

La contratación pública, instrumento de política social

Javier Pérez Llorca

En este final de siglo, la plena ocupación constituye el objetivo ideal de todas las fuerzas sociales y políticas del mundo occidental. Nadie duda de que el bienestar y la cohesión social dependen, principalmente de la tasa de ocupación que se da en cada sociedad.

Los procesos de marginación y desarraigo están íntimamente ligados con la existencia de altas tasas de desempleo. La relación entre paro laboral e incremento de actividad antisocial es un factor reconocido: el profesor Jeremy Rifkin en su obra "El fin del trabajo", cita el estudio de Merva y Fowles, según el cual, en Estados Unidos, un crecimiento de un 1% en el desempleo, se traduce en un crecimiento del 6,7% en los homicidios, en un 3,4% en los crímenes violentos y en un 2,4% en los delitos contra la propiedad. Sean estos efectos del paro u otros, lo cierto es que la ocupación y la lucha contra la exclusión social, son un bien en sí mismo.

Nuestra Constitución define en su artículo 1 al Estado como un "Estado social y democrático" de Derecho. Más allá de las definiciones, creo que podemos afirmar que los constituyentes pretendieron subrayar con esta descripción la actitud activa del Estado ante los problemas sociales. Infundieron en la administración un imperativo legal en orden a la beligerancia frente a los problemas sociales. No podía ser de otra forma sin desmarcarse del contexto internacional y temporal en que se redactó la constitución de 1978.

Política social y administración

En toda Europa las fuerzas políticas, sustancialmente, coinciden en otorgar a la administración pública un rol dinámico en la lucha contra la exclusión social. La definición de políticas activas en favor de la ocupación es un objetivo político de primer orden. En Catalunya hemos asistido a la firma entre Generalitat y fuerzas sociales, del "Pacte per a l' Ocupació de Catalunya", una vez que con fecha 1.1.98, la Generalitat recibió la transferencia de las políticas activas, por parte del Ministerio de Trabajo del gobierno central.

En el seno de la Unión Europea, el debate sobre las políticas activas, es una inquietud constante:

El 27 de julio de 1994, la Comisión Europea aprobó el "Libro Blanco de la Política Social Europea. Un paso adelante para la Unión" "1". En él se señala que "ésta es una buena ocasión de examinar la posibilidad de una mayor acción de la Unión para la integración de los excluidos del mercado laboral que cubre tanto las dimensiones económicas y sociales de esta integración, proporcionando un marco jurídico para apoyar y estimular los esfuerzos de los estados miembros".

El "Programa de Acción Social a Medio Plazo (1995-1997)" definía las actuaciones que la Comisión se comprometía a llevar a cabo en ese período. De ellas hay que señalar la racionalización de los observatorios, el desarrollo de los Acuerdos de Essen en materia de empleo, el permitir que las empresas puedan formular propuestas en la anterior materia y en la lucha contra el paro, etc.

En el informe del "Comité de Sabios", de Marzo del 96, "Por una Europa de los derechos Cívicos y Sociales" podemos leer: "Si Europa rechaza simultáneamente el agravamiento de las desigualdades y de la marginación social, y la generalización de las políticas de asistencia pasiva destinadas a las personas en situación de exclusión, deberá hacer un esfuerzo considerable de innovación, de organización y de movilización para construir un sistema de desarrollo donde todo el mundo tenga su lugar, será necesario desarrollar una concepción activa de la ciudadanía donde cada cual acepte tener obligaciones hacia los demás. Hará falta renovar profundamente asimismo nuestras políticas públicas, que deben prevenir tanto como curar, e incitar al esfuerzo más que asistir".

Política activa e instrumental

Efectivamente: en la definición de políticas activas se requiere, básicamente, una voluntad de innovación; una adaptación de la administración a los nuevos objetivos políticos que se afrontan. Hoy más que nunca la aplicación de programas de bienestar social depende no tanto de la adscripción partidaria del administrador, si no de su capacidad creativa. Los conflictos sociales en este final de siglo, en Europa, sólo pueden ser abordados seriamente desde posiciones innovadoras que, lejos de toda cantinela ideológica, tengan por único norte la eficiencia en la consecución del beneficio social.

Por ejemplo, la propuesta formulada en 1997 por el gobierno de Lionel Jospin, a iniciativa de su ministra de Empleo y Solidaridad, Martine Aubry, tuvo la innegable virtud de ser imaginativa, de querer explorar nuevas iniciativas; destinando recursos a financiar nuevos empleos "atípicos", destinados a atender necesidades emergentes, empleos que calificamos como "cuarto sector". Es de apreciar también la valentía política del conseller de Treball de la Generalitat de Catalunya, Ignasi Farreres, cuando verbaliza ideas para reorganizar el sistema de prestaciones a los parados. Bienvenidas sean también las opiniones del profesor Gösta Esping-Andersen, que tuvimos ocasión de escuchar recientemente en Castelldefels, en el marco del "Primer Encuentro sobre el futuro del Estado del Bienestar", organizado por la revista "La factoría" y la entidad civil "L' Agrupació"; opiniones que, formuladas desde una perspectiva de progreso social, tienen la frescura intelectual de poner en tela de juicio la eficacia de medidas como la reducción de la jornada de trabajo.... En definitiva, nuestros problemas sociales son lo suficientemente importantes como para no poder permitirnos el lujo de afrontarlos con el recetario social de nuestros abuelos.

Para aplicar las políticas sociales, las administraciones necesitan dotarse de nuevos instrumentos.

Toda administración cuenta con instrumentos de intervención económica, potentes. Instrumentos que no siempre se ponen al servicio de las políticas sociales. Por ejemplo: el volumen de contratación de obra pública en Catalunya es del orden de 200.000 millones de pesetas anuales. Este volumen de recursos es gestionado por las diferentes

administraciones (Generalitat, ayuntamientos...) cumpliendo las determinaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas"2". Una ley concebida para garantizar un proceso de licitación justo, en el que se respete el principio constitucional de igualdad entre los licitadores. El derecho de todo licitador a un proceso de concurrencia justo, ha de ser tutelado por el Estado de Derecho. Ciertamente. Es un imperativo moral aceptado como tal y regulado por la Ley, en el mundo occidental, desde el siglo XIX.

Ahora bien, ¿con plena salvaguarda de un proceso de licitación justo, sin merma alguna en la calidad de las obras ejecutadas, la administración podría utilizar el volumen de recursos anualmente destinado a obra pública para coadyuvar a sus políticas sociales?

La pregunta adquiere máxima importancia si la ponemos en relación con el volumen de recursos que las administraciones gestionan a través de procesos de contratación pública. En la Unión Europea, las administraciones dedican unos 720.000 millones de euros anuales a adquirir bienes y servicios, lo que supone el 11% del producto interior bruto de la Unión.

La reflexión europea: el Libro Verde de 1996

En esta línea de reflexión, el veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, la Comisión Europea, daba a conocer el "Libro Verde. La contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro". El Libro Verde, es una invitación a la reflexión y a la búsqueda de mecanismos que profundicen las políticas comunitarias en un mercado tan importante como el de la contratación pública.

La conveniencia de contemplar la contratación pública, no tan solo como un proceso de garantías, sino como un instrumento de políticas sociales, queda patente en los presupuestos del Libro Verde cuando proclama que "una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado interior en todos sus aspectos. Con la implantación del marco jurídico comunitario de contratación pública, es importante iniciar un proceso de reflexión sobre la mejor forma de aprovechar todas sus posibilidades, para, seguidamente someter la materia a debate entre los estados miembros, el Parlamento Europeo, las entidades y poderes adjudicadores (cuya contribución es esencial), y las propias empresas."

La conveniencia de abordar la contratación pública desde una posición de mayor alcance que la meramente garantista, es una obligación acorde con lo exigible a todo Estado social y democrático de Derecho. El Estado no tan sólo ha de arbitrar los derechos subjetivos de los ciudadanos, sino que se ha de colocar en posiciones activas frente a los déficits sociales. Las políticas sociales, en este final de siglo, ya no son entendidas por nadie como derechos de "segundo orden" frente a otros principales. Por ello, es razonable pretender que las políticas sociales diseñadas por toda administración, se entrelacen, se integren con el resto de instrumentos políticos a disposición de los estados.

Así, en el Libro Verde, en su capítulo 5.5, la Comisión incorpora a sus reflexiones sobre la contratación pública en la Unión Europea, la interrelación con "otras políticas comunitarias". Concretamente, bajo el epígrafe 5.5. desarrolla los criterios de "contratación pública y aspectos sociales".

Definir políticas activas desde las administraciones, la mayor parte de las veces requiere del gestor un gran esfuerzo para "alejarse de la rutina". Para no claudicar apriorísticamente, aceptando que "los procesos son los que son"; confundiendo muchas veces control de legalidad con seguidismo. Seguidismo de lo que "siempre se ha hecho" (cuando menos, siempre, en la memoria del administrador). Por ejemplo: nuestra vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas³, derogó la anterior Ley de Contratos del Estado, que a su vez derogó el capítulo quinto de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 (que había sido reformada ya por Ley de 20 de diciembre de 1952). Hasta la fecha toda la normativa sobre contratación pública en España siempre ha obedecido a un único objetivo político: garantizar la igualdad de concurrencia de los licitadores posibles. Como señalaba anteriormente, es una directriz política que encuentra su origen en las preocupaciones normativas del político decimonónico; preocupado por garantizar que el Estado fuese capaz de gestionar con objetividad sus cometidos. Ciertamente, en 1998, esta directriz política sigue siendo una necesidad. Pero nada obsta para que, nuestro marco normativo, al regular la contratación pública, junto a esta directriz tradicional promueva el cumplimiento de otros objetivos políticos del Estado moderno, de este al que llamamos social y democrático de Derecho. En el caso que nos ocupa, nada debiera impedir que se promueva a través de los procesos de licitación, el cumplimiento de las políticas sociales promovidas por los gobiernos.

Cuando menos esa es la orientación de la Comisión de las Comunidades Europeas, cuando en Noviembre de 1996, en el "Libro Verde. La Contratación pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro" constata que "estando en plena transformación, aun queda camino por recorrer hasta llegar al aprovechamiento pleno de nuestra política de contratación pública; ser eficaz en esa política es vital para el éxito del mercado interior y esencial para que el mercado único genere un crecimiento sostenido a largo plazo y cree empleo. Es importante la incorporación de las directivas en la legislación nacional, ya que, los estados miembros tienen la importante función de cooperar con la creación de unas condiciones que garanticen tanto el buen funcionamiento de la competencia en la contratación pública como la prosperidad de nuestras empresas, que entronca con el actual debate sobre un Pacto de confianza para el empleo".

A propósito de esto, permítasenos reproducir lo contenido en el apartado 5.42 del Libro Verde: "Una segunda posibilidad consiste en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adjudicados el respeto de obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas. A este respecto, la verificación de una condición de este tipo debería tener lugar fuera del procedimiento de adjudicación del contrato⁴". Naturalmente sólo se autorizan condiciones que no tengan efectos discriminatorios, directos o indirectos, con respecto a licitadores procedentes de otros estados miembros. Además, debe asegurarse una transparencia adecuada mediante la mención de estas condiciones en los anuncios de licitación o en los pliegos de condiciones".

Una reflexión global

Valorando el contenido del Libro Verde, el Comité Económico y Social aprobó el 29 de Mayo de 1997 un dictamen que señala, entre otras cuestiones, la necesidad de una reflexión global y a largo plazo sobre los verdaderos objetivos que debe alcanzar una

política europea de contratación pública, como elemento favorable para una mejor competitividad, un crecimiento con riqueza de empleo y una real integración de los mercados. Teniendo en cuenta las prioridades comunitarias, especialmente en materia social, las autoridades públicas adjudicadoras pueden integrar estas preocupaciones en los contratos públicos que realizan.

Una política europea en materia de contratos públicos de obras debería reforzar el concepto de "mejor oferta" u "oferta económicamente más ventajosa", ya que el criterio del precio no es el único determinante. También se hace hincapié en considerar la mejora de las condiciones generales de acceso a la contratación, en especial para las pequeñas y medianas empresas. Así mismo, destaca el papel importante de los entes locales que son los que realizan la mayor parte de los contratos públicos.

No resulta extraño estas conclusiones si tenemos en cuenta que es el propio artículo 2 del Tratado de la Unión Europea el que subraya la prioridad de las políticas sociales, como uno de los objetivos de la Unión. Coherentemente, el Libro Verde señala que "poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de la adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos. Entre los ejemplos que ilustran esta situación, pueden citarse las denominadas 'acciones positivas', es decir, la utilización de un contrato público como medio de conseguir el objetivo deseado".

"Por todo ello, desde el momento de la entrada en vigor de las directivas de contratos públicos, se ha planteado constantemente la viabilidad y conveniencia de perseguir estos objetivos sociales".

"Determinadas disposiciones, contenidas en todas las directivas, ofrecen la posibilidad de exclusión de empresas condenadas por delitos relativos a su moralidad profesional o comisión de una falta grave, también derivados de la violación de una legislación encaminada a fomentar objetivos sociales. Así se permite indirectamente a los poderes adjudicadores perseguir objetivos sociales, excluyendo de los procedimientos de adjudicación de contratos a los candidatos que no hayan respetado este tipo de legislación".

"Otra posibilidad consiste en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adjudicados el respeto de obligaciones de carácter social. Esta condición deberá ser verificada fuera del procedimiento de adjudicación; no ha de tener efectos discriminatorios, directos o indirectos, con respecto a licitadores procedentes de otros estados miembros, y ha de asegurarse la mención de esta condición en los anuncios de licitación o en los pliegos de condiciones".

La discriminación positiva

De todo ello, se sugiere la aplicación de la figura de la discriminación positiva, en el ámbito de la contratación pública. Discriminación positiva puesta al servicio del cumplimiento de uno de los objetivos de las políticas sociales: la promoción de sectores sociales especialmente desfavorecidos (mujeres, jóvenes, colectivos de difícil inserción laboral).

La figura jurídica de la discriminación positiva como instrumento para resolver conflictos entre derechos, es conocida, aceptada y aplicada en nuestro Derecho. Si bien es cierto que lo ha sido, principalmente, en materia de derechos laborales. O cuando menos, es en este ámbito donde su aplicación ha obtenido una aplicación más generalizada. Nada impide, desde el punto de vista conceptual, que esta misma técnica sea aplicada en el entramado jurídico que regula la contratación pública.

Ese es el horizonte al que apuntan los esfuerzos de la Comisión Europea. Hasta la fecha, las legislaciones nacionales (como veremos con pocas excepciones), se limitan a regular un proceso de concurrencia en términos tradicionales.

Las experiencias conocidas pivotan sobre las iniciativas de las llamadas empresas de inserción, cuyo objetivo es facilitar la incorporación al mercado de trabajo a personas pertenecientes a colectivos con dificultades para acceder al mismo.

En Francia, la empresa de inserción (EI), opera en el mercado ordinario. Como cualquier empresa, produce bienes y servicios destinados al mercado y sus recursos provienen fundamentalmente de sus ventas. La EI debe presentar garantías de viabilidad económica. No existen mercados reservados a las EI. Cuenta, eso sí, con un soporte estatal: una cláusula de "mieux disant social" en la concurrencia en los mercados públicos "5".

La circular interministerial (1993) conocida como de "mejora social" autoriza a tener en cuenta, en las licitaciones de mercados públicos, criterios relativos al empleo y a la lucha contra la exclusión.

En España, el marco normativo viene dado por la Ley 13/1995 que se quedó a las puertas de incorporar esta sensibilidad manifestada por la Comisión Europea. Que sea así es razonable, si consideramos que a fin de cuentas el Libro Verde de la Contratación Pública en la Unión Europea, data del 27.11.1996, es decir, que corresponde a un debate posterior a la promulgación de nuestra ley de contratos. Ley que, por otro lado, en su preámbulo justifica su aparición precisamente por la voluntad de adaptar nuestro proceso de licitación a las directivas comunitarias.

Por tanto, el marco normativo de la obra pública en Catalunya, viene determinado por la ley "6" de Contratos de las Administraciones Públicas.

En Catalunya, la Generalitat ha desarrollado dos líneas de actuación como medidas activas, dirigidas a corregir las situaciones de exclusión sociolaboral y de pobreza:

La primera disposición se establece en la Orden de 20 de febrero de 1996, del Departament de Treball, regulando el programa de ayudas para la inserción laboral de personas acogidas al PIRMI mediante empresas y entidades. Basándose en el art. 15 del Decreto 228/1995, regulador del "Programa Interdepartamental de la Renta Mínima de Inserción" (PIRMI), y en el art. 12 de la Ley 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalitat de Catalunya; dicha Orden además de establecer los criterios y objetivos para regular la participación en programas de inserción, abre el censo de empresas y entidades colaboradoras de inserción del Departament de Treball, definiendo este tipo de empresas y estableciendo los requisitos para su inscripción.

Es importante reseñar, que en el art. 26 de dicha Orden, se indica que la evaluación de este programa ha de servir para determinar los medios que podrían mejorar las acciones que la Generalitat de Catalunya desarrolla en relación con la inserción laboral.

La segunda iniciativa proviene del Departament de Benestar Social, con el programa "Posa't a punt", cuyo objetivo es contribuir a la inserción sociolaboral de los colectivos más desfavorecidos, que viven en barrios prioritariamente administrados y gestionados por ADIGSA (empresa pública), en colaboración con los Departamentos de Trabajo y Bienestar Social.

ADIGSA (empresa de la Generalitat de Catalunya, no sujeta a la tramitación estricta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁷⁷), elaboró en junio del 97 un pliego de bases complementario para la incorporación de proyectos de inserción sociolaboral para colectivos desfavorecidos, en la contratación de unas obras determinadas. Dichos proyectos de inserción sociolaboral se han incorporado a licitaciones en que para su adjudicación se ha utilizado los mecanismos del concurso, en cuanto son susceptibles de introducirse mejoras y por lo que hace en la admisibilidad de variantes^{78bis}, "mejora de la oferta", "admisibilidad de variantes", "precio alzado", etc.

Estas experiencias de contratación pública con inclusión de cláusulas sociales, siendo las primeras experiencias desarrolladas en el país, han tenido un resultado positivo y se han situado en la perspectiva trazada por la Comisión Europea a través del Libro Verde.

Dejando a un lado estas novedosas experiencias, podemos decir que nuestro marco normativo regula el proceso de adjudicación de contratos públicos en base al interés público. Interés que se concreta en asegurar la igualdad de los licitadores. Exclusivamente. No obstante, nada impide que una modificación de la vigente ley de contratos, incluyera en el concepto de interés público, junto a la igualdad de los licitadores, la aplicación de políticas sociales. Es más, creo que aun sin esperar a la deseable modificación de la Ley 13/95, el marco jurídico vigente (conformado no tan solo por la regulación expresa de la ley 13/95, si no, además, por la normativa europea y la jurisprudencia) permite la incorporación al proceso de licitación, de cláusulas sociales.

La jurisprudencia, elemento básico

Veamos la jurisprudencia existente. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de octubre de 1.993 cuando en su Fundamento de Derecho Tercero nos dice lo siguiente: "Aunque el sistema de concurso, frente a los otros sistemas de selección del contratista, ofrece a la Administración un mayor margen de libertad en la elección, sin embargo ésta no puede ser tan absoluta que permita una arbitrariedad, que viene interdictada por el art. 9 CE. Ese margen de libertad está limitado, de un lado, por los mecanismos de control que el ordenamiento jurídico ofrece para revisar la actividad discrecional y, de otro, por el propio pliego de condiciones, que es ley del concurso, y que obliga tanto a los concursantes como a la administración contratante. En este último aspecto es suficientemente claro el art. 15 RCCL de 9 Ene. 1953, al señalar que "en el concurso la licitación versará sobre las circunstancias y elementos relativos al sujeto y al objeto del contrato, y la adjudicación se otorgará a la proposición que, cumpliendo las condiciones del pliego, resulte más ventajosa, sin atender únicamente la oferta

económica y según el juicio de la Corporación, que será discrecional, si la Ley o la convocatoria no determinasen motivos de preferencia".

Parece claro, pues, que aquí lo importante es que la actividad discrecional de la Administración licitante del Contrato no incurra en arbitrariedad y según la Sentencia que acabamos de citar parece ser que aparte del lógico control jurisdiccional del que puede ser objeto dicha discrecionalidad, el propio Pliego de Condiciones Particulares actúa como garantía de que no se incurra en arbitrariedad. Ahora bien, esto sucede a la hora de llevar a cabo la adjudicación del Contrato, pero podría ser que fuera a la hora de redactar las Condiciones Particulares del Contrato cuando la Administración contratante incurriera en esta supuesta arbitrariedad.

Al respecto nos resulta de gran importancia, por su novedad, lo expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.996 a cuyo tenor: "Como ya hemos dicho, el principio general que rige la materia es el de que la clasificación del contratista le habilita para concurrir a los contratos que pretenda realizar la Administración. Ello no implica, sin embargo, que la Administración no pueda introducir requisitos específicos, por vía de Condiciones Particulares. Esta posibilidad está contemplada en los artículos 110 y 312 del Reglamento de Contratación. Pero tanto por la naturaleza de los Pliegos de Condiciones Particulares, como por el contenido de los artículos 110 y 312, citados, tales criterios objetivos han de ser: precisos, justificados y habrán de tener en cuenta, entre otros, los siguientes criterios, experiencia en modernas tecnologías, programación de la obra y criterios análogos".

La clave de la cuestión para la no incursión en arbitrariedad, radica en que la justificación del requisito que se introduzca como condición en la contratación sea objetiva, lógica y razonable. Esto viene reforzado por la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1.997 que va en esta línea en su Fundamento de Derecho Tercero: "...no se vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución porque se convoque un concurso para la adquisición de productos de importación o, en general, de material que requiera una concreta especificación técnica, puesto que ello puede venir impuesto por necesidades de moderna y alta tecnología, no hay vulneración de igualdad porque se formulen en los pliegos de contratación especificaciones a determinadas marcas o modelos siempre que se ajusten a lo establecido en el artículo 244 del Reglamento de Contratación, en el sentido de no limitar sino de admitir otros productos equivalentes".

También por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de marzo de 1.996 en su Fundamento de Derecho Tercero: "...resultando fácil deducir de todo ello, como norma que el ordenamiento jurídico impone a la Administración en supuestos como el enjuiciado, aquélla según la cual la no contratación de un medio, que en sus características técnicas se presenta como homogéneo a otros si contratados, exigirá, como requisito preciso para que el derecho a la igualdad en la aplicación de la norma no resulte vulnerado, que la exclusión obedezca a una justificación que se muestre como objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados".

En lo que hace referencia al otro aspecto que hemos hecho mención anteriormente, el de la protección de un supuesto interés de carácter social o público destaca la Sentencia,

una vez más, de la Sección 5ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1.997 en su Fundamento de Derecho Tercero: "La desviación de poder en que se insiste carece también de toda consistencia, a la vista del expediente administrativo y de la prueba practicada en primera instancia. En el procedimiento de concurso -que se ha seguido correctamente en el caso- la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público. Los documentos existentes en el expediente justifican claramente la decisión del órgano de contratación al valorar las dos ofertas más favorables (la del apelante y la de la empresa que resultó adjudicataria) e inclinarse por la segunda, ya que en la experiencia de la propia Administración municipal respecto de contratos anteriores con ambas empresas se consideró, por las ponderadas y no desvirtuadas razones que expresan los informes municipales, que la oferta de la segunda empresa no había incurrido en deficiencias en la prestación de servicios, y era la más conveniente a los intereses de la Administración contratante".

El interés público

¿Quién define el interés público?. Parece razonable sostener que el parlamento y los gobiernos; como concreción de la voluntad popular tienen la función de definir, en cada época, las políticas que tiendan a beneficiar el interés público. El interés público no es un concepto inmutable a lo largo de los tiempos. Por ello, si universalmente está admitido que convienen al interés público las políticas sociales que luchan contra la exclusión ¿que impide que en la definición de interés público en orden a los procesos de licitación, las administraciones incorporen como elementos objetivos criterios de políticas sociales?. Personalmente, creo que nada.

Ciertamente se puede argumentar en contrario que estaríamos ante una colisión de derechos, los derivados del principio de igualdad de los licitadores, protegido por el artículo 14 de la Constitución y los derivados de las políticas sociales desarrolladas en aplicación de lo dispuesto por el capítulo tercero del mismo texto constitucional. La solución al conflicto la hemos de buscar en la aplicación de la técnica de la discriminación positiva.

Un ejemplo de técnica de discriminación positiva es la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de noviembre de 1.997, dicho tribunal se declara partidario de este tipo de actuación cuando se le plantea la siguiente cuestión prejudicial:

En el Asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos se planteó ante el Tribunal la licitud de la inclusión de una condición para la adjudicación de un contrato de obra pública, con arreglo a la cual se exigía al contratista que contratara a un determinado número de trabajadores en paro prolongado e inscritos en una oficina regional de empleo.

En el asunto Beentjes el TJCE acogió expresamente el hecho de que los estados miembros incorporen a sus procesos de licitación, como criterios objetivos, elementos de sus políticas sociales. Con este pronunciamiento el Tribunal ha dejado la puerta abierta a la posibilidad de estimar como válidas cláusulas incluidas en anuncios de licitación de contratos públicos que persigan como objetivos combatir el desempleo juvenil, la formación profesional, la sanidad, la seguridad social o la supresión de la discriminación por motivos de raza, religión o sexo. Ello siempre y cuando estas

cláusulas respeten el Tratado de la Comunidad Europea y las disposiciones de las directivas sobre contratos públicos, lo que exigirá, en cualquier caso, un análisis individualizado.

Como señalan Fernández Martín y Stehmann, en la sentencia Beentjes el Tribunal parece admitir la utilización por los poderes públicos adjudicadores de consideraciones sociales en la contratación pública.

En definitiva, la contratación pública, aunque de forma limitada, se puede utilizar como instrumento de política social y regional. Es más, estos fines han sido claramente potenciados con la aprobación del Tratado de la Unión Europea. En este sentido, el artículo 2 del Tratado contempla la misión de promover la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros, que constituyen objetivos esenciales para lograr el progreso y el éxito de la Comunidad; en la letra j) del artículo 3 se especifica que el fortalecimiento de dicha cohesión es una de las tareas que debe llevar a cabo la Comunidad para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2; en fin, el artículo 130 A del Tratado de la Comunidad Europea destaca la importancia de avanzar en el camino de la cohesión económica y social, la Comunidad, establece el párrafo segundo del citado precepto, se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas, incluidas las zonas rurales.

Como señalan Van Gersen y Gilliams, el Tribunal ha insistido en la necesidad de que las directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios del Tratado. Artículo 2 de Tratado: "Procurar la cohesión social y económica".

En definitiva, la inclusión de cláusulas sociales en los procesos de licitación de obra pública, será una práctica común en los países de la Unión a corto plazo. Sería deseable que desde nuestro país adoptemos las iniciativas necesarias para permitir que la contratación de obra pública, lo antes posible, sirva también al cumplimiento de las políticas sociales.

Javier Pérez Llorca

Abogado. Diputado por CiU en la Diputación de Barcelona

Notas:

1. (COM 94-333)

2. L. 13/1995

3. (Ley 13/1995 de 18 de mayo), dictada por Decreto 923/1965 de 8 de abril

4. Véase la sentencia Beentjes citada así como la comunicación de la Comisión sobre los aspectos sociales y regionales de los contratos públicos, de 22.9.89 COM 89, 400 final DOCE C 311 de 12.12.89

5. Circular TEPF 14/93 de 29 de diciembre 1993, y Circular nº 95-94 de 14 de diciembre de 1995

6. Ley 13/1995 de 18 de mayo

7 y 7bis. Ley 13/1995

