

Mejores salarios como cláusula social en la fase de adjudicación de un contrato público: ¿misión imposible?*

Comentario a la **Resolución 1672/2023, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

jjferd@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0002-5231-7566>

Extracto

Inviabilidad de comparación en el rendimiento del contrato, falta de vinculación al objeto sometido a licitación, discriminación, pérdida de eficiencia y control en el gasto público y hasta comportamiento contrario a la libertad de empresa. Demasiados obstáculos para que quepa introducir, en los pliegos de licitación de un contrato público, una cláusula destinada a favorecer a las empresas que pagan mejores salarios a las personas trabajadoras a su servicio. ¿Podrá ser viable en un futuro esta idea tan asentada entre los poderes adjudicadores?

Palabras clave: contrato administrativo; cláusula social; salario; libertad de empresa; discriminación; gasto público; Unión Europea.

Recibido: 22-02-2024 / Aceptado: 28-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 10-04-2024

* Este comentario forma parte de los resultados del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación (TEJED)». Referencia: TED 2021-129526b-100, n.º de proyecto: UXXI2022/00217.

Cómo citar: Fernández Domínguez, J. J. (2024). Mejores salarios como cláusula social en la fase de adjudicación de un contrato público: ¿misión imposible? Comentario a la Resolución 1672/2023, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 200-207. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21421>

Better wages as a social clause in the award phase of a public procurement: an impossible mission?

Commentary on Central Administrative Court for Contractual Appeals, Resolution 1672/2023 of 28 December

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (España)

jjferd@unileon.es | <https://orcid.org/0000-0002-5231-7566>

Abstract

Unfeasibility of comparison in the performance of the contract, lack of linkage to the object submitted for tender, discrimination, loss of efficiency and control of public expenditure and, even, behaviour contrary to the freedom to conduct a business. There are too many obstacles to the introduction, in the tender documents of a public procurement, of a clause aimed at favouring companies that pay better wages to their employees. Will this idea, which is so well established among contracting authorities, be viable in the future?

Keywords: public procurement; social clause; wages; freedom to conduct of enterprise; discrimination; public expenditure; European Union.

Received: 22-02-2024 / Accepted: 28-02-2024 / Published (online preview): 10-04-2024

Citation: Fernández Domínguez, J. J. (2024). Better wages as a social clause in the award phase of a public procurement: an impossible mission? Commentary on Central Administrative Court for Contractual Appeals, Resolution 1672/2023 of 28 December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 480, 200-207. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21421>

1. Marco normativo

El volumen económico de los contratos públicos en el mercado interior de Europa es tan importante (superior al 15 % como constante histórica) que, desde muy temprano (Directivas [71/304/CEE](#) y [71/305/CEE](#), así como [Decisión del Consejo de 26 de julio de 1971](#)), existe un interés muy claro en conseguir que las Administraciones nacionales no distorsionen la competencia entre operadores cuando seleccionan la mejor oferta en el mercado. Europeización intensa como solución a la tensión de fondo que late entre la garantía de un buen funcionamiento del mercado (defendida a nivel continental) y el aseguramiento del interés y de la realización de políticas públicas (propio de los Estados) que, sin embargo, durante todo el siglo pasado no conoció pauta normativa alguna –únicamente documentos preparatorios o de planificación– sobre una posible orientación funcional o medioambiental en la licitación pública, asumiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el papel de ir trazando las líneas maestras en torno a la capacidad para introducir criterios no económicos cuando quien contrataba era una Administración.

La respuesta en todas las ocasiones fue positiva e incluso cabe apreciar una evolución desde aquel primer momento en el que se consideraban extraordinarios cualesquiera otros factores no vinculados al precio a la hora de valorar las ofertas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de [20 de septiembre de 1998, C-225/98, asunto *Beentjes*](#), o [STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-225/98, asunto *Comisión c. Francia*](#)), a admitir su normalización como dato de calidad ([STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-513/99, asunto *Concordia Bus Finland*](#)). Anticipaban, a través de tales pronunciamientos, el desarrollo de la posibilidad de incorporar exigencias sociales y medioambientales como criterios de selección cualitativa, especificaciones técnicas, admisión de variantes, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución recogida en las Directivas [2004/17/CE](#) y [2004/18/CE](#). Alternativa que, a pesar del giro copernicano en la jurisprudencia ([SSTJUE de 3 de abril de 2008, C-346/06, asunto *Rüffert*](#), y de [18 de septiembre de 2014, C-549/13, asunto *Bundesdruckerei*](#)), termina obteniendo decidido impulso normativo (Directivas [2014/23/UE](#), [2014/24/UE](#) y [2014/25/UE](#)) y jurisprudencial ([STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, asunto *RegioPost*](#)), hasta el punto de convertir en un eje estratégico de primera línea la utilización por los poderes adjudicadores de criterios innovadores, ecológicos y sociales para obtener una economía más sostenible, inclusiva y competitiva (Considerando 20 y punto 15 de la [Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2023](#)).

Este norte europeo inspira la evolución normativa española, que culmina un camino en paralelo con la aprobación de la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre](#), de contratos del sector público (LCSP), donde las cláusulas sociales y medioambientales están presentes en todas las fases de la contratación, tanto en la preparación (consultas preliminares, valoración de la capacidad y solvencia de la empresa y diseño de la prestación a contratar a través de especificaciones técnicas), como en la adjudicación en atención a la relación calidad-precio (también como posible criterio de desempate y elemento para poder rechazar ofertas anormalmente bajas) o en la adjudicación bajo la forma de condiciones especiales.

Su funcionalidad, clave para la [Estrategia Española de Economía Social 2023-2027](#) (eje 4, línea de actuación 15 de la [Resolución de 17 de mayo de 2023](#) de la Secretaría de Empleo y Economía Social), aparece condicionada por esa jurisprudencia anteriormente mencionada al cuádruple requisito que debe acreditar cualquier cláusula social o medioambiental:

- Ha de estar vinculada siempre al objeto del contrato.
- Su exigencia ha de guardar adecuada proporción con los fines sociales y ambientales a conseguir, debiendo asegurar la imparcialidad, no discriminación e igualdad de trato entre quienes licitan.
- En aras de la imprescindible transparencia, tendrá que aparecer expresada en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación.
- Debe ser suficientemente específica y cuantificable, de modo tal que se reduzca en lo posible el margen de discrecionalidad otorgado a los poderes adjudicadores.

2. Síntesis del supuesto de hecho

La Asociación Española de Empresarios de Servicios Deportivos a las Administraciones Públicas (AEESDAP) impugna los pliegos del procedimiento de contratación convocado por el Patronato Municipal de Toledo para el desarrollo e impartición del programa de actividad deportiva durante el año 2024, por un valor ligeramente superior a los 3 millones y cuarto de euros, en los términos que recoge el anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 2 de octubre de 2023. En aquel documento, el órgano de contratación había introducido 3 criterios cualitativos de carácter social en los pliegos referidos a la posible ampliación de la responsabilidad civil en favor de las personas empleadas, una mejora en el uniforme laboral y el precio por hora abonado a quienes asumen las labores docentes. No se acompañaba, sin embargo, ninguna justificación al respecto, pues la remisión a cuanto se había de desarrollar en un punto ulterior suponía el reenvío a un párrafo destinado a reproducir el tenor legal en torno a que los 3 índices suponían un elemento fundamental para alcanzar altos niveles de calidad.

A raíz de la aclaración solicitada por la AEESDAD en torno a determinados aspectos que podrían poner en duda el ajuste de los pliegos a la norma, el órgano de contratación emite, con fecha 31 de octubre de 2023, el informe previsto en el [artículo 56 de la LCSP](#), indicando que ya se habían admitido las alegaciones relativas a los criterios sobre mejora de la póliza de responsabilidad civil y de vestimenta; por el contrario, reiteraba su rechazo a la alegación relativa a la cláusula de mejora salarial.

De este modo, ante el tribunal quedan contrapuestas las posiciones de las partes asentadas sobre los siguientes extremos: de un lado, la asociación empresarial recurrente señala que el criterio de la mejora salarial no cumple con los requisitos establecidos en el [artículo 145 de la LCSP](#), «si bien es cierto que la doctrina [judicial] no es unánime», motivo por el cual procede examinar su vinculación al objeto del contrato, para lo cual se habría de exigir una justificación adecuada que en esta ocasión existe; de otro, el órgano de contratación estima que retribuciones más elevadas quedan recogidas dentro de la referencia contenida en el [artículo 145.2.1.º](#) a «condiciones laborales y salariales» como garantía de la calidad de los contratos, no en vano «los bajos salarios pueden afectar a la calidad del servicio en general».

3. Aspectos clave en la doctrina administrativa sentada

A la hora de considerar si el criterio de adjudicación impugnado, referido al precio/hora ofertados para el pago de docentes, reúne o no los requisitos exigibles para operar como cláusula social en esta fase de la contratación, la resolución fija su atención en 4 datos fundamentales:

En primer lugar, e invocando el contenido de los considerandos 89, 90 y 92 de la [Directiva 2014/24](#), a cuyo tenor los criterios sociales «deben permitir una evaluación comparativa del rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como se define en las especificaciones técnicas», acude a su precedente (Resolución 235/2019, de 8 de marzo) a la hora de sentar que:

[...] para que sea válido el criterio de adjudicación es necesario que sea objetivo (por recaer sobre el objeto a valorar y depender de factores comprobables apreciables), que permita evaluar el rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, las obras, los suministros y los servicios, tal y como estén definidos en el pliego de prescripciones técnicas y obtener los que mejor respondan a sus necesidades.

Desde este punto de vista y tomando ahora como referencia el considerando 94 de la [Directiva 2014/24/UE](#), bien cabría considerar como criterio social válido de adjudicación, por ejemplo, la calidad de las personas trabajadoras que van a prestar servicios, porque «la organización, la cualificación y la experiencia del personal» sí están en disposición de influir en el rendimiento del contrato (Resolución 14/2020, de 9 de enero); no, sin embargo, el aquí y ahora enjuiciado.

En segundo término, y ponderando ahora el contenido del considerando 98 de la [norma](#), entiende que las condiciones básicas de trabajo y, en particular, las cuantías del salario mínimo deben seguir situadas al nivel establecido en la ley de cada Estado o en el convenio colectivo de aplicación. Esta vinculación hace que haya ciertas condiciones que reúnen los requisitos exigidos para poder operar como criterios de adjudicación o como condiciones de ejecución, mientras otras únicamente pueden operar como condiciones de ejecución, porque no permitan esa evaluación comparativa de la calidad de las ofertas tal y como se define en las especificaciones técnicas a que alude el considerando 104 de la [directiva](#) (Resolución 235/2019, de 8 de marzo). Esto último sucede cuanto ocurre con las retribuciones, al no ofrecer la necesaria vinculación directa con el objeto del contrato en sentido estricto (en este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de junio de 2017 –rec. 318/2016–), con la concreta prestación contratada, que en esta ocasión consiste en la impartición del programa de actividades deportivas programadas por el patrimonio contratante en la medida en la cual

[...] este tribunal no aprecia cómo esas mejoras de las condiciones salariales pueden mejorar el nivel de rendimiento del contrato o de su ejecución, ni cómo por ello pueden afectar de manera significativa a la mejor ejecución del contrato y, en definitiva, al valor económico de la oferta, como se requiere en la Directiva 2014/24, para que un criterio de adjudicación opere como tal y sea admisible.

Una afirmación se impone y constituye doctrina asentada: «no se comparte la hipótesis de que con mejoras salariales se prestarán necesariamente mejores servicios» (Resoluciones 235/2019, de 8 de marzo; 897/2019, de 25 de marzo, o 14/2020, de 9 de enero).

A mayor abundancia, como tercera consideración, la ponderación de este criterio social podría vulnerar el [artículo 14 de la Constitución española](#) (CE), pues, según ya había dicho con anterioridad (Resolución 235/2019, de 8 de marzo),

[...] si una empresa parte desde un principio con unas condiciones salariales mejores que las del convenio respecto de otra empresa, el esfuerzo para mejorar las condiciones salariales según el criterio impugnado será mayor en la oferta de esta última empresa, ya que a aquella le podría bastar con las condiciones que ya aplica como empresa a su personal. Así, si esta última empresa oferta las propias condiciones salariales que ya aplica en su empresa, no efectúa mejora alguna, aunque las condiciones salariales que ya aplica a su personal ya sí son mejores, pero la otra empresa, si parte de unas condiciones salariales peores a las que aplica aquella otra, sí puede esforzarse en mejorar sus condiciones salariales para el contrato licitado; sin embargo, si no supera las condiciones que ya aplica la otra empresa, obtendría menos puntos a pesar de haber mejorado las condiciones salariales que aplicaba sobre convenio. En definitiva, el criterio sería discriminatorio, pues valoraría condiciones de la empresa que ya aplica a todos sus trabajadores en un caso, mientras que en el otro valoraría solo condiciones salariales mejoradas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato.

Por último, la ponderación de estos salarios por encima de convenio, en la medida en la cual constituyan parte esencial del precio, fomentará la realización de ofertas económicamente más elevadas cuanto mayores sean también los costes salariales y viceversa, «traduciéndose en la presentación de ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente para la Administración» (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2018 –rec. 337/2017–). De este modo, su admisión como cláusula social en la adjudicación hará que la oferta no sea la económicamente más justa y no pueda ser considerada como una forma de prestación «socialmente sostenible y justa» (Resolución 235/2019, de 8 de marzo) al afectar al principio de estabilidad presupuestaria, eficiencia económica y al control del gasto (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2018 –rec. 337/2017–); también, y no menos importante, parece atentar contra la libertad de empresas (art. 38 CE) al suponer una injerencia indebida en la relación entre la empresa y quienes prestan servicio en su favor.

Así las cosas y en virtud de las 4 razones anteriores, la expresión «socialmente sostenibles y justas», en referencia a las condiciones que figuran en los pliegos de contratación,

se refiere al nivel mínimo establecido por la normativa de aplicación. En el caso de los salarios, al salario mínimo interprofesional, o al fijado en el convenio de empresa o en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Estos niveles salariales son los socialmente justos y sostenibles; por debajo de ellos, no lo son.

4. Trascendencia de la resolución y valoración crítica

No fue una evolución sencilla en la jurisprudencia europea la que llevó desde avalar que quien gana la licitación de obra pública puede abonar salarios inferiores a los previstos en convenio (STJUE de 3 de abril de 2008, C-346/06, asunto *Rüffert*) o no respetar el salario mínimo vigente en la ciudad donde se había ofertado el contrato de servicios públicos (STJUE de 18 de septiembre de 2014, C-549/13, asunto *Bundesdruckerei*) a sentar sin ambages que la imposición del salario mínimo previsto en la ley a través de una cláusula específica constituye una consideración de tipo social comparada la norma europea sobre contratación pública.

Este suelo, ahora firme en la práctica administrativa nacional, está sirviendo para asentar una doble virtud en relación con la negociación colectiva: desde un primer plano, y al tomar el salario mínimo del convenio del sector como referencia, corrige los desplazamientos de la negociación colectiva de este ámbito en favor de la empresa (art. 84.2 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y penaliza la facilidad para el descuelgue salarial (art. 82.3 ET) al erosionar la capacidad como litigante de quien ha acudido a estas vías de flexibilidad en favor de la empresa; desde un segundo plano, algunos de los contenidos sociales consensuados por las partes del convenio de empresa (o del acuerdo específico que lo complementa) pueden encontrar adecuada recompensa a través de cláusulas destinadas a recoger y premiar tan buen quehacer.

El hecho de tomar el convenio sectorial como marco uniforme para una competencia leal en materia salarial, mientras afirma el primero de los planos, relega al segundo al olvido, al contrario de cuanto ocurre con otros aspectos sociales, medioambientales o innovadores de distinta naturaleza. Por este motivo y en la medida en que las mejoras retributivas tampoco son objeto propio de una condición especial de ejecución (art. 202.3 LCSP), los esfuerzos a nivel empresarial por mejorar directamente la situación económica de las personas empleadas habrán de verse postergados en aras de una igualdad en el plano mercantil que, además, permite a la Administración –en teoría– adjudicar el contrato al mejor precio.

Libre competencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa (art. 1.1 LCSP) que relega el factor calidad en su relación con el precio (art. 1.3 LCSP), cuando, en realidad, los 4 postulados sobre los cuales se alza la doctrina asentada (y, en gran medida, la propia jurisprudencia europea) pudieran ser discutidos en una línea de evolución futura más atenta a los fines institucionales de carácter público a los cuales también debe servir la contratación administrativa:

En primer lugar, habiendo admitido que la organización, la calificación y la experiencia del personal pueden influir en el rendimiento del contrato, bien cabría considerar que determinados complementos salariales (llamados a premiar cualidades subjetivas o circunstancias objetivas o funcionales) constituyen factores susceptibles de llevar a ese contraste entre ofertas; vinculándolos, además, a un objeto del contrato que convierte esos datos cualitativos específicamente remunerados en un dato cuantitativo capaz de operar como factor con incidencia en el valor económico de la oferta.

En segundo término, difícil será aludir a una empresa discriminada si el énfasis no se sitúa sobre el esfuerzo que debe realizar quien tendría que mejorar las condiciones retributivas para el personal que vaya a adscribirse a la ejecución del contrato, sino que se hace sobre aquella entidad capaz de haber mejorado el salario con anterioridad y sin las miras puestas en la adjudicación de un concreto contrato administrativo, sino obediente tan solo al afán de beneficiar económicamente a su familia.

En fin, y aun cuando es verdad que, *a priori*, unos salarios más bajos pueden traducirse en una oferta más ventajosa para la Administración, también tal dato habría de resistir, en el caso concreto, la prueba de no acabar materializándose un superior beneficio para el adjudicatario.

Por todo lo cual y frente a una tesis administrativa consolidada (en gran medida a partir de un criterio judicial excesivamente apegado a cánones hermenéuticos clásicos), cabrá observar la práctica repetida en numerosos procedimientos que insisten en ponderar como conviene las mejoras salariales. Hasta ahora misión imposible, pero no cabe perder la esperanza.

