



LA POSIBLE INCLUSIÓN DE CRITERIOS DE PAZ Y DE DERECHOS HUMANOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Margarida Camós y Maria Teresa Vadri



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
**Oficina de Promoció de la Pau
i dels Drets Humans**

BIBLIOTECA DE CATALUÑA. DATOS CIP

Camós i Ramió, Margarida

La Posible inclusión de criterios de paz y de derechos humanos en la contratación pública. – (Materiales de paz y derechos humanos ; 19)

Referències bibliogràfiques

I. Vadri i Fortuny, M. Teresa II. Catalunya. Oficina de Promoció de la Pau i dels Drets Humans III. Títol IV. Col·lecció: Materials de pau i drets humans. Castellà ; 19
1. Contractes administratius – Aspectes socials – Catalunya 2. Drets humans – Política governamental – Catalunya 3. Pau – Política governamental – Catalunya
347.44(467.1):316

Materiales de Paz y Derechos Humanos, 19

Barcelona, noviembre de 2010

© Autores: Autoras: Margarida Camós y Maria Teresa Vadri, profesoras de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UB

© Edición:

Generalitat de Catalunya

Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación

Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos

Avda. Diagonal 409, 08008 Barcelona

Tel: 935526000

oficinapauddhh@gencat.cat

www.gencat.cat/dirip

Coordinación de Materiales de Paz y Derechos Humanos: Eulàlia Mesalles

Maquetación e impresión: El Tinter (Empresa certificada ISO 9001, ISO 14001 y EMAS)

Impreso en papel ecológico y 100% reciclado.



Depósito Legal: B-45080-2010



Esta obra está sujeta a licencia *Creative Commons de Reconocimiento – No comercial - Sin obra derivada 2.5. España*

Consulte la licencia a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

Se puede copiar, distribuir, comunicar públicamente, traducir y modificar esta obra siempre y cuando que no se haga un uso comercial y se reconozca la autoría con la citación siguiente:

CAMÓS, M y VADRÍ, MT. *La posible inclusión de criterios de paz y de derechos humanos en la contratación pública*. Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2010. (Materiales de Paz y Derechos Humanos; 19)

Las opiniones expresadas en esta publicación no representan necesariamente las de la Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos.

La Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos es la estructura de la Generalitat de Catalunya que tiene como misión principal desarrollar políticas públicas de fomento de la paz y de promoción de los derechos humanos.

La colección «Materiales de Paz y Derechos Humanos» recopila documentos de trabajo con el objetivo de proporcionar una visión nueva y original de ambos ámbitos, a través de la edición de investigaciones elaboradas por centros especializados y personas expertas.



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
**Oficina de Promoció de la Pau
i dels Drets Humans**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
1. LAS CONSIDERACIONES SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU HISTÓRICA TENSIÓN CON LA NORMATIVA LEGAL	8
2. EL MARCO LEGAL COMUNITARIO	10
2.A. Las consideraciones sociales según la comunicación interpretativa de la comisión como (2001) 566 final	10
2.B. Las consideraciones sociales en la Directiva europea 2004/18/CE: incorporación de los contenidos de la Comunicación interpretativa COM (2001) 566 final	12
3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	13
3.A. Antecedentes: Las consideraciones sociales en Ley de Contratos de las Administraciones Públicas	13
3.B. Las consideraciones sociales en la actual Ley de Contratos del Sector Público	13
4. LOS CRITERIOS DE PAZ Y DE DERECHOS HUMANOS COMO CONTENIDO DE LAS CONSIDERACIONES SOCIALES. SU INCLUSIÓN EN LAS DIFERENTES FASES CONTRACTUALES	17
4.A. El contenido de las consideraciones sociales	17
4.B. Las políticas de paz y derechos humanos en el Estatuto de Cataluña de 2006 y en la Ley 21/2003 de fomento de la paz	18
4.C. Posible incorporación de criterios de paz y derechos humanos en los diferentes momentos o fases de los contratos	21
a) En la definición del objeto del contrato y las especificaciones técnicas	21
b) En la selección de candidatos	22
c) En la valoración de las ofertas y adjudicación del contrato	22
d) Criterios adicionales y reservas de contratos	22
e) En la ejecución del contrato	23
4.D. Las posibilidades que ofrecen los contratos no sujetos a regulación armonizada	24

INTRODUCCIÓN

Este trabajo, encargado por la Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación de la Generalitat de Cataluña, tiene por objeto estudiar las posibilidades legales de introducir criterios de paz y de derechos humanos en la contratación pública.

Como marco general en que se ha de ubicar el estudio, debemos señalar que en los últimos años se ha ido consolidando la idea de que la compra pública, debido a su significación económica (en España se sitúa en torno al 13 por ciento del PIB),¹ puede ser utilizada como un medio eficaz que coadyuve a la realización de determinadas políticas públicas. Desde esta perspectiva, los contratos del sector público se contemplan como instrumentos de intervención de primer orden, con un importante potencial para contribuir a la consecución de finalidad de interés público, más allá de la satisfacción de las concretas necesidades que se persiguen con cada contrato.²

Esta es la idea que hay detrás de la labor que, desde hace tiempo, llevan a cabo determinados movimientos y organizaciones no gubernamentales como *Campaña Ropa Limpia*, *Red Compra reciclado*, *Compra Pública Ética*, y otros similares, que operan tanto en Cataluña como a nivel estatal e internacional. Idea que, finalmente y no sin dificultades, se ha ido abriendo paso y ha sido recogida también a nivel institucional, dando lugar a nuevos enfoques que incluyen en la contratación pública consideraciones de índole diversa, conectadas con las diversas finalidades propias de las administraciones públicas, haciendo hincapié, sobre todo, en los objetivos de las políticas sociales y medioambientales.

Hasta la fecha, no existe (o al menos no tenemos conocimiento de su existencia) ninguna norma, dictamen, comunicación o documento oficial que se refiera explícitamente a la posibilidad de incluir criterios de paz y de derechos humanos en aquellas consideraciones, lo que contrasta con la abundante documentación existente sobre la posibilidad de tener en cuenta las denominadas *consideraciones sociales*. Pero esto no nos debe llevar a conclusiones precipitadas porque estamos ante un tema sobre el que hay muy poco rigor terminológico. Como destaca la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en uno de sus informes, no existe un concepto uniforme de cláusulas sociales, de manera que el término a veces se utiliza en un sentido preciso, referido a consideraciones tendentes a corregir situaciones de exclusión social, mientras que otras veces el término se utiliza, en palabras de la mencionada Junta,

«de forma muy genérica para hacer referencia, en términos generales, al hecho de que la inversión pública que acompaña a la contratación de las administraciones públicas tenga en cuenta o impulse, además del estricto cumplimiento del objeto contractual, otros objetivos beneficiosos para la sociedad».³

Nosotros, de entrada, utilizaremos el término en este sentido genérico y hablaremos de *consideraciones sociales* para referirnos, de forma global, a la inclusión en los contratos públicos de consideraciones diversas conectadas con objetivos de interés público de la administración contratante, distintos de los que se persiguen directamente y de forma principal como objeto del contrato. Partiendo de este planteamiento estructuramos el trabajo en cuatro apartados:

- a) En primer lugar, hacemos una breve reflexión sobre las dificultades con que ha topado históricamente la idea de incluir en los contratos consideraciones que van más allá del

1. Así consta en la memoria económica que acompañó el anteproyecto de ley de contratos del sector público. Véase, en el mismo sentido, el dictamen número 4/2006, de fecha 20 de febrero de 2006 del Consejo Económico y Social, sobre el anteproyecto de ley citado, <http://www.ces.es>

2. Véase, en este sentido, el informe del Consejo Económico y social citado. También, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, número 4/2001 de 23 de noviembre.

3. Véase el citado informe 4/2001 de 23 de noviembre, que versa precisamente sobre unas recomendaciones del Síndic de Greuges relativas a "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa".

estricto objeto contractual, y cómo, progresivamente, esta idea ha sido asumida tanto a nivel legal como a nivel doctrinal.

- b) Seguidamente, exponemos el marco legal comunitario en el que se ha de ubicar la posibilidad de incluir *consideraciones sociales* en la contratación pública, analizando, tanto los documentos interpretativos de la Comisión como, en particular, la Directiva 2004/18/CE, norma comunitaria cabecera en la materia que tratamos.
- c) En el tercer apartado, se estudia el tema de las consideraciones sociales a la luz del derecho interno, con una breve referencia a los antecedentes y el estudio detallado de su tratamiento en la actual Ley 30/2007 de Contratos del sector público.
- d) El último apartado se dedica a estudiar cuál puede ser el contenido concreto de las *consideraciones sociales* que se pueden incluir en la contratación pública, en particular, se analiza la posibilidad de incluir criterios de paz y derechos humanos, teniendo en cuenta los mandatos y exigencias de actuación que se derivan del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y de la Ley 21/20003 de fomento de la paz.

1. LAS CONSIDERACIONES SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU HISTÓRICA TENSIÓN CON LA NORMATIVA LEGAL.

Uno de los primeros aspectos que destacan en abordar el estudio del tema de las consideraciones sociales es, precisamente, la escasa presencia que, históricamente, han tenido este tipo de consideraciones en los contratos de las administraciones públicas y del sector público en general, lo que ha llevado algún autor a afirmar que este «es uno de los retos pendientes de nuestras administraciones, que suelen encontrar excusas en el marco legislativo impuesto por la Comisión Europea».⁴

Aunque compartimos la opinión de que este es un tema pendiente, creemos que la tensión entre el derecho comunitario y la posibilidad de inclusión de consideraciones sociales en la contratación, lejos de ser una excusa, ha sido una realidad que ha marcado la evolución de este tema a lo largo de los años. Además, ha sido un tema rodeado de una complejidad considerable, que ha hecho necesarios frecuentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia y alguna comunicación interpretativa de la Comisión. La situación, lógicamente, se ha reflejado a nivel interno ya que, como es sabido, desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, la normativa española sobre contratos públicos ha sido marcada de forma decisiva por las directivas europeas sobre la materia.⁵ Tanto a nivel estatal como autonómico, la posibilidad de incluir consideraciones sociales en los contratos ha originado no pocas consultas y dictámenes de las Juntas Consultivas de contratación.

Las dificultades arrancan del hecho que el marco normativo diseñado por la normativa comunitaria ha impuesto tradicionalmente dos únicos criterios para la adjudicación de los contratos: el precio más bajo y la oferta económicamente más ventajosa. Se trata, en todo caso, de la aplicación de criterios coherentes con el objetivo comunitario que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, consiste tanto en evitar que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales como

4. F.X. AGULLÓ GARCÍA, *La introducció de les clàusules socials a les compres, contractes i licitacions de les administracions públiques*. Blog: Responsable.com.

5. Véase en este sentido, J.M. BAÑO LEÓN, "La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de la administración pública" *Revista de Administración Pública*, 2000, núm. 151, pág. 111 y ss. También, J.A. MORENO MOLINA, *La influencia del derecho comunitario en el proyecto de Ley de Contratos del sector público*. Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, 2006, pág. 1-10.

«en evitar la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico».⁶

La tensión entre este principio, central en la legislación europea sobre contratación pública, y la posibilidad de incluir consideraciones sociales en los contratos es evidente.⁷

Las posturas doctrinales en relación a este tema tampoco han sido pacíficas. En contra de la conveniencia de incluir consideraciones sociales en los contratos públicos, la doctrina argumenta que este tipo de consideraciones son ajenas al interés público que se persigue con el contrato; incluso, se advierte que tener en cuenta criterios sociales podría llegar a ser contrario a la consecución del fin esencial del contrato, como por ejemplo la realización de una obra pública o la gestión de un servicio de la forma más eficaz y rentable. Esto no quita, según esta postura, que la administración tenga que realizar políticas públicas de carácter social, pero éstas deben ubicarse en ámbitos distintos al de las políticas de contratación y, ni a nivel legal ni a nivel de recursos presupuestarios, han de mezclarse unas y otras. Las posturas favorables a la posibilidad de incluir consideraciones sociales se fundamentan en la necesaria coordinación entre las diversas políticas públicas y, por tanto, en la necesidad de no tratar la contratación totalmente al margen de las políticas sociales. La importancia económica de la contratación pública hace que otras políticas, como las de igualdad, empleo, salud, seguridad laboral y otros invoquen el «protagonismo tractor» de las administraciones públicas y apelen a que las diversas acciones programadas tengan una traducción en la contratación, en forma de consideraciones vinculadas a las mencionadas políticas sociales.⁸

A nivel legal, el rigor literal del principio de la oferta más barata o de la económicamente más ventajosa se ha ido modulando sucesivamente en su aplicación, y a lo largo del tiempo ha habido una flexibilización de criterios jurisprudenciales que han acabado incorporando a las directivas, de tal manera que la legislación actualmente vigente permite (y a veces impone) que se tengan en cuenta en dichos contratos consideraciones sociales diversas, como veremos a lo largo de este trabajo. A nivel doctrinal, también parece haber una evolución similar, como lo demuestra la aparición, en los últimos años, de varios trabajos de autores que, desde diversas especialidades, se muestran partidarios de que en los procedimientos de contratación pública y en la ejecución de los contratos se tengan en cuenta consideraciones de tipo social.⁹

6. Véase COMUNICACIÓN INTERPRETATIVA DE LA COMISIÓN sobre «La legislación comunitaria de Contratos públicos y las Posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos Contratos», (Bruselas, 10.15.2001 COM (2001) 566 final) y Sentencias de 3.10.2000, asunto C-380/98 «Universidad de Cambridge», apartado 17, en la que el Tribunal hace referencia a las sentencias de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p.I-73, apartado 33, y de 10.11.1998, BFI Holding, asunto C-360/96, Rec.. p. I-6.821, apartados 42 y 43.

7. El rigor de los principios del derecho comunitario de contratación pública motivó, por ejemplo, que la Comisión Europea dirigiera una carta de emplazamiento contra un Decreto de Comunidad Autónoma de Madrid, a través del cual se pretendía trasladar a la contratación de la Comunidad Autónoma el «Acuerdo marco para apoyar la estabilidad y calidad del empleo», alcanzado de forma tripartita entre gobierno, sindicatos y patronales. El acuerdo marco preveía, entre otros extremos, tener en cuenta, en la adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros, consideraciones como la creación de empleo estable o la estabilidad de la plantilla, ya fuera como criterios de valoración de las ofertas o como criterios de preferencia. La Comisión, en aquellos momentos (año 1998) consideró que los criterios incorporados por la Comunidad Autónoma de Madrid no llevaban a la adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa, y recordaba que sólo ésta o la del precio más bajo eran admitidas por la normativa comunitaria como criterios de adjudicación de los contratos públicos. Sobre esta cuestión, véase F.X. AGULLÓ GARCÍA, cit.

8. Sobre este debate y las diversas posturas doctrinales que se han mantenido al respecto, puede verse S. BARNIZ TRILLO, «La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20/2002, pág. 238 y ss.

9. Véase, entre otros, C. SÁEZ LARA, «Las cláusulas sociales en los contratos del sector público», *Relaciones Laborales*, n.º 14, Sección doctrina, julio-agosto 2009, pág. 493 y ss.; E. Roman Vaca, «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho comunitario. El ejemplo sevillano.» *Revista de Derecho social* n.º 36 (2006), pág. 193 y ss.; T. PÉREZ DEL RÍO, M. ZAMBONINO PULIDO, «La acción positiva y sus instrumentos: La inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las administraciones públicas», *Revista de Derecho social*, n.º 43 (2008), H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, «Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas?» *Justicia Administrativa*; S. BARNIZ TRILLO, «La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de*

2. EL MARCO LEGAL COMUNITARIO

2.A. Las consideraciones sociales según la comunicación interpretativa de la comisión como (2001) 566 final

En la evolución del tema que tratamos ha sido de capital importancia la jurisprudencia interpretativa de la normativa comunitaria, dado que las directivas sobre contratación pública no han sido, en general, suficientemente claras para evitar controversias. Los criterios que a lo largo del tiempo ha ido asentando el Tribunal de Justicia han sido recogidos en la Comunicación interpretativa de la Comisión, de fecha 15.10.2001,¹⁰ documento de gran importancia con relación al tema que tratamos y que tiene hoy plena vigencia, por lo que pasaremos a analizar sus aspectos centrales.

Uno de los hilos conductores que contiene el citado documento interpretativo es la necesidad de tener en cuenta las diferentes fases y momentos del *iter* contractual, ya que no es de forma global e indiferenciada, sino con relación a cada una de dichas fases, que se debe establecer la posibilidad de tomar en consideración aspectos sociales. El documento interpretativo recorre los diferentes momentos por los que pasa la tramitación y ejecución de un contrato y establece la medida en que, en cada momento concreto, se pueden tener en cuenta consideraciones sociales.

Las posibilidades más destacables, expuestas sintéticamente, son las siguientes:

A. El primer momento en que la administración se puede plantear incluir consideraciones sociales en un contrato *es en el momento de definir su objeto y de establecer las especificaciones técnicas*. En este sentido, la Comisión entiende que los poderes adjudicadores tienen un amplio margen de libertad para definir los productos o servicios que quieren adquirir y pueden optar, mediante variantes de los mismos, por bienes servicios u obras que se ajusten a sus preocupaciones sociales, siempre que esta opción no limite el acceso al contrato en detrimento de licitadores de otros Estados miembros.

Igualmente, los poderes adjudicadores pueden imponer especificaciones técnicas que definan con mayor precisión el objeto de la prestación, siempre que éstas atiendan a las indicaciones que figuren en las directivas y no tengan por efecto eliminar o aventajar un licitador (pueden incluir, según ejemplos propuestos por la Comisión, requisitos relativos a la seguridad de los productos, protección de la salud, acceso por parte de personas discapacitadas como la compra de material informático que permita el acceso a personas invidentes, y otros requisitos similares). Se admite que si el contrato requiriera aptitudes específicas en materia social, sería lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y unos conocimientos técnicos precisos para demostrar la solvencia de los candidatos. Se excluye, en cambio, la posibilidad de imponer un requisito que no tenga relación con el producto o prestación, como por ejemplo, que la empresa licitadora se gestione de una determinada manera.

B. La Comisión se refiere también a las posibilidades, de acuerdo con las directivas, de tener en cuenta consideraciones sociales en el momento de la *selección de candidatos*. En este sentido, la comunicación interpretativa se refiere a la exclusión de la licitación de los candidatos o aspirantes que no cumplan determinados requisitos de carácter social; por ejemplo, la prohibición de contratar relativa a quienes hayan sido condenados por determinados delitos contra los trabajadores o, incluso por determinadas faltas administrativas. Las directivas establecen un listado exhaustivo de causas de exclusión, que, en todo caso, están sujetos a una interpretación

Administración Pública, 20/2002, pág. 238 y ss.; J.A. PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, "Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público, en: Zerbitzuan: gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales, N.º. 40, 2006, págs.21-30.

10. Comunicación interpretativa de la Comisión, de fecha 15/10/2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos. COM (2001) 566 final.

estricta. En algunos casos, son facultativas para los estados, que las pueden o no incorporar a su legislación y, en todo caso, la norma estatal juega un papel esencial en esta cuestión, porque corresponde a los estados la facultad de tipificar las faltas administrativas graves, y en su caso, los delitos que la norma comunitaria prevé como causas de exclusión. En definitiva, lo que interesa destacar es la previsión de la norma comunitaria de que, ya en este momento inicial, se excluyan de la posibilidad de contratar determinados candidatos por causas relacionadas con consideraciones de carácter social.

C. En relación con *la adjudicación del contrato*, el documento interpretativo de la Comisión insiste en diferenciarla de la selección de los candidatos, destacando que se trata de dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, y hace hincapié en que, en el momento de la adjudicación las directivas permiten aplicar, exclusivamente, dos fórmulas: la del precio más bajo o la de la oferta económicamente más ventajosa.

Si se aplica la última fórmula, las directivas enumeran, a título de ejemplo, una serie de criterios en los que los poderes adjudicadores pueden basarse para determinar cuál es la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico y, en general, imponen dos principios que deben aplicarse necesariamente para determinarla: el principio de no discriminación y el principio de que los criterios utilizados han de suponer una ventaja económica por el poder adjudicador.

Además, cualquier criterio que se utilice para la valoración de las ofertas y, en consecuencia, para la adjudicación del contrato ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio. En consecuencia, los criterios de valoración deben estar necesariamente vinculados al objeto del contrato; se admiten, por ejemplo (reiteramos que la enumeración de las directivas es a título de ejemplo) criterios tendentes a evaluar la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas; en cambio, en general no admiten, en esta fase de la adjudicación, exigencias relativas a que los licitadores tengan contratados determinada categoría de trabajadores, apliquen un programa de igualdad de oportunidades, o se gestionen de forma cooperativa.

D. La comunicación interpretativa hace referencia al concepto de *criterios adicionales* que no figuraba tradicionalmente a las directivas, pero que ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia Europeo y constituye, de alguna manera, una excepción o matiz al principio general de que, en la fase de adjudicación del contrato, no se pueden tener en cuenta criterios distintos al del precio más bajo o la propuesta económicamente más ventajosa.

Formulado en el asunto Beentjes y en el asunto C-225/98, de la Comisión contra la República francesa, el argumento de los criterios adicionales consiste en síntesis en lo siguiente: los poderes adjudicadores, al adjudicar un contrato, pueden tener en cuenta una consideración basada en la lucha contra el paro (éste era el caso concreto en los dos asuntos mencionados, pero el criterio podría aplicarse, según el documento interpretativo de la Comisión, a otras consideraciones de carácter social) siempre que se atienda a todos los principios fundamentales del derecho comunitario y que se dé la situación que los poderes adjudicadores tengan que resolver entre dos o más ofertas económicamente equivalentes. Se trata de una consideración que se tiene en cuenta como criterio accesorio, no determinante de la adjudicación, aplicable una vez que las ofertas se han comparado desde el punto de vista estrictamente económico.

Los criterios adicionales a los que se refiere la norma comunitaria son, en definitiva, criterios de «desempate», que permiten que, ante dos ofertas en situación de empate, es decir, económicamente equivalentes, el desempate se resuelva sobre la base de consideraciones sociales, a favor del licitador que cumple determinadas condiciones de carácter social.

En todo caso, es importante destacar que los *criterios adicionales* deben estar previamente establecidos en la normativa estatal sobre contratación, y no se pueden utilizar como solución *ad hoc*, dado que, con carácter general las situaciones de empate tienen previstas diferentes vías de solución a la legislación de contratos.

E. Finalmente, la comunicación interpretativa se refiere a la *fase de ejecución del contrato*, y destaca que una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación

de «cláusulas contractuales» o «condiciones de ejecución del contrato», que se pueden utilizar siempre que se ajusten al derecho comunitario y, en particular, no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de otros Estados miembros.

De acuerdo con el derecho comunitario, esta posibilidad de los poderes adjudicadores es muy amplia porque, como recuerda la Comisión, las Directivas sobre contratos públicos no se ocupan de organizar la fase de ejecución del contrato. Sin embargo, la aplicación de las cláusulas o condiciones debe ajustarse a todas las normas procedimentales de las directivas y, en concreto, a las relativas a la publicidad, por lo que con fines de transparencia, deben mencionarse en el anuncio del contrato, de manera que todos los licitadores tengan conocimiento de ellas.

La cláusula contractual es independiente de la evaluación de la capacidad de los licitadores para realizar los trabajos y de los criterios de adjudicación. Por ello, el documento interpretativo hace hincapié en destacar que las cláusulas no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas ni deben referirse tampoco a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o los criterios de adjudicación.

También hay que tener en cuenta que la cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución del mismo. Por lo tanto, es suficiente que el licitador se comprometa, al efectuar la oferta, a cumplir esta obligación en caso de que el contrato le sea adjudicado y no se puede exigir que cumpla este mismo requisito a la hora de presentar las ofertas.

En cuanto a su contenido, debemos decir que los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales de carácter social. El documento interpretativo cita una lista, que son de contenido básicamente laboral o socio-laboral, cuidando muy bien de puntualizar que el listado es *a modo de ejemplo*. Por lo tanto, deja muy abierta la posibilidad de incluir cláusulas sociales operativas en la fase de ejecución del contrato y también deja muy abierto el posible contenido concreto de las mismas, consecuentemente con la citada reflexión de la Comunicación interpretativa en el sentido de que las directivas, por ahora, no se ocupan de regular la fase de ejecución del contrato.

2.B. Las consideraciones sociales en la Directiva europea 2004/18/CE: Incorporación de los contenidos de la Comunicación interpretativa COM (2001) 566 final

El contenido de la comunicación interpretativa que se acaba de exponer en forma sintética recoge los aspectos troncales de la normativa comunitaria inmediatamente anterior a la hoy vigente sobre la posibilidad de introducir consideraciones sociales en la contratación pública. Dicha normativa, integrada por directivas diversas, se derogó con la entrada en vigor de la nueva Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, que es hoy la principal norma del derecho comunitario reguladora de la materia que tratamos.

Una primera pregunta que surge es si esta nueva Directiva ha representado o no un cambio significativo respecto del marco legal anterior, pregunta a la que corresponde una respuesta negativa. Efectivamente, la propia Directiva 2004/18/CE inicia sus *considerandos* poniendo de manifiesto que la norma se dicta teniendo en cuenta la dispersión de directivas existentes en materia de contratación pública, por lo que considera que

«[...] es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un solo texto legal».

El considerando añade que la directiva

«está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con las que cuentan los poderes

adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social [...]».

Así, la norma nos indica, ya de entrada, cuál es su objeto: por un lado, refundir las directivas anteriores, y, por otro, clarificar el panorama mediante la incorporación de los criterios asentados por la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia al amparo de las normativas anteriores.

Por lo tanto, el nuevo marco legal, en cuanto a la posibilidad de introducir consideraciones sociales en la contratación pública, no difiere en lo sustancial del marco legal anterior. En consecuencia, son aplicables los criterios interpretativos establecidos en la Comunicación de la Comisión, de fecha 15.10.2001 a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, y tiene plena vigencia todo lo expuesto respecto de su contenido. La novedad, si acaso, es que se ha incorporado en el texto de la norma comunitaria criterios que, en el marco legal anterior, eran una elaboración jurisprudencial sin traducción a las directivas, lo que disminuía el grado de seguridad jurídica.

3. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.A. Antecedentes: Las consideraciones sociales en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

El Real decreto 2/2000, del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, legislación española inmediatamente anterior a la actualmente vigente, guardaba un silencio casi total sobre la posibilidad de incluir consideraciones sociales en los contratos. Había una significativa excepción sobre la posibilidad de priorizar la adjudicación de contratos a favor de empresas con un determinado porcentaje de personas minusválidas en su plantilla, así como a favor de entidades sin ánimo de lucro en el caso de adjudicación de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial relacionadas con la actividad de la entidad en cuestión.¹¹

Al margen de la legislación de contratos, alguna normativa transversal incidía también sobre la posibilidad de incluir criterios sociales en la contratación; cabe citar, en este sentido, los artículos 33 y 34 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Hechas estas excepciones, no había más normas relativas a la inclusión de consideraciones sociales en los contratos públicos, por lo que en España, este tema se ha regulado hasta hace poco casi en exclusiva por el derecho comunitario. Esto ha conllevado serias dificultades, sobre todo en los supuestos en que las directivas establecen a favor de los Estados miembros determinadas facultades pero no obligaciones concretas al respecto. En todo caso, la ausencia de normas estatales ha comportado, a menudo, un elevado grado de incertidumbre sobre el particular.

3.B. Las consideraciones sociales en la actual Ley de Contratos del Sector Público

Como es sabido, la transposición de la directiva 2004/18/CE se llevó a cabo, en España, mediante la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) en vigor desde el 1 de mayo de 2008. La exposición de motivos de la ley afirma que la misma

11. Véase la disposición adicional octava de la LCAP.

«3. Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, la Ley de contratos del sector público incluye sustanciales innovaciones en lo que se refiere a la preparación y adjudicación de los negocios sujetos a la misma. Sintéticamente expuestas, 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 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales».

La ley actual, como dice la exposición de motivos en el párrafo que se ha transcrito, incorpora las directrices de la Directiva 2004/18/CE, y con ella, añadimos nosotros, los criterios contenidos en la Comunicación interpretativa de la Comisión COM (2001) 566 final, a la que hemos hecho referencia en el apartado 3 de este informe. De esta manera, la ley contiene un importante bloque de normas que clarifican el panorama y amplían de forma significativa las posibilidades concretas de introducir consideraciones sociales en la contratación pública en España.

Analizando cuál es el contenido de la nueva Ley de contratos del sector público sobre esta cuestión, podemos concluir que la introducción de consideraciones sociales es admitida, en función de las diferentes fases del contrato, de la forma que exponemos, sintéticamente, a continuación

a) En la definición del objeto del contrato y las especificaciones técnicas

Los artículos 97 a 101 LCSP se destinan a regular los pliegos de cláusulas administrativas, generales y particulares, y los pliegos de prescripciones técnicas. Respecto de estas últimas, y en lo que interesa en este informe, la ley establece que, en la medida de lo posible, se deben definir teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios que regulan los artículos 3 y 4, respectivamente, de la 112 Ley 16/2002, de 1 de julio.

b) En la fase de selección de candidatos

El artículo 49 LCSP establece una serie de prohibiciones para contratar, entre las que la ley prevé algunas se pueden considerar relacionadas con consideraciones de carácter social. Concretamente la ley establece que no pueden contratar con el sector público las personas en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, soborno, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de

agosto, o en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental; la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres; la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases; la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos; el Texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

c) En la valoración de las ofertas y adjudicación de contrato

Para valorar las proposiciones y determinar la oferta económicamente más ventajosa a efectos de adjudicación del contrato, el artículo 134 establece que, en todo caso, la valoración debe atender a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, indicando, a título de ejemplo, una serie de circunstancias que se pueden tener en cuenta como criterio valoración.

Entre ellas, la ley incluye las características vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Se trata, por tanto, de una consideración de carácter social que se puede tener en cuenta como criterio de adjudicación, dado que el listado que contiene la ley tiene carácter enunciativo y no limitativo, se podría pensar en otras circunstancias similares que se podrían introducir como consideración social en esta fase del contrato.

En todo caso recordamos que los criterios que deben servir de base para la adjudicación del contrato los determina el órgano de contratación y se deben detallar en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

d) Criterios adicionales. Preferencias de adjudicación o criterios de desempate

La disposición adicional sexta de la LCSP prevé unos determinados supuestos en los que los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares unas preferencias de adjudicación, a favor de empresas que más coadyuven a la realización de una determinada finalidad de interés público.

Se trata de la posibilidad de utilizar lo que la Comunicación interpretativa de la Comisión a la que hemos hecho referencia en el apartado 3 de este informe denomina «criterios adicionales», que en la práctica, juegan como «criterios de desempate». De acuerdo con la citada disposición de LCSP, los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las siguientes proposiciones:

Las presentadas por empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar la solvencia técnica, tengan en la plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento. Si varias empresas licitadoras de las que han empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan el cumplimiento de dicha condición, tiene preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

Las presentadas por 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, con el alcance y condiciones que explicita el apartado 2 de la citada disposición adicional sexta.

En los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, las presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según se desprenda de sus

respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el registro oficial correspondiente.

En los contratos que tengan por objeto productos en los que haya alternativa de comercio justo, las presentadas por aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo.

En todo caso es importante insistir en que los criterios de desempate se aplican, como su nombre indica, cuando los poderes adjudicadores deben resolver entre dos o más ofertas económicamente equivalentes, es decir, «siempre que las proposiciones iguallen en sus términos las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación», en palabras textuales de la norma.

Se trata, por tanto, de una consideración social que se tiene en cuenta como criterio accesorio, no determinante de la adjudicación, aplicable una vez que las ofertas se han comparado desde el punto de vista estrictamente económico.

También hay que insistir en que los «criterios adicionales» deben estar previamente establecidos en la normativa estatal sobre contratación, y no se pueden utilizar como solución *ad hoc*, como hemos destacado antes. Por tanto, los criterios concretos que se acaban de enumerar y que son los que actualmente establece la LCSP constituyen un *numerus clausus* o lista cerrada, sin que se puedan aplicar otros, salvo que estén previstos en alguna norma sectorial que complete, en este sentido, la LCSP.

e) Reservas de contratos

La disposición adicional séptima LCSP prevé un supuesto excepcional de posible reserva para participar en los procedimientos de adjudicación de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo, así como de reserva de la ejecución del contrato en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación se hará referencia a esta disposición.

f) Ejecución del contrato

El artículo 102, bajo el epígrafe de «Condiciones especiales de ejecución del contrato», contiene una de las disposiciones que abre más posibilidades de cara a la inclusión de consideraciones sociales en la contratación pública. De acuerdo con dicha norma 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 y no tengan efectos discriminatorios. Estas condiciones de ejecución, dice la ley,

«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 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».

El carácter enunciativo y no limitativo de los tipos de condiciones de ejecución a las que se refiere la ley se deduce del propio tenor de la norma, cuando dice que las cláusulas se pueden referir, «*en especial*, a consideraciones [...]». Así, pues, estas condiciones pueden ser, en especial, las que figuran en el listado, pero también otras de diferentes, siempre y cuando cumplan los únicos requisitos que establece el artículo 102 LCSP:

«[...] que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato».

Por lo tanto, entendemos que, en la línea de la Comunicación interpretativa de la Comisión a la que antes hemos hecho referencia, la LCSP abre muchas y nuevas posibilidades de cara a la introducción de consideraciones sociales en los contratos públicos, al admitir el artículo 102 la posibilidad de introducir este tipo de consideraciones como cláusulas o condiciones de ejecución de los contratos.

La aplicación de criterios sociales en la fase de ejecución del contrato ya se llevaba a cabo antes de la LCSP, pero en ese marco legal debía estar apoyado de forma genérica en la norma general sobre contratación según la cual «la administración puede concertar los pactos [...] que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración». La posibilidad había sido admitida en varios dictámenes de la Junta Consultiva de contratación y ya era utilizada con éxito por varios ayuntamientos, y en Cataluña a través del programa «Ponte a punto». Ahora, con su reconocimiento expreso a la LCSP, esta práctica se consolida y se dota de total seguridad jurídica.

4. LOS CRITERIOS DE PAZ Y DERECHOS HUMANOS COMO CONTENIDO DE LAS CONSIDERACIONES SOCIALES. SU INCLUSIÓN EN LAS DIFERENTES FASES CONTRACTUALES

4.A. El contenido de las consideraciones sociales

Se procede a continuación a analizar si las «consideraciones sociales», admitidas por la LCSP en los términos que acabamos de estudiar, pueden incluir contenidos basados en criterios de paz y derechos humanos, lo que nos lleva a preguntarnos cuál puede ser el contenido y alcance de las repetidas consideraciones sociales.

Como hemos dicho al principio de este informe, el concepto «consideraciones sociales» o de «cláusulas sociales» se utiliza, en palabras literales de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña

«de forma muy genérica para hacer referencia, en términos generales, al hecho de que la inversión pública que acompaña a la contratación de las administraciones públicas tenga en cuenta o impulse, además del estricto cumplimiento del objeto contractual, otros objetivos beneficiosos para la sociedad».

En este mismo sentido, la Comisión, en la comunicación interpretativa en la que se ha hecho referencia el apartado 2.A de este trabajo, tras afirmar que la política del mercado interior puede compaginarse con la consecución de otros objetivos, entre ellos los de la política social, añade que

«la expresión *aspectos sociales* engloba acepciones y ámbitos muy diversos. Puede remitir tanto a las medidas por las que se garantiza el respeto a los derechos fundamentales y de los principios de igualdad de trato y no discriminación (por ejemplo entre hombres y mujeres) como a las legislaciones nacionales en materia social, así como a las directivas comunitarias al respecto».

El Consejo Económico y Social, por su parte, tras considerar acertada la incorporación de cláusulas de tipo social (como también medioambiental) en los contratos, vincula las mismas a la consecución de objetivos comunitarios enmarcados en la Estrategia de Lisboa, y también en los instrumentos que

«dotan de contenido efectiva la cláusula constitucional del Estado social».

Y, como hemos visto a lo largo de las páginas anteriores, el legislador, tanto el comunitario como el español, también parte de un concepto amplio y unas posibilidades abiertas de introducir consideraciones sociales, como se deduce del hecho de que las posibilidades concretas a las que se refieren las normas se cuidan muy bien de indicar que son a título de ejemplo y no con carácter limitativo.

En definitiva, y en la línea apuntada por la escasa doctrina que se ha ocupado de este tema, entendemos que las consideraciones sociales que se pueden incluir en los contratos públicos pueden referirse a cualquier criterio que esté conectado con los fines sociales propios de la administración. Dicho en otras palabras, se pueden incluir consideraciones en la contratación pública que coadyuven a la realización de las políticas públicas propias de cada administración.

4.B. Las políticas de paz y derechos humanos en el Estatuto de Cataluña de 2006 y en la Ley 21/2003 de fomento de la paz

En el sentido que se acaba de apuntar, es claro que en Cataluña se ha establecido un marco legal que tiene como objetivo el impulso del que se ha denominado «nueva cultura de la paz» que se basa, entre otras actuaciones, en la promoción de los derechos humanos, el respeto de los derechos de los niños, la promoción del desarrollo económico y social sostenible, la reducción de los desequilibrios económicos y sociales hasta erradicar la pobreza, la construcción de la seguridad global y el desarme progresivo, el esfuerzo para proteger el medio natural de las generaciones presentes y futuras, el respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres y los hombres, y la eliminación de las formas de racismo, xenofobia y los actos de intolerancia.¹²

Así, en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de las previsiones del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC), se aprueba la Ley catalana 21/2003, de 4 de julio, de fomento de la paz, a la que luego haremos referencia.

La relevancia y conveniencia de desarrollar una política de promoción de la paz y de los derechos humanos en Cataluña se manifiesta claramente en el texto de la norma superior del ordenamiento catalán. Así, ya en su inicio, tanto el preámbulo como los valores superiores que se explicitan en el art. 4.3 del EAC 2006 («la libertad, la democracia, la igualdad, el pluralismo, la paz, la justicia, la solidaridad, la cohesión social, la equidad de género y el desarrollo sostenible»), hacen evidentes la necesidad de intervenir para hacer posible una política en este sentido. Pero de forma más concreta, el Estatuto de Autonomía reconoce, en los arts. 15 y ss. un conjunto de derechos (de las personas, los menores, de las mujeres, en relación al medio ambiente) y, en el art. 39 y ss, una serie de principios rectores que exigen claramente una intervención de los poderes públicos de Cataluña en el ámbito de esta «nueva cultura de la paz».

El art. 15 del EAC (cap. I) reconoce el derecho de todas las personas a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, así como el derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal. Se reconoce también el derecho de los menores a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social (art. 17). Como derechos de las mujeres, el EAC contempla el derecho que tienen a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados. Reconoce, también, el derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, así como el derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y de todo tipo de discriminación (art. 19). En cuanto al ámbito laboral, el art. 25 reconoce derechos a los trabajadores y a sus representantes. Así se reconoce el derecho de todos los trabajadores a ejercer las tareas

12. Vid. El Preámbulo de la Ley 21/2003, de 4 de julio, de fomento de la paz.

laborales y profesionales en condiciones de garantía para la salud, la seguridad y la dignidad de las personas. Finalmente, en relación al medio ambiente, cabe destacar el derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y respetuoso con la salud, el derecho a disfrutar de los recursos naturales y del paisaje en condiciones de igualdad y, el derecho a la protección ante las diferentes formas de contaminación (art. 27).

Una vez reconocidos los derechos, una especial consideración merecen también los mandatos de actuación a los poderes públicos que explícitamente contempla el EAC en el capítulo V, dedicado a los llamados «Principios rectores». El art. 40 relativo a la protección de las personas y de las familias establece la obligación de que los poderes públicos promuevan políticas públicas que favorezcan la emancipación de los jóvenes, facilitándoles el acceso al mundo laboral, para que puedan participar en igualdad de derechos y deberes en la vida social y cultural y, la obligación de garantizar la protección jurídica de las personas con discapacidades y la promoción de su integración social, económica y laboral. El apartado 8 de este art. 40 declara que los poderes públicos deben promover la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, la nacionalidad, el sexo, la raza, la religión, la condición social u orientación sexual, y también establece que deben promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la xenofobia, de la homofobia y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas.

En el ámbito de la perspectiva de género, destacamos el art. 41.1 cuando establece la obligación de los poderes públicos de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, y en todas las otras situaciones, y la necesidad de que garanticen que las mujeres no sean discriminadas por causa de embarazo o de maternidad.

A continuación, el Estatuto de 2006 exige una serie de intervenciones para la promoción de políticas públicas que fomenten la cohesión social (art. 42). En este sentido se establece que los poderes públicos deben velar por la plena integración social, económica y laboral de las personas y de los colectivos más necesitados de protección, especialmente los que se encuentran en situación de pobreza y riesgo de exclusión social, así como por la dignidad, la seguridad y la protección integral de las personas, especialmente de las más vulnerables (art. 42.2 y 3). En este mismo ámbito, el art. 42.6 obliga a emprender las acciones necesarias con el objetivo de establecer un régimen de acogida de las personas inmigradas y promover las políticas que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos y deberes de las personas inmigradas y la igualdad de oportunidades.

En esta misma línea, el Estatuto prevé como principio rector la adopción de las medidas necesarias para promover el progreso económico y el progreso social de Cataluña y sus ciudadanos, de acuerdo con los principios de solidaridad, cohesión, desarrollo sostenible y de igualdad de oportunidades (art. 45.1). Así, a continuación se exige que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para garantizar los derechos laborales y sindicales de los trabajadores, impulsen las políticas de ocupación plena, de fomento de la estabilidad laboral, de formación de las personas trabajadoras, de prevención de riesgos laborales, de seguridad y de higiene en el trabajo, de creación de unas condiciones dignas en el puesto de trabajo, de no discriminación por razón de género y de garantía del descanso necesario y vacaciones retribuidas (art. 45.3). Hay que considerar también la obligación que establece el art. 45.5 de que la Generalitat favorezca el desarrollo de la actividad empresarial y del espíritu emprendedor teniendo en cuenta la responsabilidad social de la empresa, la libre iniciativa y las condiciones de competencia.

Como complemento indispensable al derecho a un medio ambiente adecuado establecido en el art. 27, el EAC prevé también un conjunto de mandatos en el ámbito del desarrollo sostenible. El apartado 1 del art. 46 establece la obligación de los poderes públicos de velar por la protección del medio ambiente mediante la adopción de políticas públicas basadas en el desarrollo sostenible y la solidaridad colectiva e intergeneracional. El texto estatutario incorpora, también, el principio

de integración ambiental exigiendo la inclusión de los objetivos de protección del medio ambiente en todas las políticas sectoriales (art. 46.3). Destaca en el art. 46.6 la obligación de velar por la corrección de desequilibrios territoriales en términos de «cohesión económica y territorial».

Finalmente, a nuestros efectos, tiene una relevancia especial el contenido del art. 51 EAC dedicado a la cooperación en el fomento de la paz y en la cooperación al desarrollo. En concreto, el mandato estatutario, en este caso, obliga a la Generalitat a promover la cultura de la paz y acciones de fomento de la paz en el mundo.

Como concreción de estas previsiones estatutarias, la Ley 21/2003, de fomento de la paz, establece la obligación de la Administración pública autonómica y local de intervenir para hacer efectivos los valores relativos al fomento de la paz que se concretan en el art. 1.1 de la Ley y que deben orientar cualquier actuación de las Administraciones Públicas en Cataluña. La Ley, en el art. 2, explicita los ámbitos en los que las Administraciones deben actuar en el marco de sus competencias, entre los que destacamos ahora el ámbito de los derechos humanos y las libertades individuales y colectivas y el ámbito del fomento del desarme global.

Con el fin de satisfacer de forma eficaz los objetivos de la Ley y permitir desarrollar realmente en Cataluña una política pública de fomento de la paz, el art. 3 relaciona, de manera general, las actuaciones que las Administraciones deberán llevar a cabo, en el marco de sus competencias, en el ámbito de los derechos humanos y las libertades individuales y colectivas: El reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de todas las personas, la igualdad entre las mujeres y los hombres, la intensificación de medidas encaminadas a eliminar las formas de discriminación y violencia contra las personas; la adopción de medidas que favorezcan la integración de los inmigrantes en Cataluña, la lucha contra la explotación de las personas, contra la producción y el tráfico de drogas y contra el blanqueo de dinero y la corrupción; la erradicación de la pobreza y el acceso de todas las personas a los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades humanas básicas, un desarrollo humano sostenible e integrador de las dimensiones democrática, económica, social y medioambiental.

Cabe también señalar, el art. 7 de la Ley 21/2003 que establece las actuaciones que deberán promover las Administraciones Públicas en el ámbito del fomento del desarme global. Entre otros, a nuestros efectos, destacamos las siguientes actuaciones: actividades a favor de la eliminación del tráfico ilícito de todo tipo de armamento, medidas para paliar las situaciones que se producen como consecuencia de la finalización de los conflictos armados, como la reintegración a la sociedad de excombatientes, refugiados y personas desplazadas, así como la difusión de las medidas propuestas por la Agenda de La Haya por la paz y la justicia en el siglo XXI, en relación al derecho a la paz y abolición de la guerra.

Finalmente, y en cuanto a la estructura organizativa, una muestra clara y concreta del interés de la Administración de la Generalitat por satisfacer estos objetivos de la paz y derechos humanos y por hacer efectiva una política concreta, se encuentra ya en el Decreto 243/2007, de 6 de noviembre, que establece la estructura del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación, al crear, como instrumento organizativo específico asimilado a una Dirección General, la Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos con el objetivo, precisamente, de impulsar una política pública de fomento de la paz y de promoción de los derechos humanos. Más recientemente un reflejo claro de la importancia que se ha dado a esta política de promoción de la cultura de la paz es la creación por Ley 14/2007, de 5 de diciembre, del Instituto Catalán Internacional por la Paz, como entidad pública de carácter institucional, con personalidad jurídica propia y que actúa «con plena independencia de las administraciones públicas, de las entidades privadas y de las organizaciones sin ánimo de lucro», como entidad de investigación y divulgación en este ámbito.

Por lo tanto, creemos que la inclusión de criterios de paz y derechos humanos es uno más de los contenidos que pueden tener las «consideraciones sociales» en la contratación pública en el ámbito de la Generalitat. En este sentido, entendemos que es conveniente y adecuado integrar el concepto de «nueva cultura de la paz», al que nos hemos referido antes, en el concepto más amplio de «consideraciones sociales» en la contratación pública.

En consecuencia, la posibilidad concreta de incluir dichos criterios y su alcance deberá partir de la base de las diferentes posibilidades estudiadas en las páginas anteriores con relación al momento o fase de la contratación en que deben operar los criterios, tal como exponemos a continuación.

4.C. Posible incorporación de criterios de paz y derechos humanos en los diferentes momentos o fases de los contratos

Si tenemos en cuenta que, como se acaba de argumentar, los criterios de paz y de derechos humanos se pueden incluir, sin forzar la interpretación, dentro del concepto genérico de «consideraciones sociales», está claro que el marco legal general aplicable a estas consideraciones, en los términos estudiados en los apartados precedentes, es plenamente aplicable cuando se trata de incorporar en los contratos públicos criterios de paz y de derechos humanos. Por lo tanto, queda analizar el alcance y los límites en que se pueden incorporar estos criterios en los diversos momentos o fases del contrato, siguiendo las pautas que, con carácter general, se establecen en la legislación comunitaria y española sobre contratación.

a) En la definición del objeto del contrato y las especificaciones técnicas

Los criterios de paz y de derechos humanos se pueden tener en cuenta desde el momento inicial del procedimiento de contratación, en el momento de definir el objeto del contrato y de elaborar las especificaciones técnicas, como hemos visto en los correspondientes epígrafes de los apartados anteriores.

Recordemos, en este sentido, que según el artículo 22 LCSP los entes, organismos y entidades del sector público pueden suscribir los contratos que les sean necesarios para el cumplimiento y la realización de sus fines institucionales, y que a tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, se determinarán con precisión, y se dejará constancia en la documentación preparatoria, antes de comenzar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

No es infrecuente, sobre todo en el ámbito de las administraciones locales, que el objeto de los contratos (particularmente los contratos de suministro) se defina teniendo en cuenta consideraciones de carácter social que, sin forzar la interpretación, podrían ser reconducidos a criterios de paz y de derechos humanos.¹³

Sin embargo hay que tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 101 en el sentido de que las especificaciones técnicas no pueden mencionar, a menos que lo justifique el objeto del contrato, una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o determinados productos. Esta mención o referencia se autoriza, con carácter excepcional, si no es posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y debe ir acompañada de la mención «o equivalente».

13. Por ejemplo, el Ayuntamiento de Badalona abrió un concurso en el que el objeto de contrato es el suministro de 65.000 pañuelos solidarios para las fiestas de mayo de 2008. El Ayuntamiento de Madrid, en el procedimiento de adjudicación de las camisetas promocionales de Madrid 2012, especificaba que el objeto del contrato era una partida de camisetas de comercio justo. En el mismo sentido, el Ayuntamiento de Lille (Francia) en el concurso para el suministro de ropa de trabajo destinada al funcionamiento de servicios municipales del año 2007 incluye en el objeto del contrato la voluntad de asegurar las condiciones sociales y ambientales en el largo del ciclo de producción, con el fin de influir al respecto de los derechos humanos y la preservación del medio en una perspectiva de desarrollo sostenible. En las especificaciones técnicas del citado concurso se pide poseer un certificado, sello u otros documentos equivalentes sobre las condiciones de fabricación de los productos.

b) En la selección de candidatos

En vistas de lo estudiado antes en relación a esta fase del contrato, podemos concluir que, en la misma, es legalmente posible aplicar causas de exclusión de determinados aspirantes o candidatos a ser contratistas en base al incumplimiento de requisitos sobre el cumplimiento los derechos humanos.

En todo caso, recordemos que la causa de exclusión debe estar taxativamente prevista en la ley y, además, en tanto que será una ley que limita derechos, será de interpretación restrictiva.

Como consecuencia de lo anterior, ya podemos deducir que se debe excluir toda posibilidad de establecer limitaciones o prohibiciones que afecten la aspiración o candidatura de empresas que tengan intereses empresariales vinculados con la producción o comercio de armas, tema al que se había hecho alguna referencia en la reunión previa al encargo de este informe.

Creemos que esta posibilidad queda totalmente excluida a la vista de la legislación sobre contratos que hemos analizado, porque:

No figura entre las causas de prohibición de contratar previstas en la vigente ley sobre contratos del sector público

No creemos posible incluir esta causa (ni tan solo por vía de una hipotética modificación legal), en tanto sea lícita la producción y el comercio de armamento y, por lo tanto, esta actividad no esté tipificada ni como ilícita penal ni como infracción administrativa.

Entendemos que la ley no deja margen para poder excluir o limitar el derecho de participar en un contrato por razón de una actividad del aspirante que está permitida por el ordenamiento jurídico.

c) En la valoración de las ofertas y adjudicación del contrato

Según la normativa comunitaria y la LCSP, que se ha estudiado antes, en esta fase del contrato, cualquier criterio que se aplique ha de hacer posible una valoración de las cualidades intrínsecas del producto o servicio que es objeto del contrato. Por ello, en la fase de adjudicación todo criterio de valoración debe estar necesariamente *vinculado al objeto del contrato*, expresión que se utiliza de forma reiterada tanto en la legislación como en los diversos documentos que hemos analizado.

Este requerimiento limita y dificulta considerablemente la posibilidad de utilizar consideraciones sociales, en especial criterios de paz y de derechos humanos en esta fase, es decir, como criterios para valorar las ofertas y, en consecuencia para adjudicar el contrato a un aspirante o candidato concreto.

d) Criterios adicionales y reservas de contratos

Según prevé la Directiva 2004/18/CE y recoge la LCSP los órganos de contratación, en los casos que expresamente determina la ley, pueden establecer determinados criterios de desempate por el supuesto que dos o más ofertas sean económicamente equivalentes, es decir, «siempre que las proposiciones iguallen en sus términos las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».

Los criterios de desempate (o criterios adicionales) que se pueden utilizar están expresamente establecidos en la disposición adicional sexta de la LCSP y, para que sean operativos en un contrato concreto, deben estar establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares.

En general, los criterios establecidos en la LCSP que se han relacionado en la letra d) del anterior apartado 3.B., pueden conectarse con la realización efectiva de los derechos humanos, dado que están relacionados con el fomento de la igualdad y el derecho al trabajo, en particular de las

personas discapacitadas, con la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social. También cabe destacar, en este punto, la posibilidad de establecer una preferencia de adjudicación a favor de las entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo, en el caso de contratos que tengan por objeto productos en los que haya alternativa de este tipo de comercio.

El tema relativo a las posibles reservas de contratos en los términos que ha expuesto en el apartado 3.B.e) está, igualmente, muy relacionado con la posible incorporación de criterios de paz y de derechos humanos ya que se refiere a la posibilidad de reservar determinados contratos para que sean ejecutados por empresas que contraten determinados colectivos, con la evidente finalidad de procurar la efectividad del derecho a la igualdad y al derecho al trabajo de las personas discapacitadas.

e) En la ejecución del contrato

Tal como se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, las cláusulas de naturaleza social pueden ser incluidas como condiciones de ejecución del contrato, posibilidad que se ha abierto considerablemente con la actual LCSP.¹⁴ La Junta Consultiva de Contratación de Cataluña ha considerado, en varios informes, que la fase de ejecución ha sido y es, desde la perspectiva del derecho y de la jurisprudencia comunitaria, la fase idónea para la operatividad de las consideraciones sociales.

El artículo 102 de la ley, que antes se ha transcrito, prevé diversas posibilidades en este sentido, que se enumeran a título de ejemplo. Por lo tanto, creemos que las cláusulas sociales pueden ser de contenido muy diverso, ya que el citado artículo impone como únicos requisitos que las condiciones sean compatibles con el derecho comunitario, se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato y no tengan carácter discriminatorio.

Podemos citar como posible contenido de cláusulas de carácter social sobre la ejecución del contrato los siguientes ejemplos que incorporan criterios de paz y de derechos humanos:

- La obligación de contratar personas desempleadas de larga duración
- La organización, a cargo del contratista, de actividades de formación para jóvenes y personas desempleadas
- La adopción de medidas de promoción de la igualdad de sexos
- La adopción de medidas de integración de las personas inmigrantes
- La obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas discapacitadas superior al legalmente establecido

Las juntas consultivas de contratación se han pronunciado en diversos dictámenes sobre la viabilidad legal de cláusulas de este tipo como condiciones de ejecución de los contratos y, concretamente las que acabamos de relacionar figuran todas en el listado que, a título de ejemplo, contiene el proyecto de ley sobre contratación administrativa que se está tramitando en la Comunidad Autónoma de Navarra.¹⁵ Unas y otras ponen siempre el acento en que este tipo de requerimientos no pueden constituir criterios de selección ni adjudicación encubiertos, ni tener carácter discriminatorio.

14. Como dice Jon Ander PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, el proyecto de ley de contratos del sector público “*abre de par en par las puertas para condicionar la adjudicación al cumplimiento de condiciones de tipo social en la fase de ejecución del contrato*”. Ver el trabajo de dicho autor “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, en: Zerbitzuan: gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales, N.º. 40, 2006, págs.21-30.

15. Jon Ander PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, cit.

La doctrina también se ha pronunciado sobre esta posibilidad de incorporar cláusulas sociales, incluidos criterios de paz y de derechos humanos, como condiciones de ejecución del contrato. Se ha propuesto, por ejemplo, la posibilidad de imponer la formación de una unión temporal de empresas entre la adjudicataria y entidades del tercer sector (centros de disminuidos, entidades sin ánimo de lucro que ocupan personas con riesgo de exclusión social, etc.), también la posibilidad de disponer la contratación de ex presos, ex internos de centros de tutela de menores, personas en proceso de rehabilitación por toxicomanías o alcoholismo, etc. La inclusión de este tipo de consideraciones como condición de ejecución del contrato es coherente, además, con lo que dispone el artículo 3.b) de la Ley 21/2003 de fomento de la paz.

Las posibilidades, en esta fase del contrato, son pues, muy amplias, y tal como señala la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña, la principal limitación o condicionante al establecimiento de cláusulas sociales como condiciones de ejecución es la prohibición de que éstas resulten discriminatorias. En este sentido, para poder determinar si estamos ante una cláusula discriminatoria o no, se tendrá que valorar cada supuesto concreto, sin que se puedan hacer previsiones *a priori* de indicadores válidos para los órganos de contratación en este ámbito. Se debe, eso sí, garantizar en todo caso la integridad de los principios de libertad de establecimiento, de prestación de servicios y no discriminación por razón de nacionalidad. En esta línea, siguiendo los contenidos de los documentos comunitarios y siempre a modo de ejemplo, la exigencia de contratar un determinado número de trabajadores/as en paro para la ejecución de un contrato no resultaría, en sí misma, una cláusula discriminatoria, pero si a esta exigencia se le incorpora la obligación de que este trabajador/a sea de una determinada zona geográfica o de una nacionalidad determinada sí podría resultar atentatorio contra el principio de igualdad.

4.D. Las posibilidades que ofrecen los contratos no sujetos a regulación armonizada

Como sabemos, las limitaciones que impone el derecho comunitario en cuanto a la inclusión de consideraciones sociales en los contratos públicos se refieren, en todo caso, a los contratos incluidos en el ámbito del derecho comunitario, es decir, los contratos sujetos a legislación armonizada, en la terminología de la actual LCSP.

Sin embargo, como recuerda un informe de la Junta de Contratación de Cataluña, no se valora suficientemente –sobre todo en vistas a las limitaciones impuestas por el derecho comunitario– el segmento de la contratación de las administraciones públicas en que la ley otorga grado de libertad de decisión mayor a los órganos de contratación en la selección del empresario contratista. Nos referimos, dice el informe, a los contratos menores y a los procedimientos negociados por razón de la cuantía económica del contrato.

En el mismo sentido, Jon Ander Perez-Ilzarbe¹⁶ destaca que las limitaciones impuestas por el derecho comunitario a la posibilidad de incluir consideraciones sociales en la contratación están conectadas con el principio de la libre competencia a escala europea. En consecuencia, por debajo de los límites que conllevan la aplicación del derecho comunitario, pueden primar las políticas sociales que decida cada legislador interno. Esto deja un amplio margen de maniobra para las políticas sociales. El citado autor considera que «Aplicar por debajo de los umbrales comunitarios los mismos criterios de adjudicación que se utilizan por encima de ellos es similar a, por ejemplo, aplicar en una política pública de concesiones de micro créditos sociales los mismos criterios que utilizan el BBVA, el SCH o el Banesto para Conceder sus préstamos».

16. Jon Ander PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, cit.

Sin embargo, los legisladores internos suelen hacer muy poco uso de las posibilidades de establecer una regulación diferenciada de los contratos no sujetos a regulación armonizada y, en general, se han limitado a reproducir, respecto de los mismos, el régimen jurídico propio de los contratos sujetos a las directivas europeas. Esto ha llevado al citado autor a formular una pregunta que es necesario transcribir aquí literalmente: «¿Se hacen verdaderamente idea nuestros copistas habituales de normas europeas de la cantidad de contratos —¡la gran mayoría!— que quedan por debajo de esos umbrales? ¿Y de las posibilidades de ejercitar verdaderas políticas sociales que semejante arsenal ofrece?».

Títulos publicados en esta colección

1. *El Institut Català Internacional per la Pau y el movimiento social en Cataluña.*
Robert González y Esther Vivas (IGOP)
2. *La investigación para la Paz en España*
Escola de Cultura de Pau
3. *Guerra y Paz: la evolución del Derecho Internacional*
Antoni Pigrau
4. *Modelos de procesos de Paz. Estudio comparativo 1995-2005*
Vicenç Fisas y Kristian Herbolzheimer
5. *Las operaciones de mantenimiento y construcción de la paz en el marco de las Naciones Unidas y los organismos regionales: situación, tendencias y potencial futuro de colaboración*
Javier Sánchez Cano
6. *Estado de la cuestión de la educación para la paz en Cataluña y el resto del Estado Español*
Anna Bastida
7. *El movimiento para la paz y el antimilitarismo en España: 2003-2008*
Enric Prat
8. *La Generalitat de Cataluña y la Unión Europea en el ámbito de los Derechos Humanos*
Montse Pi
9. *La Generalitat de Cataluña y los Tratados Internacionales de derechos humanos concluidos por el Estado Español*
David Bondia
10. *Estrategias de respeto y coordinación gubernamental en materia de derechos humanos*
Argelia Queralt
11. *La economía de las drogas ilícitas. Escenarios de conflictos y derechos humanos.*
Colectivo Maloka
12. *El desarrollo de una política pública de fomento de la paz en Cataluña*
Antoni Pigrau Solé
13. *Posibilidades de participación de la Generalitat de Cataluña en organismos internacionales en el ámbito de los derechos humanos*
Xavier Pons Ràfols
14. *Campañas internacionales de desarme: un estado de la cuestión*
Javier Alcalde Villacampa
15. *Derecho a la vivienda*
Nolasc Riba Renom
16. *Justicia internacional, pillaje de guerra, derechos humanos y multinacionales*
Jordi Palou Loverdos
17. *Plan Colombia II. Guerra y Derechos Humanos.*
Colectivo Maloka
18. *Los documentales del feminicidio en Ciudad Juárez*
Xavier Giró [dir.] [et al.]
19. *La posible inclusión de criterios de paz y de derechos humanos en la contratación pública*
Margarida Camós i Maria Teresa Vadri



Generalitat de Catalunya
Departament d'Interior,
Relacions Institucionals i Participació
**Oficina de Promoció de la Pau
i dels Drets Humans**