

Para facilitar la aplicación práctica de las Cláusulas Sociales, tratamos a continuación algunas de las dudas más frecuentes y los problemas más comunes, ofreciendo las claves y respuestas:

### 1. La no discriminación.

Aunque hemos reiterado que la implantación de cláusulas sociales, o la limitación en la selección previa a determinado tipo de entidades, no supone vulnerar el principio de igualdad ni la libre competencia, sí es preciso atender a criterios que sean ciertamente objetivos y no proceder a exigencias de tipo local.

Así por ejemplo resulta discriminatorio obligar a contratar personas desempleadas del propio municipio excluyendo otros, o limitar a empresas nacionales o regionales, o todas aquellas que puedan suponer una restricción a la libre circulación de trabajadores/as, o al derecho de libre establecimiento.

Puede acarrear problemas obligar a contratar a personas inscritas en una determinada lista de los Servicios Sociales de la localidad, aun cuando todas las empresas dispongan de las mismas oportunidades. Resulta aconsejable no hacer referencia a características locales, ya que la práctica nos llevará al mismo destino: el resultado lógico será contratar personas de la propia localidad, para ello bastará con hacer referencias generales.

Hay quien llega a apuntar que incluso sería discriminatorio valorar criterios como la plantilla indefinida, puesto que en determinados países hay mayores bonificaciones o el despido es más barato; o por ejemplo la contratación de personas con minusvalías, ya que los requisitos y su definición son distintas según los países. Nos oponemos por completo a esta argumentación puesto que se llegaría al absurdo de no poder contemplar ningún criterio de adjudicación (social o no) puesto que absolutamente ningún aspecto político, legislativo ni de hecho será del todo uniforme en todos los países, lo que nos llevaría a la inacción de las políticas públicas.

### 2. El dudoso criterio de desempate y la necesidad de establecer un "carácter de mínimos" a las valoraciones.

Implantar cláusulas sociales que sean efectivas en la práctica y no meras declaraciones de intenciones requiere obviar términos vacíos como el criterio de desempate, establecer una preferencia genérica, o hablar de valoraciones sin indicar el mínimo de puntos a considerar, todas ellas de nulo resultado práctico.

Por lo tanto si una política social o un requisito técnico es merecedor de consideración lo adecuado es valorarlo en su justa medida y para ello no basta la fórmula utilizada de "se valorará hasta un 3 por 100 ó podrán valorarse hasta con un 3 por 100..", ya que en la práctica



resulta inútil, puesto que quien redacta el Pliego de Cláusulas podrá valorarlo en un 0,01 al no indicarle la norma de referencia la puntuación mínima que debe otorgarle. La adecuada redacción sería en todo caso "se valorará al menos en un 3 por 100".

### 3. El método de prueba

En ocasiones los servicios técnicos o jurídicos denuestran la implantación de cláusulas sociales aduciendo los problemas de control que derivarían. Pudiera argumentar que no es para tanto, pero aunque lo fuera la administración debería hacer uso de sus prerrogativas de seguimiento y control de la misma manera que exige una fianza, un replanteo o un aval.

Obviamente no se trata de introducir cláusulas o establecer obligaciones que luego no se ejecuten, es necesario pues un posterior seguimiento y para ello son muchos los medios de prueba aptos:

- Certificaciones o Informes de los Servicios Sociales o de los Centros de Salud Mental.
- Certificados sanitarios y de minusvalía.
- Contratos de trabajo.
- Entrega anual de los correspondientes TC1 y TC2.
- Informe sociolaboral de personal técnico capacitado.
- Estatutos y fines fundacionales de las entidades.
- Inscripción en los Registros correspondientes.

### 4. Los derechos laborales

Otra de las acusaciones habituales que se realizan sobre las empresas de inserción es la de crear empleo precario, incumplir condiciones de convenio o rebajar las prestaciones salariales.

Al igual que ocurre con la competencia desleal, vuelve a resultar paradójica esta acusación - y aunque pudiera argumentarse que un contrato de inserción se asemeja a un contrato en prácticas, debido al componente formativo que conlleva y a la menor productividad que implica-, puesto que las entidades sociales somos las primeras interesadas y preocupadas por ofrecer condiciones de dignidad laboral y salarial. Siendo nuestro objetivo combatir la precariedad y la exclusión, lo lógico es circular por nuestro carril y no en dirección contraria.

El último proyecto de Ley de Empresas de Inserción indicaba de modo tajante la obligatoriedad de cumplimiento del Convenio respectivo, así pues no sólo para evitar suspicacias, sino también por garantizar sus derechos, recomendamos incluir en los Pliegos de Cláusulas, determinaciones expresas en el sentido de la obligatoriedad de respetar en todo caso el convenio del ramo y/o el Estatuto de los/as Trabajadores/as.



## 5. Mercados Tutelados

Suele distinguirse en el ámbito de las cláusulas sociales los mercados tutelados de los mercados protegidos y al parecer es más correcto el primer término, ya que no se trata de un mercado cerrado, aunque sí digno de tutela mediante tratamiento diferenciado.

Gústese llamar de cualquier forma, pero el hecho cierto es que la fórmula del mercado tutelado está ofreciendo magníficos resultados en la aplicación práctica de las cláusulas y en el objetivo final de inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

La aplicación del mercado tutelado se basa en analizar las posibilidades ciertas de implantación de cláusulas sociales en los contratos públicos y determinar cuáles de ellos pueden ser susceptibles de incorporar laboralmente a personas y colectivos desfavorecidos: no es lo mismo adjudicar un contrato de limpiezas que la redacción del proyecto arquitectónico para el pabellón de la Expo.

Por ello y siendo conscientes que del conjunto de licitaciones o contrataciones públicas tan sólo una parte puede razonablemente adjudicarse teniendo en cuenta cláusulas y criterios sociales, deben adoptarse métodos eficaces tendentes a determinar qué tipo de contratos sí lo son, cuántas empresas de inserción existen en la localidad o la comunidad o a qué actividad se dedican, utilizando los procedimientos restringido o negociado para ello, o bien el Pliego Complementario de Inserción Laboral.

No requiere mucho trabajo llegar a la conclusión de qué sectores de actividad son susceptibles de crear empleo y empresas de inserción: aquellos intensivos en mano de obra, que requieran escasa cualificación profesional, que precisen de escasas inversiones y faciliten la labor de acompañamiento y seguimiento.

Contaba una técnico municipal de empleo, cómo habían llegado a negociar mediante procedimiento negociado (valga tanta negociación) con una empresa privada (multinacional para más señas) sabiendo que tenía todas las posibilidades de resultar adjudicataria, convenciéndola para que contratase personas inscritas en los Servicios Sociales como condición de ejecución del contrato.

Este ejemplo nos indica que en ocasiones no facilita nuestro objetivo establecer mínimos de plantilla desfavorecida desmesurados, sino implicar a empresas convencionales a través de un número de empleos de inserción más reducidos. Repetimos que estamos más por la inserción en las empresas que por las empresas de inserción, con ello no solo generamos corresponsabilidad social, sino incrementamos la sensibilización y generamos estructuras realmente integradoras y no estigmatizantes.



## 6. Creación de un registro de entidades.

Sin realizar distingos entre la personalidad jurídica de las empresas (sean fundaciones, asociaciones, SALes, Cooperativas y porqué no sociedades mercantiles con ánimo de lucro), resulta aconsejable establecer un Registro de Empresas de Inserción o aquéllas que contratan un porcentaje significativo de personas en situación o riesgo de exclusión social.

De esta manera es posible conocer los sectores de actividad y el número de empresas a las que puede invitarse a participar en procedimientos menores, negociados o restringidos y garantiza la objetividad del sistema.

En tanto no exista, puede bastar con los registros existentes de fundaciones y asociaciones, y por supuesto analizar el fin estatutario o social de las entidades.

## 7. La calidad en la ejecución de los contratos.

Estamos convencidos/as que el desarrollo de las empresas de inserción o de entidades que contraten a personas en situación de exclusión y por lo tanto la consecución de nuestro objetivo -que no es otro que la incorporación laboral del mayor número posible de estas personas-, únicamente podrá tener lugar si la ejecución de los trabajos contratados se realiza en las debidas condiciones de calidad.

Queremos decir con ello que no se trata de aprovechar las cláusulas sociales para agigantar empresas existentes o crear nuevas indiscriminadamente, sino que debe hacerse de modo sostenido y sobre todo eficiente.

En la medida que las distintas administraciones queden satisfechas con el trabajo realizado por las empresas de inserción se facilitará la creación de nuevas. Ya se sabe que crearse buena fama es tarea costosa, pero perderla se consigue fácilmente; es pues responsabilidad de todos y todas no olvidar que si bien nuestro objetivo es la inserción laboral, lo hacemos en el contexto productivo y bajo parámetros empresariales de eficacia y calidad.

## 8. Apoyos complementarios a la inserción laboral.

Quienes nos dedicamos a la inserción sociolaboral sabemos bien que realizar unos trámites en una Ventanilla Única, constituir una empresa y contratar a una persona en situación de exclusión no es suficiente para realizar un proceso de inserción sociolaboral. Es preciso previamente conocer a la persona y determinar si el recurso laboral es el adecuado en su itinerario de inserción y analizar qué tipo de trabajo se adecua a sus características.



Una vez contratada la persona, es necesario contar con recursos humanos específicos: un/a educador/a o trabajador/a social para realizar el acompañamiento, así como disponer de recursos formativos y de capacitación.

En consecuencia no basta con fijar la condición de contratar a personas o colectivos desfavorecidos, sino que es necesario establecer y analizar los recursos y apoyos complementarios a la inserción de que disponga la empresa adjudicataria como requisito de solvencia técnica necesaria.

Para que estos apoyos sean realmente efectivos, es preciso fortalecer la corresponsabilidad entre las empresas adjudicatarias y las propias administraciones públicas, las cuáles una vez hecha la adjudicación deberán seguir prestando sus recursos y personal al servicio de la inserción laboral de estas personas, se trata en suma de crear un partenariado público-privado realmente operativo.

#### 9. La subcontratación.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos y su desarrollo mediante el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, establece el cumplimiento alternativo de la obligación de reserva, a través de la realización alternativa de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, o la realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral.

Esta fórmula constituye un buen sistema para implicar a las empresas convencionales en la consecución del objetivo de la inserción laboral, por lo que aconsejamos incluirla en los Pliegos de Cláusulas Administrativas, de modo que ninguna empresa pueda alegar limitación a la concurrencia, puesto que cualquiera empresa puede concursar bajo esta condición.

Con ella una vez más, fomentamos la corresponsabilidad social, la implicación de la economía lucrativa en nuestro objetivo, la sensibilización de los agentes socioeconómicos y logramos ampliar de modo considerable el alcance y resultados que las cláusulas sociales pudieran tener.

#### 10. La aplicación del Derecho y las Directivas Comunitarias

Pese a considerar que en ningún caso la introducción de cláusulas sociales vulnera el derecho ni las directivas comunitarias, lo planteamos aquí, puesto que suele generar dudas o problemas al personal técnico (juristas y letrados/as) de las Administraciones Públicas respecto a su adecuación a la legalidad comunitaria.



Hay que tener presente que la normativa comunitaria sobre contratos públicos tiene un alcance limitado, ya que su objetivo no es armonizar las legislaciones nacionales, sino coordinar los procedimientos, por ello las Directivas deben respetar en la medida de lo posible los procedimientos y prácticas de cada estado miembro en el ámbito de las relaciones contractuales. Incluso el Tribunal de las Comunidades Europeas ha señalado respecto a las Directivas más aludidas<sup>52</sup> que no señalan una normativa comunitaria uniforme y que los estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar reglas materiales y procesales en materia de contratos públicos.

De todos modos, las Directivas únicamente son aplicables por encima de los umbrales económicos en los que se señala como obligatoria la publicidad en el DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas): 891 millones de pesetas en obras (5.358.153 euros) y 35 millones de pesetas (214.326 euros) -salvo excepciones- en los demás casos.

## 11. El objeto jurídico del contrato.

Como indica el artículo 13 de la LCAP: "el objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación".

Por lo tanto, hay que tener especial cuidado en incorporar a los Pliegos de Cláusulas Particulares o al propio expediente de contratación las convenientes referencias a la inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión, estableciéndolo expresamente como objeto del contrato y justificándolo en el expediente.

En caso contrario la introducción de cláusulas sociales en el baremo de valoración o en la exigencia de experiencia en este ámbito o en el razonamiento en virtud de la cual se establece un procedimiento negociado o restringido, invitando a determinadas empresas, pudiera resultar recurrible o incorrecto.

<sup>52</sup> Directiva del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificada por la Directiva 89/440/CEE de 18 de julio de 1989 y la definitiva 93/37/CEE de 14 de junio de 1993. Directiva del Consejo 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro.

