de forma expresa y sin ambages la UE en las directivas de 2004 y que ha encontrado una regulación pormenorizada en el ordenamiento interno²².

A modo de muestra, y situándonos, sobre todo, en la primera hornada de guías, puede citarse guía de la Junta de Gobierno local de Castellón que, el 22 de mayo de 2012, aprobó la Instrucción reguladora de la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública del Ayto. y sus organismos autónomos. También de la Diputación Foral de Guipúzcoa que aprobó la Norma Foral 11/2014, de 29 de octubre, de incorporación de cláusulas sociales relativas a la compra pública socialmente responsable en la contratación del sector público foral; en un sentido similar, la Diputación Foral de Bizkaia adoptó el Decreto Foral 33/2018, de 13 de marzo, que aprueba el Reglamento para la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y de otras políticas públicas en los procedimientos de contratación; el Ayuntamiento de Barcelona aprobó la Guía de contratación pública social de 2016 y la instrucción para el fomento de la contratación laboral diversa en los contratos de atención a las personas social; o el Ayuntamiento de Madrid la Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal²³. Con estas instrucciones se pretende que las AAPP y sus organismos autónomos y las entidades del sector público incorporen, generalmente de forma preceptiva, cláusulas sociales (también ambientales) en los procesos de contratación pública.

Lo cierto es que estas guías suelen tener un contenido similar entre ellas y, partiendo de un esquema tradicional que atiende a las distintas fases contractuales, referencia la normativa aplicable y suelen ejemplificar diversas formas de inclusión de exigencias sociales. Su utilidad se proyecta sobre la divulgación, la formación y la profesionalización del sector público en materia de CPSR como, por otra parte, exigen las instancias europeas y estatales. A lo largo de este estudio se hace un repaso del contenido de algunas de ellas, pues se han revelado trascendentes en múltiples dimensiones.

4. La labor de la Comunitat Valenciana

Una vez expuesta la dinámica general de la legislación de las CCAA en materia de CPSR corresponde aproximarnos, con mayor detalle, a la labor normativa, legal y reglamentaria, adoptada en la Comunitat Valenciana. En esta materia las propuestas legislativas provenientes de la Generalitat Valenciana nacen a partir de la entrada en vigor del cuarto paquete de directivas, del debate que se suscita en el marco de la LCSP y del cambio de mayorías políticas en Les Corts Valencianes y en el Govern de la

²² Existen disparidades significativas en el porcentaje de reserva establecido por cada Administración debido, entre otros motivos, a que la LCSP no obliga a la reserva de un porcentaje determinado a las CCAA o a las Entidades locales, sino, tan solo, a la AGE.

²³ La letanía de documentos similares adoptados con el fin expresado puede continuar con instrucciones como la de los Ayuntamientos de Murcia y Zaragoza de los años 2016 y 2017 respectivamente o la del Cabildo Insular de Tenerife en 2017, entre otras.

Generalitat en 2015²⁴ que, en sus términos fundamentales, abarcaría un ciclo de 8 años que acabaría en mayo de 2023. Estos acicates desembocaron en una serie de textos que buscaban trasladar a la práctica y a legislación autonómica la concepción de la CPSR que había acogido la LCSP. La tendencia, sin embargo, se detiene en 2024, una vez sustanciado el cambio de govern en 2023 y tras más de un lustro en el que una parte de la doctrina administrativista, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y algunos órganos consultivos han adoptado posiciones contrarias al contenido y el espíritu de la LCSP.

A continuación, se proporciona el recorrido elemental de la intervención tanto ejecutiva como legislativa que tuvo lugar desde 2015, cuando se adopta el primer instrumento de CPSR, hasta su colofón en 2024:

- Acuerdo, de 27 de marzo de 2015, del Consell, por el que se establecen directrices para la aplicación de cláusulas de carácter social en la contratación de la Administración de la Generalitat y su sector público, así como en materia de subvenciones de la Administración de la Generalitat
- Acuerdo, de 4 de agosto de 2016, del Consell, por el que se aprueba la Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público.
- Acuerdo, de 9 de marzo de 2018, del Consell, de aprobación de la II Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación de la Generalitat y su sector público.
- Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat, para el fomento de la responsabilidad social.
- Decreto 118/2022, de 5 de agosto, del Consell, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones.
- Decreto Ley 7/2024, de 9 de julio, del Consell, de simplificación administrativa de la Generalitat.

4.1. La fase de impulso de la CPSR

En un primer momento, las medidas adoptadas desde el Govern de la Generalitat Valenciana antes del cambio de gobierno que acontecería a mediados de 2015, no afectan al texto de la ley, sino que se opta por aprobar un conjunto de directrices desde el mismo Consell. El *Acuerdo de 2015* que contenía tales directrices no planteaba una guía práctica para asesorar o instruir a los órganos de contratación, sino que señalaba cuáles habían de ser las medidas en materia de CPSR que debían implementar las AAPP de la Comunitat. El contenido de las directrices, aunque no es tan extenso e intenso como las guías y el decreto posteriores, establecía una serie de obligaciones por fases de la contratación. En resumen: regula las condiciones de la reserva de contratos, concretando aspectos que la legislación contempla en términos generales; los criterios de solvencia técnicas, transcribiendo la práctica literalidad de la ley; los criterios de adjudicación, que, al acoger una interpretación muy restrictiva

²⁴ En 2015 el Partido Popular deja el gobierno tras perder el apoyo de la mayoría parlamentaria y pasan a formar gobierno tres fuerzas políticas del espectro político de la izquierda (PSOE, Compromís y Podem) por primera vez en más de dos décadas. Esta mayoría, con ciertos cambios, se reeditaría en el 2019, aunque, en esta ocasión, entraría en el govern, además, Esquerra Unida, tras formar coalición electoral con Podem. Estas mayorías de gobierno tuvieron lugar durante dos legislaturas, desde 2015 hasta 2023.

sobre la relación de las cláusulas sociales con el objeto del contrato, niega prácticamente la implementación de criterios sociales; y las condiciones de ejecución, que constituyen el apartado más ambicioso, y en el que se citan de forma algo más extensa que en la ley las finalidades de inclusión laboral de colectivos con especial dificultad en el acceso al mercado de trabajo²⁵, medidas de igualdad de género y, más tímidamente, sellos, etiquetas o certificados de comercio justo.

El siguiente paso desde el Govern son las sucesivas *guías prácticas*. Tanto las directrices como las guías de contratación siguen la senda de una práctica administrativa extendida en España. Multitud de AAPP, en distintos niveles territoriales, han venido adoptando guías de CPSR para asesorar y acompañar a sus órganos de contratación en el diseño y la implementación de cláusulas sociales. Esta fue la línea seguida también por la Comunitat Valenciana. La primera guía (2016) traslada las posiciones de las directivas de 2014, mientras que la segunda de las guías (2018) se aprueba con motivo de la aprobación y entrada en vigor de la LCSP en 2017. En síntesis, las guías proporcionan a los poderes públicos contratantes (y a la ciudadanía) los fundamentos jurídicos y políticos de las cláusulas sociales, así como consejos prácticos y ejemplos de cláusulas por cada una de las fases del proceso de contratación. La concepción de la CPSR que acogen las guías está basada en las comunicaciones de la Comisión Europea, en otras guías autonómicas y en las directivas europeas que, ya desde 2014, abrían todas las fases de la contratación a los criterios sociales y conceptualizaba la vinculación con el objeto del contrato desde una perspectiva indirecta y amplia. No obstante, todavía se adivina en ella alguna brizna interpretativa que da crédito a posiciones restrictivas como la que reza la conveniente inserción de los fines sociales en el objeto del contrato para que las cláusulas sociales sean válidas; una doctrina que, una vez más, he de afirmar sin ningún género de dudas que está completamente equivocada y, en el mejor de los casos, desfasada²⁶. Esto deja entrever una falta de sistematicidad y una influencia de sectores administrativos y doctrinales que se resisten a aplicar tanto las directivas como la ley, independientemente del motivo por el que así lo defiendan.

La primera vuelta de tuerca legislativa valenciana tuvo lugar con la Ley 18/2018, de 13 de julio. Este texto no se dirigía exclusivamente a la CPSR, sino que aglutinaba

²⁵ La directriz octava cita una serie de grupos o colectivos en el marco de las condiciones de ejecución: "La empresa adjudicataria deberá emplear en la plantilla que ejecute el contrato, al menos, a un 10 % de personas comprendidas en los colectivos con dificultades de acceso al mercado laboral, tales como personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, jóvenes desempleados de entre 16 y 30 años, inmigrantes, mujeres, minorías étnicas, mujeres víctimas de violencia de género, personas desempleadas mayores de 45 años, jóvenes con menos de 25 años y más de 18 que hayan estado sujetos en la Comunitat Valenciana, en los dos años anteriores a la presentación de la oferta, al sistema de protección y al sistema judicial de reforma, personas en situación o riesgo de exclusión social, así como las reguladas en la normativa vigente en materia de inserción laboral."

²⁶ Así lo reconocía la II Guía en la página 27 cuando al tratar los criterios de adjudicación señala: "Como hemos visto al tratar del objeto del contrato, este incluye todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización. Por ello, es posible introducir criterios de valoración de carácter social, en todo caso cuando el objeto del contrato exprese estos aspectos de forma literal, y también cuando estén relacionados con cualquier aspecto de la producción, prestación o comercialización, con el límite expreso de que no se refieren a la política general de la empresa. Es lógico pensar que unas mejores condiciones laborales, personales, de formación del trabajador destinado a la prestación del servicio que se contrata, de criterios medioambientales en la producción del objeto del suministro redundan en una mayor calidad de la obra ejecutada, los servicios prestados y del suministro entregado".

también el fomento de la responsabilidad social de las empresas fuera del marco de los contratos del sector público. Las primeras líneas de su exposición de motivos se dirigen a afirmar que la responsabilidad social es “un sistema innovador de gestión de las empresas y organizaciones que se orienta a incrementar la competitividad de estas así como el fomento del desarrollo sostenible y la justicia social”. Ya en su art. 3, dedicado a exponer una miríada de definiciones de conceptos empleados a lo largo de la ley, se aborda su significado como:

“conjunto de compromisos voluntarios de diverso orden económico, social, ambiental y de buen gobierno adoptados por las empresas, las organizaciones e instituciones públicas y privadas, que constituyen un valor añadido al cumplimiento de la legislación aplicable y de los convenios colectivos, contribuyendo a la vez al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible”.

En su Título II, titulado *La responsabilidad social en las administraciones públicas*, prescribe llevar a cabo políticas y acciones socialmente responsables y, en su art. 12, usar la contratación pública como instrumento estratégico para incorporar en los pliegos de contratación criterios sociales en el marco de la normativa básica estatal en materia de contratos públicos. Es el artículo 13 el que concreta, en cierto modo, las cláusulas que habrían de incorporarse. No obstante, por lo general, no son más que una traslación del contenido de la normativa estatal. De cualquier modo, se trata de un instrumento normativo que acoge, definitivamente, el espíritu de la CPSR que desarrolla la tan ambiciosa LCSP.

Ahora bien, respecto de la citada Ley 18/2018 cabe hacer dos apuntes sobre su objeto. El primero es que funde en el mismo objeto legal la responsabilidad social empresarial (RSE) y la responsabilidad social de las entidades del sector público. Esta confusión de fenómenos mezcla ontologías distintas, ya que la RSE no se presupone a todas las entidades privadas, pero sí se espera, en términos jurídicos, que los poderes públicos y sus entidades obren conforme al interés general (pues es su sino constitucional) y, por tanto, de conformidad con el acervo jurídico de los derechos sociales. La CPSR no sólo conjuga determinados aspectos de responsabilidad social de las conductas empresariales, sino que dirige sus exigencias o sus fines, sobre todo, a las entidades del sector público. En consecuencia, aunque no es totalmente desacertado tratar conjuntamente en una ley el fomento de la RSE y la CPSR, puede dar lugar a una confusión conceptual que cabe aclarar.

Ya entrados en la segunda legislatura del Govern se aprueba el *Decreto 118/2022, de 5 de agosto*, con el que se trata de potenciar la CPSR en las AAPP del territorio de la Comunitat Valenciana. En este texto se aglutinan tanto criterios sociales, en el sentido que he expuesto en el punto 1, como los criterios medioambientales; sigue así la línea de la Ley 18/2018. El Decreto 118/2022, de 5 de agosto, se caracteriza positivamente por señalar específicamente obligaciones de los órganos de contratación, orientar el contenido de las posibles cláusulas a incorporar presentando un catálogo básico (desarrolladas en los anexos), establecer horquillas de ponderación de los criterios de

adjudicación²⁷ y prever mecanismos de control del cumplimiento de los compromisos y obligaciones. Sin duda, puede decirse que este decreto es un avance en el impulso ejecutivo de la CPSR, aunque puede llamarse la atención de algunas deficiencias.

En primer lugar, el decreto podría regular más procelosamente el procedimiento de control del cumplimiento de las cláusulas sociales señalando los requisitos del informe semestral al que alude. En segundo lugar, respecto de los compromisos de contratación indefinida, no se tienen en cuenta, en modo alguno, la diferencia entre contratos temporales (formativos, sustitución, por circunstancias productivas, etc.). Es decir, no se toman en consideración las diferentes causas de temporalidad. En tercer y último lugar, puede citarse el criterio de adjudicación consistentes en un compromiso empresarial de contratar, en caso de nuevas incorporaciones y cobertura de bajas, con personas de colectivos tales como minorías étnicas, especialmente población gitana, o entre personas trans (Anexo I, I, I, i). La dificultad operativa y aplicativa de esta medida no es, sin embargo, abordada correctamente en el decreto. Sin embargo, conscientes de los peligros que entraña el manejo de datos personales, el Decreto establece dos advertencias en aquellos supuestos en los que la obtención de tales datos suponga efectivamente un riesgo de discriminación. Por un lado, se advierte de que “la entidad adjudicataria no podrá, en ningún caso, recabar esta información directamente de las personas interesadas que pertenezcan a los colectivos vulnerables”. Por otro lado, cuando se den esos supuestos de potencial discriminación, el decreto señala que deberá priorizarse la acreditación mediante documentos “que justifiquen la participación en programas, planes u otros instrumentos públicos contra la discriminación en dichos ámbitos” o, alternativamente, que prueben “que en la entidad se han implementado programas de formación y sensibilización o se han establecido protocolos propios para evitar situaciones discriminatorias”. Con todo, no dejan de suscitarse problemas que no han sido, a mi juicio, debidamente afrontados ni en el ágora de debate político, ni en el Derecho. Y es que, tales medidas entrañan un problema de conceptualización: cómo se determina la etnia de una persona para que sea subsumido su caso en una categoría jurídica (por ejemplo, persona de etnia gitana). Por otro lado, existen inconvenientes cuando las personas hayan de hacer pública, para poder acceder a determinados derechos o posiciones, su condición personal o, en línea con esto, la situación a la que se enfrentarían si otra persona decide impugnar el derecho de estas personas y han de verse obligadas a concurrir a procesos administrativos o jurisdiccionales²⁸.

Es cierto que otros ámbitos de las cláusulas de compromisos de contratación recogidas en el decreto, siguiendo la senda de la ley, están dotadas de mayor seguridad jurídica. A modo de ejemplo, el compromiso de emplear en la plantilla que ejecutará el contrato (en los casos de nuevas contrataciones, así como para cobertura de bajas y sustituciones) a mujeres cuando estén infrarrepresentadas y a mujeres víctimas de la violencia de género²⁹. La posibilidad de verificar el elemento subjetivo

²⁷ Este último aspecto, no obstante, fue derogado posteriormente. La regla general que se recogía es que los criterios sociales debían tener asignada una ponderación entre el 30% y el 45% sobre el total del baremo. Al mismo tiempo se señalaba que, excepcionalmente, en los casos en los que sólo se contemplase un criterio social, la ponderación estaría en la horquilla del 20% al 30%.

²⁸ Sobre las problemáticas y las potencialidades de las acciones positivas de acceso al empleo, véase Sánchez Ocaña (2023).

²⁹ Se transcriben dos modelos de cláusulas: “a) En aquellos sectores con menor proporción de ocupación femenina, el compromiso de emplear en la plantilla que ejecutará el contrato, y en los casos de nuevas

es menos problemática, aunque también se generan dificultades para el derecho a la intimidad respecto de las mujeres víctimas de violencia de género. De cualquier modo, el compromiso de contratación de mujeres en actividades en las que están infrarrepresentadas es una cláusula cuya validez, aunque un sector de la doctrina se opone por considerar que es contraria a la igualdad de trato, está más que validada por la Constitución y la ley, incluso antes de la aprobación de las directivas de cuarta generación (Valcárcel Fernández 2013)³⁰.

Finalmente, dejo para un tratamiento aparte la reserva de contratos que señala la Disposición Adicional 5ª del mismo Decreto 118/2022, del Consell. En ella, y dentro del margen de competencias establecido por la LCSP, se señala que el Consell ha de establecer un porcentaje de reserva para el sector público de la Generalitat. En ausencia de tal previsión se aplicaría una proporción del 7% aplicada conforme al régimen jurídico que establece la DA 4ª LCSP. Hasta el momento, no obstante, sólo se tenía por vigente el Acuerdo de Consell de 2015³¹ que establecía las directrices de cláusulas sociales y que marcaba un porcentaje del 3%, pero este fue derogado por el decreto en cuestión. Sin embargo, en este punto el reto es, de un lado, garantizar el cumplimiento de la reserva que, por regla general, es marcadamente deficiente a la vista de los datos de la Oirescon³². De otro lado, contar con entidades de inserción fiables, solventes y que garanticen efectivamente la inserción de sus trabajadores, a futuro, en el mercado de trabajo ordinario.

4.2. La fase de paralización normativa

La historia de la CPSR en España está influida, en buena medida, por las resoluciones e informes de los órganos de recursos contractuales y de consulta que han venido revelando una oposición e, incluso, confrontación hacia el articulado de la LCSP y los fundamentos axiológicos de la misma (Sánchez Ocaña 2025)³³. Con anterioridad a las Directivas de 2014 podía tener algún fundamento jurídico la oposición más o menos general a la validez de las cláusulas sociales, por ejemplo, en materia laboral en el marco de criterios como los de valoración de ofertas. Sin embargo, como se ha expuesto, no sólo las directivas, sino, además, la LCSP, han supuesto un revulsivo general para las cláusulas sociales.

contrataciones, bajas y sustituciones, mayor proporción de mujeres que el porcentaje de mujeres ocupadas en la rama de actividad del sector correspondiente, publicado en la encuesta de población activa del Instituto Nacional de Estadística, en los resultados anuales para España del último año disponible. b) En aquellos sectores de actividad notoriamente feminizados, el compromiso de emplear en la plantilla que ejecutará el contrato a un número de mujeres en puestos de responsabilidad superior al X% de los mismos".

³⁰ Valcárcel Fernández (2013) ya proponía como válidos los criterios de adjudicación consistentes en el compromiso de las empresas de emplear para la ejecución del contrato a mujeres en determinada proporción o ampliar el contenido de los planes de igualdad.

³¹ Se establecía en él una proporción del 3%, en cómputo anual, del número de contratos del año precedentes en el conjunto de entidades vinculadas a la GVA.

³² Respecto del grado de cumplimiento efectivo de la reserva, dejando a un lado el grado de cumplimiento de las EELL por una cuestión metodológica, la Oirescon cuantificó que en el año 2022, en el ámbito de la AGE, es del 0,95 % respecto del total al que está obligada por ley. En el plano autonómico, el cumplimiento se situaba en términos generales por debajo del 5 % de cumplimiento con algunas excepciones (Cataluña, el 92,23 %; Aragón, 59,92 %; País Vasco, 23,35 %; Galicia, 19,38 %; y Cantabria, 6,34 %). Incluso, seis CCAA presentan un grado de cumplimiento por debajo del 1 % (Madrid, 0 %; Extremadura, 0 %; Murcia, 0 %; La Rioja, 0 %; Castilla y León, 0,92 %; y Comunidad Valenciana, 0 %).

³³ Véase la obra citada para un análisis profundo de las resoluciones de los órganos de recursos contractuales y los informes de los órganos consultivos.

Llama la atención, por tanto, que buena parte del cuerpo argumental de órganos como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) o la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCP), y otros órganos homólogos en el ámbito de las CCAA, se haya mantenido prácticamente incólume a pesar de los diferentes hitos normativos. El TACRC ha sido el epicentro de la doctrina administrativa contraria a la concepción que la legislación acoge de la CPSR. En su resolución 235/2019, de 8 de marzo, se sintetiza la doctrina³⁴ seguida, desde entonces, por el propio tribunal³⁵ y por otros órganos como la JCCP del Estado o, en el ámbito jurisdiccional, por el TSJ de la Comunidad de Madrid.

Con ello no quiere decirse que, en modo alguno, los argumentos que puedan dar en algunas resoluciones no puedan ser oportunos o adecuados, sino que se constata que en la última década ha habido un aluvión de resoluciones con una doctrina general de oposición, cuando menos incorrectamente fundada, al contenido explícito del Derecho positivo. Y esto sirve para conocer el contexto institucional en el que se desarrolla la labor normativa de las CCAA.

En este contexto, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunitat Valenciana emitió el Dictamen 1/2024, de 29 de febrero, en el que recomendada la modificación del Decreto 118/2022 en orden a eliminar, de un lado, la obligación de incorporar criterios de adjudicación de responsabilidad social; discutible teniendo en cuenta que es, en cierto sentido, una obligación que emana de la propia ley estatal que el propio dictamen dice que contraviene el citado Decreto. De otro lado, la Junta propone eliminar las horquillas de ponderación del criterio social que establece el Decreto 118/2022, con el fin de que sea directamente el órgano el que decida tal extremo. Este extremo resulta, si cabe, más discutible en términos de la seguridad jurídica que se pretende defender. Y es que, aunque siempre son razonablemente discutibles las ponderaciones que puedan señalar la ley, es precisamente el sistema de horquillas el que dota de certeza, previsibilidad y seguridad jurídica a la norma. Cuestión distinta es que las horquillas puedan resultar demasiado estrictas o no contemplen excepciones, pero determinar que sean los órganos de contratación los que determinen libremente las ponderaciones es caminar en dirección opuesta al camino que debe transitar una norma de carácter general. Sea como fuere, el Consell propuso tal modificación que consolidaron en un Decreto-ley convalidado por la Ley 6/2024, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de simplificación administrativa. La modificación alteró cinco preceptos. El artículo 1 del Decreto se modificaba de tal modo que se empleaba la fórmula siguiente: Podrán incorporarse finalidades de contratación socialmente responsable [...] Estas consideraciones [...] habrán de estar

³⁴ En resumen, el TACRC se opone al concepto general de la CPSR porque las cláusulas sociales... 1. Son un "imposición" de condiciones mínimas superior a la que señala la ley o el convenio colectivo de eficacia general. 2. Contrarían el principio de oferta económicamente más ventajosa y la selección de la oferta con mejor relación calidad-precio; aunque, ciertamente, son lo mismo. 3. Vulneran el requisito de la vinculación con el objeto del contrato entendida de forma directa; al considerar que es la relación que se exige para los criterios de adjudicación. 4. Las condiciones laborales están delimitadas o limitadas por las condiciones básicas que, según la Directiva 96/71/CE, deben aplicarse a los trabajadores desplazados. 5. Discriminan a las empresas que no pueden pagar mejores condiciones laborales y que cumplen con la normativa laboral. 6. Son una injerencia injustificada en la libertad de empresa.

³⁵ Véanse, por ejemplo, en el mismo sentido, las RRTACRC 355/2017, de 21 de abril; 234/2019 de 8 de marzo; 344/2019, de 29 de marzo; 388/2019, de 17 de abril; 897/2019, de 31 de julio; 907/2020, de 26 de agosto; 858/2020, de 31 de julio; 471/2020, de 26 de marzo; 1672/2023, de 28 de diciembre,

realmente vinculadas al suministro, servicio u obra que conforma el objeto del contrato”. Esta modificación deja ver lo errado de las interpretaciones que, incluso desde juntas de contratación y tribunales administrativos, son contrarias a la literalidad de las directivas europeas y de la ley estatal de contratos del sector público.

Tanto la mera lectura superficial, como los análisis profundos llevan a la indefectible conclusión de que la vinculación con el objeto del contrato de las cláusulas sociales no significa aquello que buena parte de los operadores jurídicos administrativos creen que significa. No significa una integración de la cláusula en el objeto del contrato, sino, una vinculación directa o indirecta de aquella con los factores que intervienen en la prestación y cuyos efectos de acotan a la duración del contrato. Sin embargo, una suerte de sinergia entre la disonancia cognitiva, la tradición y la aversión al cambio ha llevado a seguir incidiendo en un error que, no por repetido, deja de ser muy grave.

Finalmente, en el nivel legislativo, la *Ley 18/2018, de 13 de julio, para el fomento de la responsabilidad social* también sido objeto de modificaciones. En el artículo 13, relativo a las materias sobre las que se han de incorporar cláusulas sociales, se modifica la letra i) que rezaba lo que sigue: “Incluirán el compromiso de establecer un salario/hora en los trabajadores y trabajadoras superior al establecido en el convenio colectivo sectorial y territorial por la ejecución del contrato”. Esta alusión a la mejora salarial respecto del convenio sectorial se matiza, por medio de la Ley 7/2023, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, añadiendo que la inclusión de dicho compromiso se realizará “siempre que en el expediente se justifique tanto la oportunidad de incluir ese compromiso como su compatibilidad con los principios de libre competencia, vinculación con el objeto del contrato, proporcionalidad, no discriminación y libre prestación de servicios”. Resulta llamativo que, respecto de los criterios sociales siempre se deba advertir de los principios generales que rigen el Derecho de contratos, habida cuenta de que no se realiza tal advertencia con otros requerimientos y de que tal apercibimiento es de todo punto innecesario. Con todo y con eso, no es menos cierto que la alteración de dicha norma no ha ido en el sentido de “eliminar” el apartado, otra de las razones por las que, en términos estrictamente legales y reglamentarios, no hay un evidente retroceso en materia de CPSR. Cuestión distinta es que, por un lado, exista una paralización en la producción normativa en dicha materia y, por otro lado, pueda darse un retroceso en términos de práctica administrativa; asunto este último que no es abordado en este artículo.

5. Conclusiones

La cuarta generación de directivas europeas y, en mayor medida, la LCSP y algunas normativas autonómicas como la valenciana, suponen la validación y legitimación jurídico-política de la CPSR. Sin embargo, sobre todo a raíz del cambio hacia la derecha política en la composición representativa de las instituciones públicas autonómicas y locales de los ciclos electorales de 2023 en adelante, se aprecia cierta paralización del desarrollo normativo, como ha ocurrido en la Comunitat Valenciana. Con todo, ese evento no es, por sí solo, explicativo de la situación actual de la normativa valenciana en materia de cláusulas sociales.

Muchos de los escollos con los que se ha encontrado la puesta en práctica de la CPSR son consustanciales a su carácter innovador, ya que se trata de un fenómeno que se encuentra en fases relativamente embrionarias. Entre estos obstáculos hay algunos de corte más técnico, entre los que destacan las complejidades en el encaje de instituciones de diversas ramas del ordenamiento en el quehacer del Derecho administrativo, la falta de coordinación y cooperación institucional *ad hoc* en esta materia o las carencias en formación específica sociolaboral de los profesionales que han de enfrentarse a los procesos contractuales.

Además de estos aspectos jurídico-técnicos, hay otros obstáculos para la implementación de la CPSR que han sido mucho más trascendentes que los ya citados para comprender las razones de la paralización normativa y las dificultades administrativas: me refiero al plano sociológico y político. La CPSR ha encontrado firmes opositores que impiden o, cuando menos, dificultan su aplicación, desarrollo y perfeccionamiento. Las anteriormente citadas dificultades sociales, institucionales y políticas inherentes a cualquier instrumento jurídico innovador se han utilizado de excusa por múltiples actores para desobedecer la LCSP y otras normas autonómicas.

Es necesario, por tanto, un cambio en la doctrina administrativa y judicial para cumplir con el contenido de la normativa vigente. Los órganos administrativos y jurisdiccionales deben atender al contenido normativo que deriva de las directivas de cuarta generación, la ley estatal que las transpone y las normas autonómicas. Esto no obsta para que considere imprescindible una modificación normativa que clarifique el alcance de las potestades de los órganos de contratación en este aspecto, ya que solo de este modo puede reducirse la litigiosidad, aumentar la seguridad jurídica y, sobre todo, ahondar en una contratación pública plenamente funcional a las políticas públicas.

Referencias

COM. *Libro Verde de la Comisión “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”*, 1996.

COM. *Comunicación de la Comisión Europea «Agenda de Política Social»*, 2000.

COM. *Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*. 2001.

COM. *Comunicación interpretativa de la Comisión Europea «La legislación europea de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos»*, 2001.

LESMES ZABALEGUI, Santiago. Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral. *Lan harremanak*, 2005, núm. 13, pp. 53-86.

LESMES ZABALEGUI, Santiago. *Guía de contratación pública sostenible. Incorporación de criterios sociales*. 2006.

MARTÍNEZ FONS, D. Las restricciones a las cláusulas sociales en la contratación pública impuestas por la libre prestación de servicios. Comentario a la STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/13. *Iuslabor*, 2014, núm. 3.

MIRANDA BOTO, José María. Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. *Lex social*, 2017, vol. 6, núm. 2, pp. 69-91.

OIRESCON, Informe especial de supervisión relativo a la contratación estratégica en 2022, 2023.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. Cláusulas sociales y contratación pública. *Diario La Ley*, 2016, 8766, núm. 2.

SÁNCHEZ OCAÑA, José Miguel. *La acción positiva interseccional: acceso al empleo público y cláusulas sociolaborales en la contratación pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

SÁNCHEZ OCAÑA, José Miguel. *La Contratación Pública Socialmente Responsable: una estrategia hacia el trabajo decente*. Tirant lo Blanch, 2025.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. Promoción de la igualdad de género a través de la Contratación Pública. En: J. L. Meilán Gil (Ed.), *Contratación Pública Estratégica* (pp. 329-368). Aranzadi, 2013.