

## Foro Responsabilidad Social Corporativa y la Empresa

### “Responsabilidad social corporativa en la nueva Ley de Contratos del Sector Público: incidencia en proyectos ya existentes y aplicación en los proyectos futuros”

Resumen ejecutivo de la sesión del 15 de enero de 2018

**Ponentes:** **Iván Gayarre Conde**, Socio de Sagardoy Abogados. Abogado del Estado en excedencia. Miembro del Consejo Académico de FIDE y **Bernabé Palacín Sáenz**, Director General de Contratación, responsabilidad social y servicios comunitarios del Ayuntamiento de Logroño.

**Moderador:** **Carlos de La Torre García**, Of Counsel en el departamento de laboral de Baker & McKenzie. Inspector de Trabajo y Seguridad Social excedente. Miembro del Consejo Académico de FIDE.

## Resumen ejecutivo realizado para Fide por Anna Abad Godoy, Licenciada en Derecho.

La sesión celebrada en FIDE el pasado día 15 de enero de 2017, tuvo por objeto el **análisis de las cláusulas de tipo social, laboral y medioambiental** en la contratación de las Administraciones públicas con motivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017 de 8 de noviembre (en adelante LCSP), que traspone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En especial se abordó la evolución de las mencionadas cláusulas sociales y medioambientales así como un ejemplo concreto del **sistema de responsabilidad social que aprobó el Ayuntamiento de Logroño en el año 2015**, con el fin de analizar su estructura y diseño así como las posibles incidencias que pudiesen surgir de su implementación en la práctica a la luz de la nueva LCSP.

La sesión se inició con la intervención de **Iván Gayarre Conde**, que abordó, en términos generales, las materias que a continuación se exponen:

- Se señalaron una serie de preceptos de la nueva LCSP que, por la propia trascendencia de su contenido, revestían gran interés para el tema aquí examinado: la Exposición de Motivos, el artículo 1.3, 26, 28.2º, 71.1º, b), 127.2º, 149.4º, 145,201, 202, 215.4º, 319, la disposición adicional primera y el Anexo V referente al listado de convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental a que se refiere el artículo 201 LCSP.
- Prescindiendo de otros antecedentes más o menos acertados y remotos (en algún caso de vigencia limitada) la doctrina y la jurisprudencia han señalado que las condiciones especiales de ejecución del contrato constituyen una novedad en nuestra tradición legislativa contractual pública introducida en el artículo 102 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (así lo destacó también su Exposición de Motivos). Admitida con ciertas limitaciones la posibilidad de que puedan incorporarse las cláusulas sociales como condición especial de ejecución (como resulta de los arts. 196.1º y 102 de la LCSP de 2007, cuyo contenido se reitera en los arts. 118 y 212 del vigente Real Decreto legislativo 3/2011), se analizó si es posible que este tipo de cláusulas pueda imponerse a los órganos de contratación a través de una norma reglamentaria (como sucede por ejemplo con el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, que establece medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid), analizándose algunas sentencias citadas al respecto. La Exposición de Motivos de la nueva LCSP de 2017 señala que *para lograr este último objetivo (lograr una mejor relación calidad-precio) “por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los*

*criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores al objeto del contrato”.*

- En cuanto a la imposición de penalidades a una empresa contratista por el no cumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales asumidas en el contrato, se hizo hincapié en la diferencia que reviste la imposición de una penalidad a una empresa contratista, respecto de la imposición de una sanción a una empresa contratista. La imposición de una sanción comporta una prohibición de nueva contratación con el sector público, mientras que la imposición de una penalidad deriva de unas estipulaciones de carácter accesorio plasmadas en el contrato para asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual y, por ende, no comportará la mencionada prohibición de nueva contratación con el sector público. En definitiva, señalar que no se puede confundir ambos conceptos (sanción y penalidad) pues las consecuencias que se derivan de uno y de otro no son homogéneas.
- Sobre la importancia de las circunstancias concurrentes al enjuiciar cada caso se mencionó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante TSJ) (sala 3ª), núm. 220/2017 de 7/06/2017, anterior por tanto al conflicto sucedido en verano de 2017 en el aeropuerto de El Prat en Barcelona por los vigilantes de seguridad, que recoge un supuesto conflictivo en cuanto a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública. En concreto y a raíz de del recurso presentado ante este Tribunal, se debate en el seno del mismo, sobre la posibilidad de introducir como criterio a valorar en la contratación pública el pago de un salario digno a los trabajadores. El TSJ de Madrid secunda lo contenido en la Resolución que dio origen al recurso, y sostiene como principales conclusiones las que siguen a continuación:
  - Si la empresa cumple con lo estipulado en cuanto a retribución de los trabajadores, no puede primarse la aplicación de una u otra regulación retributiva.
  - Si esto fuese así, el órgano de contratación estaría usurpando el papel de los órganos competentes en materia laboral, al entrar a valorar cuestiones que escapan de su ámbito funcional y se estaría sancionando a aquellas compañías que hiciesen uso de los derechos que les concede y reconoce la legislación actual (posibilidad de sustituir los convenios nacionales por convenios de empresas).

- En definitiva, los derechos de los trabajadores devienen intangibles ante el ámbito de la contratación pública.

A continuación intervino **Bernabé Palacín Sáenz**. Las principales cuestiones que analizó y desarrolló fueron las siguientes:

4

- La responsabilidad social en la contratación que regula la nueva LCSP, puede entenderse como una contratación instrumental o responsable socialmente. La contratación, mediante el uso de determinadas herramientas, el marco jurídico aplicable y la fijación de objetivos, deberá velar por las necesidades y expectativas de los ciudadanos, con el fin de generar un resultado favorable y satisfactorio para los mismos. La finalidad de la nueva LCSP tal y como recoge el artículo 1.3 no es otra que la de *proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos*. Sin embargo, destaca la evolución manifiesta en la consideración del procedimiento de contratación por las viejas administraciones como un recurso burocrático, a la consideración por las nuevas administraciones como un recurso de calidad. Así, parece que se impone como eje central del nuevo procedimiento de contratación el “*para quién*” frente al tradicional “*cómo*” que reinaba en la hasta ahora contratación pública.
- En el derecho internacional y en especial en el derecho europeo, también encontramos previsiones acerca de la responsabilidad social de las empresas públicas y privadas en el ámbito social. El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas del 18/7/2001, establece que *ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo «más» en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores*. Esta inversión genera unos beneficios directos en el entorno de trabajo o los recursos naturales, así como indirectos en los consumidores o inversores. Sin perjuicio de ello, la Unión Europea, a pesar de reconocer el papel de la contratación pública en la promoción de la responsabilidad social, considera que no está claro el impacto global alcanzado con la mejora del comportamiento social y medioambiental de las empresas.  
Además del Libro Verde, destacan otros textos europeos en materia de responsabilidad social tales como: las dos resoluciones del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible (2012/2098(INI)), y la Directiva de Contratación Pública 2014-24 CE.

- Otro de los puntos que se resaltaron fue la misión que ostenta el Departamento de Contratación referente a la provisión de bienes y servicios para alcanzar el fin de la utilidad social y calidad de vida de las personas, que se encuentra con un conjunto de obstáculos que le dificultan la efectiva consecución del resultado. La mala calidad del empleo en el ámbito de la responsabilidad social, que trae su causa en la crisis económica, la falta de control en la ejecución de los contratos, la incertidumbre jurídica o la despreocupación por el medio ambiente, son algunos ejemplos de ello.
- Tras la exposición de un cuadro comparativo que cotejaba la semejanza o divergencia entre algunas cuestiones en la versión vigente del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y la nueva LCSP, se ilustró a la sala con la idea de que una ejecución sin control devendría insuficiente, pues la realidad es que la mayoría de los órganos de contratación no atribuyen cometidos claros de supervisión a los responsables del contrato. Para llevar a cabo la ejecución de un contrato es necesario buscar un equilibrio, no pudiendo colmar el pliego de condiciones de estas previsiones sociales y medioambiente sin límite alguno. En el ejemplo particular del Ayuntamiento de Logroño, destaca la creación de una Sección de Supervisión y control de los contratos, entre cuya funciones destacan, por ejemplo, colaborar con el Responsable del Contrato en la fase de diseño, o velar por el cumplimiento de las obligaciones administrativas u ofertadas, así como realizar inspecciones de actividad en coordinación con los responsables...etc. De entre los contratos elegidos para el control podemos destacar el de estudios de seguridad, limpieza en centros escolares o comidas a domicilio, entre otros.  
Con motivo de esta necesidad de control en la ejecución de los contratos, los agentes que intervienen en este proceso se encuentran con una serie de frenos al control de la ejecución que en ocasiones se presentan como auténticos obstáculos para desempeñar efectivamente la prestación. Hablamos de una falta de conocimiento general de la materia, una posible falta de colaboración del contratista o una escasa eficacia de las medidas penales.
- Entre los resultados más destacados del año 2016 y los que figuran hasta noviembre del año 2017 que integran cláusulas sociales o medioambientales, podemos mencionar los 48 contratos suscritos por importe de más de 14 millones de euros en el primero, y los 78 contratos suscritos por más de 40 millones, en el segundo. Ambos contienen una serie de cláusulas obligatorias en cuanto a ejecución social y medioambiental. Estas cláusulas tan solo son preceptivas una vez que se ha adjudicado el contrato y se incurre en la fase de ejecución del mismo, no siendo así como criterio adjudicador.

- El ponente finalizó su intervención remarcando el impacto general que ha supuesto este programa de inclusión de cláusulas sociales y medioambientales, situándose la conformidad de los licitadores en un 7,44 sobre 10.

Por su parte, en el **turno de debate**, se propusieron un conjunto de cuestiones diversas. Se puso de manifiesto la incertidumbre por saber qué pasaría en el caso de que una Administración no aplicase el Convenio Colectivo correcto en caso de subrogación, con la consecuente responsabilidad en la que podría incurrir ésta por no actuar diligentemente. Fue opinión prácticamente unánime, el hecho de que generalmente, en la práctica, nadie controla esta situación y que ante tal confusión tampoco serviría plantearse la posible solución de requerir un informe preceptivo no vinculante de un organismo, pues la duda se trasladaría entonces a saber cuál es el organismo competente para ello, generando un debate anexo al respecto.

En relación con la Investigación, el Desarrollo y la Innovación (I+D+I), se planteó hasta qué punto la Administración Pública puede desplegar su creatividad en el ámbito de estas materias y cómo se podría regular la misma. Siendo ello así, se remarcó que la nueva LCSP aglutina dos procedimientos que ya estaban presentes en la antigua ley: la compra pública pre-comercial y la compra pública de tecnología innovadora. Sin embargo e independientemente de ello, dado que es un tema muy complejo, para poder dar una respuesta más ajustada a este punto en concreto, probablemente se necesitaría de un desarrollo reglamentario que previese todas sus vertientes. A tenor de la referida creatividad, se adicionó como cuestión nueva la posibilidad de que la Administración fuese asimismo creativa con las condiciones sociales y medioambientales, a lo que se apuntó que a pesar de que los artículos 145 y 202 LCSP no son dos preceptos exhaustivos en cuanto a las mismas, pocos ejemplos pueden agregarse fácilmente.

Otro de los temas cuya valoración se consideró en la sesión, fue la redacción que la ley da al artículo 145.6 LCSP, referente a la vinculación con el objeto del contrato, siendo ésta muy difusa, lo que conlleva a preguntarse cuál es su contenido exacto así como la finalidad que presenta. Pues bien, a pesar de la dificultad interpretativa intrínseca, la redacción de este precepto puede considerarse como “un primer paso”, sin perjuicio de que los problemas interpretativos sigan siendo más que evidentes. Finalmente, otra de las preguntas planteadas versó sobre qué fórmulas de valoración se utilizarán a la hora de ponderar los propios criterios de valoración. A juicio de los ponentes, esta cuestión no presenta conformidad en la realidad contractual de la nueva LCSP y, a pesar de que la doctrina opte por las fórmulas lineales (no siendo siempre las más justas) sobre las que hay diversos estudios, parece que las fórmulas que comúnmente se utilizan son aquellas destinadas a atemperar las fórmulas del precio. Esto se entiende, debido a que

el esfuerzo económico deberá ir acompañado de un esfuerzo social/medioambiental equivalente.

Como conclusión general de la sesión en la que se analizó la inclusión de las cláusulas sociales, laborales y medioambientales en la nueva LCSP, predomina la idea general de que es imprescindible que tanto la Administración como el contratista, dispongan de un responsable en la ejecución del contrato determinado, pues solo así puede lograrse el fin que persigue este nuevo marco de cláusulas reforzadas: la satisfacción de las necesidades para las que el contrato se creó.