Colección **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**
Dirigida por **JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ**

DIMENSIÓN CUALITATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ERA COVID-19

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

Editorial Comares

Olimpia Molina Hermosilla

DIMENSIÓN CUALITATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ERA COVID-19

Comares, 2021

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

COLECCIÓN: TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
Director de la colección:
José Luis Monereo Pérez
132

© Olimpia Molina Hermosilla

© Editorial Comares, S.L.
Polígono Juncaril • C/ Baza, parcela 208 • 18220 Albolote (Granada) • Tlf.: 958 465 382
https://www.comares.com • E-mail: libreriacomares@comares.com
https://www.facebook.com/Comares • https://twitter.com/comareseditor
https://www.instagram.com/editorialcomares

ISBN: 978-84-1369-166-4 • Depósito legal: Gr. 560/2021

Fotocomposición, impresión y encuadernación: COMARES

SUMARIO

Prologo a cargo del profesor *Jose Luis Monereo Pérez* XI

Capítulo Primero.— PLANTEAMIENTO GENERAL 1

Capítulo Segundo.— EVOLUCIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL RECONOCIMIENTO DE CLÁUSULAS SOCIO LABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 7

1. Principales etapas de esta evolución 7
2. Recepción jurisdiccional de las cláusulas socio labores en la contratación pública. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 15

Capítulo Tercero.— RECONOCIMIENTO EN NUESTRO DERECHO INTERNO DE COMPROMISOS DE CARÁCTER SOCIO LABORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 19

1. Fundamentos jurídicos para el desarrollo de la dimensión cualitativa de la contratación pública 19
2. Evolución normativa del reconocimiento de la dimensión cualitativa de la contratación pública en España 21

Capítulo Cuarto.— CONSECUCIÓN DE OBJETIVOS SOCIO LABORALES A TRAVÉS DE LA FORMALIZACIÓN DE CONTRATOS MENORES 27 27

1. El tradicional recelo frente a esta fórmula de contratación .....
2. Respuestas frente a las dudas generadas en torno al recurso a esta modalidad de contratación 29

Capítulo Quinto.— DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA INCORPORACIÓN DE OBJETIVOS DE CARÁCTER SOCIO LABORAL 35

1. La necesaria planificación de la actividad de contratación pública como condición para la consecución de objetivos de carácter socio laboral 35
   - 1.1. Las Consultas preliminares o la necesidad de conocer el tejido productivo en que opera la Administración o Entidad del Sector Público 38
   - 1.2. La obligación de dividir el contrato en lotes 39
   - 1.3. Reserva de contratos a favor de empresas y entidades de carácter social 41

A) *Contratos reservados a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y Empresas de Inserción* 43
B) *Reserva de contratos a favor de Empresas y Entidades de Economía Social* 47
2. Cuestión clave: Definición del objeto del contrato 48
3. Introducción de cláusulas sociales en las especificaciones técnicas: el papel de las etiquetas o certificaciones sociales 49
4. Prohibiciones para contratar de carácter socio laboral 51
5. Aparición de nuevas prohibiciones de contratar y su necesario sometimiento al juicio de legalidad 53
6. Procedencia de la exigencia de solvencia social como requiso para participar en un procedimiento de licitación pública 56

Capítulo Sexto.— INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIO LABORALES EN FASE DE ADJUDICACIÓN 61
1. Sin complejos: reconocimiento legal de criterios de adjudicación de carácter socio laboral 61
2. Eliminación de la exigencia de vinculación directa al objeto del contrato 63
3. La mejor relación calidad-precio como criterio de adjudicación 64
4. El sector público «se retrata»: la opción entre atender exclusivamente a los costes del contrato o valorar una pluralidad de criterios —cualitativos— de adjudicación 65
5. Criterios de carácter socio laboral para dirimir situaciones de empate 68
6. La tradicional interpretación —restrictiva— de los órganos administrativos y judiciales a la hora de valorar las cláusulas socio laborales como criterios de adjudicación 70
6.1. Doctrina de los Tribunales administrativos de contratación 70
6.2. Doctrina de los Órganos Jurisdiccionales 74

Capítulo Séptimo.— ANÁLISIS DEL CRITERIO ECONÓMICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE 77
1. Estimación del precio conforme a costes laborales y convenio colectivo de referencia 77
2. Consideración de las pérdidas económicas provocadas por la Covid-19 en el desarrollo del contrato público 80
3. Ofertas anormalmente bajas o temerarias 82

Capítulo Octavo.— CLÁUSULAS SOCIO LABORALES COMO CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS 85
1. Su recepción en el marco normativo actual en materia de contratos del sector público 85
2. Mantenimiento de condiciones de trabajo del personal adscrito a la ejecución del contrato como condición especial de ejecución 87
3. Aplicación del convenio colectivo sectorial como condición especial de ejecución 88
4. Exigencia de conocimiento de lengua cooficial como condición especial de ejecución 92
5. Compromisos de contratación de personas desempleadas como criterio de adjudicación 93
6. Subrogación de la plantilla del anterior adjudicatario como condición especial de ejecución 96
6.1. Condiciones laborales aplicables a los trabajadores afectados por la subrogación 103

6.2. Reversión del servicio público: ¿Cuándo procede la subrogación de los trabajadores por parte de la Administración? . . . 105
6.3. Estatus jurídico de los trabajadores incorporados a la Administración en supuestos de reversión del servicio público . . . 107

Capítulo Noveno.— NECESIDAD DE INCORPORAR MECANISMOS DE CONTROL TENDENTES A ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS DE CARÁCTER SOCIO LABORAL . . . 115
1. La necesidad de incorporar mecanismos de control en el cumplimiento de los compromisos de carácter socio laboral en la contratación pública o cómo dar al traste con la consecución de estos objetivos . . . 115
2. La figura del responsable del contrato: sus funciones y distintas alternativas para su concreción . . . 116
3. Informes de los órganos de supervisión en materia de contratación pública . . . 118

Capítulo Décimo.— EXPERIENCIAS Y BUENAS PRÁCTICAS EN EL DESARROLLO DE LA DIMENSIÓN CUALITATIVA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA . 121
1. Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable . . . 121
2. La materialización de objetivos socio laborales en la contratación pública a través del plan de empleo Reincorpora-T . . . 124
3. Buenas prácticas de los órganos de contratación tendentes a la consecución de objetivos socio laborales . . . 125

Capítulo Final.— ALGUNAS REFLEXIONES FINALES, BALANCE Y PERSPECTIVA . . . 129

Bibliografía . . . 135

PRÓLOGO

«Las reglas jurídicas no están dictadas únicamente con el deseo de asegurar el buen funcionamiento de la economía. Son leyes del Estado, y también son el resultado de fuerzas diversas que obran sobre el poder legislativo»

GEORGES RIPERT[1]

El presente estudio tiene por objeto abordar el tratamiento que los objetivos de carácter socio laboral reciben hoy en día por parte de nuestras Administraciones y entidades del sector público, a la hora de adquirir los bienes y servicios que demanda la ciudadanía, mediante el instrumento de la contratación pública.

En este sentido, el objetivo esencial del actual marco normativo con que nos hemos dotado tanto a nivel europeo como internamente en nuestro país en esta materia de contratación pública, sigue siendo garantizar preferentemente la libre competencia entre las empresas licitadoras, como fórmula de salvaguardar los intereses finales de consumidores y contribuyentes. Ello nos lleva a constatar, como hace notar *Olimpia Molina*, el objetable carácter secundario o subsidiario que los objetivos de política socio laboral siguen presentando en el ámbito de la contratación pública. Sin embargo, esto no resulta óbice para reconocer que la aparición de las Directivas Comunitarias en materia de contratación pública conocidas como de «Cuarta Generación» en 2014, representan un punto de inflexión en la evolución del Derecho Comunitario en este ámbito, al profundizar en la dimensión cualitativa de este instrumento, que permite incluir criterios de sostenibilidad social como elemento que agrega valor a la contratación pública. Estas directivas fueron traspuestas a nuestro Derecho interno a través de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP). Y es que en la contratación pública en el marco de un Estado Social de Derecho concurren e interactúan —inevitablemente— una pluralidad de intereses legítimos en presencia cuya tutela ha de ser por mandato constitucional legalmente garantizada a través de las técnicas jurídicas pertinentes de que dispone el Derecho de la Economía y el Derecho Social del Trabajo.

[1] RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* trad. J. Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, «La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía» (pp. XIII-CL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho, 2000, pág. 2.

Por otro lado, la rápida sucesión de situaciones inesperadas y extraordinarias a los que nuestra sociedad europea y, particularmente española, ha tenido que hacer frente, derivadas de la pandemia originada por la Covid-19, han provocado una batería de cambios normativos, que han tenido el efecto de convulsionar, por vía de urgencia, este marco normativo básico en materia de contratación pública con el que nos habíamos dotado poco tiempo antes. Se trata de un auténtico Derecho del Trabajo de la Emergencia, con los rasgos propios de un Derecho excepcional.

Teniendo en cuenta estas circunstancias y tras el tiempo transcurrido desde su entrada en vigor, es el momento de analizar si realmente la contratación pública está contribuyendo al desarrollo y consecución de estos objetivos de carácter socio laboral. Estas respuestas desde el ámbito social y laboral resultan hoy, si cabe, más apremiantes, para superar la grave crisis en la que nos encontramos inmersos, como consecuencia de la pandemia provocada por la Covid-19 que nos está tocando vivir.

En este contexto, reclama también atención la apuesta de la Unión Europea por contribuir a relanzar la maltrecha economía de los países miembros, a través del ambicioso programa «Next Generation UE», cuya finalidad última es colaborar en relanzar las inversiones públicas y privadas. Este programa —destaca *Olimpia Molina*— representa una oportunidad en medio de la actual crisis, para reinventar el modelo de regulación, para salir reforzados, orientando la compra pública hacia la adquisición de bienes y servicios que integren los objetivos socio laborales como señas de identidad, con vocación de crear y mantener empleo. Para ello resulta imprescindible que nuestras Administraciones y entidades del sector público, al gestionar estos fondos, tengan en cuenta la necesidad de contrarrestar la destrucción del tejido productivo que se ha producido en nuestro país, y que afecta sobremanera a autónomos y Pymes. Pero al mismo tiempo, no se puede obviar el riesgo que de ello también puede hacerse derivar, consistente en que las urgencias y circunstancias extraordinarias de todo tipo, que pueden concurrir en estos procesos de contratación de bienes y servicios adquiridos con fondos europeos, den al traste con la ansiada dimensión cualitativa de la contratación pública, obviando los requisitos que el marco general establece, tendente a la integración y desarrollo de la misma.

Desde esta perspectiva, se analiza a lo largo de los capítulos que integran este excelente estudio, la evolución que tanto desde el Derecho Europeo como desde nuestro Derecho Interno ha venido mostrando la integración y desarrollo de estos objetivos socio laborales en los procesos de contratación pública.

Se aborda también la problemática que viene caracterizando en nuestro sistema de contratación pública a los conocimos como «contratos menores», que tradicionalmente han estado rodeados de una fuerte polémica y descrédito en nuestro país, debido al abuso en que se ha venido incurriendo en el recurso a este tipo de contratos, con el fin de evitar las restricciones tendentes a asegurar la libre de competencia que rige en todo el sistema de contratación pública. Sin embargo, la respuesta normativa que ha recibido esta modalidad de contratación, inspirada en el propósito de poner fin a estas prácticas abusivas, presenta el riesgo de acabar desvirtuando uno de los objetivos básicos que orienta el nuevo marco normativo en esta materia, que no es otro que el de favorecer

la participación en los procesos de licitación de Pymes y entidades de economía social. Todo ello será objeto de atención en las páginas siguientes.

También se analizan las potencialidades y obstáculos que la inclusión de objetivos de carácter socio laboral ha venido tradicionalmente encontrando en cada una de las diferentes fases del procedimiento de licitación pública. En esta obra se aportan argumentos y ejemplos extraídos de nuestra práctica de contratación, que pongan fin a la tradicional creencia que ha venido imperando en muchos casos entre los operadores de este sector, al considerar que las posibilidades de éxito en la incorporación de estos objetivos, quedaban muy influenciadas por la elección de la concreta fase en la que pretendieran introducirse. Frente a esta creencia, siguiendo la regulación que actualmente presenta la LCSP, se aborda desde una perspectiva integral todo el procedimiento de licitación, dando gran relevancia a la misma fase preparatoria del contrato. En este sentido, LCSP contempla como novedad, realzada por *Olimpia Molina*, un planteamiento muy interesante, estableciendo el deber de planificar la actividad de contratación y de dar a conocer de forma anticipada esta planificación. Sin embargo, la planificación y la anticipación aún hoy, siguen siendo actividades bastante infrecuentes en la práctica de la contratación pública, más acostumbrada a desarrollarse bajo imperativos de urgencia, derivados en muchas ocasiones de la necesaria ejecución presupuestaria. Esta tendencia que nuestra contratación pública venía arrastrando desde hace tiempo, se ha visto si cabe aún más intensificada por las urgencias que, la gestión de las compras públicas en la era Covid, está imponiendo a esta actividad, hasta el punto que puede suponer un grave riesgo para la consecución de los objetivos que la LCSP se marca de contribución a la consecución de objetivos de carácter social.

Recibe también una especial atención el análisis del precio de los contratos como uno de los criterios de adjudicación que más pueden llegar a incidir en el objetivo de lograr una contratación pública comprometida con la consecución de objetivos sociales y laborales, puesto que la mayor valoración que reciba este criterio económico, puede dar al traste con la consecución de objetivos socio laborales que hayan quedado incorporados en las distintas fases del procedimiento de licitación. De ahí la necesidad de abordar este aspecto del contrato, desde la perspectiva de la contratación pública socialmente responsable.

Así mismo, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo marco normativo en materia de contratación pública ha revelado una especial inseguridad jurídica y conflictividad en torno a determinadas condiciones especiales de ejecución de estos contratos públicos, que presentan un carácter eminentemente laboral, y que quizás por ello, no siempre reciben un tratamiento adecuado por parte de los órganos administrativos encargados de conocer los recursos especiales que se plantean en esta materia, los cuales, en muchas ocasiones, han venido desconociendo las implicaciones que desde la legislación laboral, se derivan en materia de contratación pública. También a estas condiciones especiales de ejecución de carácter socio laboral se dedicará una especial atención a lo largo de capítulos que conforman este estudio.

Se pone también de manifiesto cómo una de las cuestiones que tradicionalmente se han venido obviando en los procedimientos de contratación pública es la relativa a

la incorporación de mecanismos de control del cumplimiento de los objetivos de carácter socio laboral que hayan sido incluidos en estos procedimientos, lo que supone ni más ni menos, que tirar por tierra todos los esfuerzos empeñados en la consecución de estos objetivos. Frente a este tratamiento tradicional, el actual sistema normativo de contratación pública aboga por el refuerzo de estos mecanismos de control por parte de los órganos de contratación pública, haciendo derivar en caso contrario, responsabilidades no sólo para las empresas adjudicatarias incumplidoras, sino para la propia Administración o entidad pública contratante.

Este estudio se completa con la consideración de las experiencias extraídas del ámbito de la contratación pública que tienen el valor de actuar como elemento ejemplarizante y buenas prácticas en la profundización y consecución de objetivos de carácter socio laboral, permitiendo que puedan ser ensayadas en sus respectivos ámbitos de actuación, por los distintos órganos administrativos de contratación pública de nuestro país. En este sentido, se trae a colación los objetivos que en este ámbito se ha fijado el Plan para el Impulso de la Contratación Pública Socialmente Responsable, aprobado en nuestro país en el año 2019 y que, como su nombre indica, tiene como objetivo principal, incidir en el desarrollo de esta dimensión cualitativa de la contratación pública, a través de la consecución de objetivos de carácter social y laboral. También se analizan experiencias de Administraciones que llevan años desarrollando una consolidada trayectoria comprometidas con la consecución de estos mismos objetivos. Todo ello, con el propósito de aportar referentes a nuestros órganos de contratación, en la inclusión y desarrollo de esta dimensión cualitativa de la contratación pública.

Por tanto, el presente estudio propone a los operadores del sector de la contratación pública, un conjunto de técnicas y buenas prácticas para el desarrollo de la tutela y protección de intereses generales de carácter socio laboral, a través de la contratación pública, tratando de despejar las dudas e incertidumbres que han venido surgiendo en esta materia, y que han tenido el efecto indeseado de llevarles a adoptar, en muchos casos, una postura conservadora y reactiva frente a todo aquello que suponía una innovación socio laboral en estos procesos de licitación pública. Se pretende con ello, aportarle instrumentos para que contribuyan de forma efectiva a lograr una sociedad más justa y con mayor grado de cohesión social a través del instrumento de la contratación pública.

Sin embargo, frente a este deseable objetivo no se pueden obviar los obstáculos que se oponen a su consecución, y cómo estos se ven incrementados por la respuesta que, la gestión de la actual crisis motivada por la Covid-19, ha encontrado en materia de contratación pública. De estos objetivos, de la necesidad de respuestas a las demandas sociales y de empleo que reclama nuestra sociedad y de la contribución que, desde el ámbito de la contratación pública es posible esperar, se reflexiona con pleno acierto a lo largo del presente libro.

Lo que resulta nítido es que la situación de pandemia que estamos viviendo nos está poniendo a prueba como sociedad, como Estado Social de Derecho del siglo XXI. Como subraya *Olimpia Molina*, en nuestras manos está superarla, reinventando los modelos de actuación, utilizando todos los instrumentos que para ello tengamos a nuestro alcance y no hay duda que la contratación pública es un instrumento que presenta

un gran potencial para ello. Ahora más que nunca, nuestra sociedad democrática no puede permitirse el lujo de desaprovechar el potencial de la contratación pública como herramienta jurídica útil al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de los fines constitucionales que tienen atribuidos.

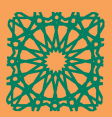
La profesora Olimpia Molina es una brillante y acreditada investigadora, que dada su gran calidad y rigor es reclamada frecuentemente para participar en distintos proyectos de investigación y obras colectivas, yendo más allá, es obvio, del ámbito de proximidad de nuestra Escuela científico académica de pertenencia.

Animo encarecidamente al lector a la lectura atenta de esta excelente y oportuna obra, en la que encontrará —desde el compromiso con «lo público» y el garantismo jurídico de los derechos de los trabajadores— análisis enriquecedores y soluciones razonables y de viable realización a la distintas cuestiones controvertidas que plantea la inclusión de objetivos socio laborales en los procedimientos de contratación pública conciliándolos con la satisfacción eficiente de los intereses públicos concurrentes.

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Granada
Presidente de la Asociación Española de Salud
y Seguridad Social

Editorial Comares



COMARES
editorial

ISBN 978-84-1369-166-4