

## CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ¿UNA OPCIÓN LEGAL DE CORRECCIÓN DE LA REFORMA LABORAL?

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de diciembre de 2014, rec. núm. 643/2013**

**Juan Ignacio Marcos González**

*Abogado. Vizcaya*

### 1. VOLUNTAD LEGISLATIVA EN ESTA MATERIA

Se parte en esta materia de que ni el Estatuto de Autonomía para el País Vasco aprobado por la Ley Orgánica 3/1979 ni la Ley 27/1983 de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, normas que junto con la propia Constitución determinan el haz competencial foral, confieren atribución normativa alguna a los territorios históricos en materia de trabajo, seguridad social y contratación. En esta última materia la competencia reconocida se limita a la aplicación de la propia Ley de Contratos (Real Decreto Legislativo 3/2011, en la actualidad), y no otra cosa que la mera aplicación –no desarrollo ni ejecución reglamentaria– son también actuaciones tales como la elaboración de los pliegos de condiciones y las bases de las convocatorias.

Consecuencia de todo ello es que los entes forales no pueden regular estas materias, trabajo y seguridad social, y deben limitarse a aplicarlas a su personal cumpliendo las obligaciones que en ellas se le imponen y a constatar que se han respetado sus dictados en los expedientes de contratación en los términos en que está habilitada por la legislación de contratos, pero nada más, no puede imponer regulaciones ni obligaciones.

Por lo tanto, se da una carencia de atribuciones competenciales de las instituciones forales para dictar normas en materia de contratación pública, dado que únicamente la comunidad autónoma está facultada para desarrollar la legislación estatal y que no puede entenderse comprendida una hipotética facultad normativa de la Diputación Foral de Gipuzkoa sobre este objeto dentro de su competencia sobre obras públicas.

La cuestión que se dilucida en este y otros pleitos es si el establecimiento de cláusulas sociales en los contratos de obra del Sector Público Foral por la Diputación Foral de Gipuzkoa es o no es una regulación de aspectos de la contratación careciendo de habilitación normativa para ello—esta le correspondería, como hemos visto, a la comunidad autónoma—, lo que implicaría que se está conculcando la normativa estatal que distribuye las competencias, en suma, que la actuación normativa en estas circunstancias está menoscabando la norma estatal que determina quién y en qué caso es competente. O sí, por lo contrario, el establecimiento de cláusulas sociales en los contratos de obra del Sector Público Foral es otra cosa y, de ser así, qué es y si es competente la institución foral para ello. Veámoslo.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

La Diputación Foral de Gipuzkoa, *en el marco de sus competencias*, emite una normativa—en concreto una norma foral— que contiene unas cláusulas sociales en los contratos de obra del Sector Público Foral. Esta materia es objeto de varios recursos contencioso administrativos y, más en concreto, la misma [Norma Foral 4/2013](#) es objeto de otro recurso ordinario, el 630/2013, que es resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el mismo sentido, aunque ambos recursos—y alguno más relacionado, como el 152/2014 y el 777/2014— con voto particular que también examinaremos a continuación y en el que básicamente se argumenta que la Diputación Foral de Gipuzkoa carece de competencias para establecer esas cláusulas sociales en los contratos de obra del Sector Público Foral.

En concreto, los enunciados de la [Norma Foral 4/2013, de 17 de julio](#), a que directamente afectan los fundamentos desarrollados en el proceso son:

- El artículo 4.2 que dice que: «En el anuncio de licitación así como en la carátula de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras deberá incluirse un subapartado en el que se indique que dicha contratación estará sometida al cumplimiento de condiciones especiales de carácter social. Su contenido será el siguiente:

"Este contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, seguridad social, y seguridad y salud en el trabajo y, en particular, al último texto existente en cada momento del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa (BOG).

Asimismo, se halla sujeto al cumplimiento de las obligaciones de carácter social en materia de subcontratación, en materia de fomento de empleo de personas con discapacidad, y en materia de promoción de igualdad entre mujeres y hombres que se especifican en el pliego"».

- Del artículo 5 se destaca la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una cláusula conforme a la cual: «1. La empresa contratista deberá cumplir todas las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, seguridad social, y seguridad y salud en el trabajo. En particular, deberá aplicar las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios colectivos que lo revisen, ...».
- Del artículo 6 se impugna que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras deban incorporar la siguiente mención en la cláusula relativa a los criterios de adjudicación para el supuesto de que en el procedimiento de licitación se presente una proposición desproporcionada o anormal, considerándose, en principio, como tales las ofertas que sean inferiores en más de un 10 % a la media aritmética de todos los precios de las ofertas admitidas, que se considere un parámetro objetivo para apreciar que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la indicación de un precio inferior a los costes salariales mínimos por categoría profesional, según el convenio colectivo vigente.
- Por último, respecto del artículo 7 de la norma foral, se dice que «obliga a las empresas contratistas» a disponer de un porcentaje mínimo del 30 % de trabajadores y trabajadoras con contrato indefinido, con el fin de garantizar la estabilidad laboral.

### 3. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES?

El tribunal parte de la base, sin explicar por qué y en lo que supone una postura inicial que lleva a la solución predeterminada, de que lo que se examina en el proceso, y que por lo tanto se somete a su dictamen, no es el contenido de disposiciones normativas en materia jurídico-laboral que incidan de manera directa e imperativa sobre la esfera jurídica de los particulares y empresas, cuya adopción en el ámbito competencial de las instituciones forales guipuzcoanas sería por demás plenamente planteable.

En su opinión, lo que viene a establecer la norma foral es un *conjunto de condiciones contractuales o clausulado general dirigido al sector público* que está subordinado a dicha institución representativa foral, de manera tal que la afectación a las empresas operantes en el mercado de la licitación de obras públicas tan solo se ha de llegar a producir por la fuerza del contrato que eventualmente se suscriba y a título de obligaciones surgidas del mismo (art. 1.091 [Código Civil – CC–](#)), y no a título de obligaciones surgidas de la ley (o del reglamento jurídico), –art. 1.090 [CC–](#). En el derecho común, y ejemplificativamente la [Ley sobre condiciones generales de la contratación 7/1998, de 13 de abril](#), en su artículo 1.1, califica a esas figuras como «cláusulas predisuestas».

*El matiz es esencial porque, si de una parte el reglamento es fuente de derecho, innova el ordenamiento jurídico y no puede ser singularmente derogado (art. 52.2 [Ley 30/1992](#)), la cláusula general no crea derecho sino que es ella misma la que a su vez constituye aplicación del mismo.*

## 4. LA SÍNTESIS DE LA DOCTRINA JUDICIAL FIJADA: PROBLEMAS Y SOLUCIONES

*Lo que se pone en cuestión en definitiva es la incidencia que el establecimiento de estas cláusulas sociales tiene en el principio de libre competencia en las licitaciones de obra pública. Y ello se hace por la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) desde tres planteamientos, que son rechazados por el tribunal y que resumidamente exponemos a continuación.*

### 4.1. La legislación laboral vigente como premisa de aplicación de la normativa de competencia

Se alude por la AVC a las medidas urgentes de reforma del mercado laboral contenidas en la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), que modifican los artículos 84.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo](#) (ET). Se alude así a que los artículos 4.2 y 5.1 de la norma foral, «incluidos en una norma de carácter reglamentario» contradirían tanto la posibilidad de descuelgue en los términos de la legislación laboral como la prioridad aplicativa del convenio de empresa en tales preceptos establecida.

Sin embargo, la norma foral impugnada no establece normas ni desarrolla el ET, limitándose a ejercitar una habilitación que se reconoce y comprende exclusivamente en el ámbito del Derecho administrativo de la contratación del sector público. Entendemos, en esa perspectiva, que el hecho de que el artículo 4 arbitre una cláusula que señala que el contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de seguridad social, y de seguridad y salud en el trabajo y, en particular, al último texto existente en cada momento del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa, se coloca en idéntico plano y posición ante su validez que en el que se encontraría la cláusula misma cuando llegue a plasmarse, y en la que se descubre la general remisión, entre otras, a las disposiciones legales vigentes en materia laboral, entre las que se comprenden por tanto las particularidades sobre convenios de empresa y «descuelgues».

En suma, ni hay norma jurídico-laboral de carácter reglamentario, ni las cláusulas previstas (a salvo de interpretaciones y prácticas efectivas que resultasen opuestas a su sentido general), impedirían el juego de la salvedad del artículo 84.2 del ET de que concurra o afecte a una determinada empresa contratista con el sector público un convenio colectivo de ese nivel. Todo lo que cabe añadir es que el alcance último de los eventuales desplazamientos regulatorios de la relación laboral que respecto de la aplicabilidad del convenio colectivo de ámbito sectorial y territorial se lleguen a producir habrán de quedar definidos en función de los propios preceptos del ET respecto de los convenios colectivos y de la jurisprudencia social que los interprete en base a la ley y a los tratados internacionales, sin que al Tribunal Contencioso-Administrativo le corresponda ir más lejos de verificar que las cláusulas predisuestas por la normativa foral no entorpecen ni contrarían ese régimen, con lo que no se concluye en su invalidez general a los efectos prejudiciales pertinentes.

## 4.2. Interpretación jurisprudencial en Derecho comunitario de la aplicación de cláusulas sociales abiertas

Se alude por la AVC en este apartado a la [Directiva 96/71/CE](#) y a su trasposición al ordenamiento jurídico español por [Ley 45/1999, de 29 de noviembre](#), cuyo artículo 3 en sus puntos 1, 4 y 5 es destacado, deduciendo que el Convenio Colectivo que se impondría en la norma foral impugnada no queda subsumido en el marco indicado. En definitiva desarrolla la contradicción de las cláusulas sociales del contrato con la regulación a nivel comunitario europeo representada por la [Directiva 96/71/CE](#) para el supuesto de que trabajadores de un Estado miembro presten servicios transnacionales en otro de los de la Unión Europea.

Sin embargo, las cláusulas incluidas por la [Norma Foral 4/2013](#) no conllevan vulneración de dicho régimen según la transposición de la directiva llevada a cabo por el derecho nacional, a cuya presunción de legitimidad ha de estarse en mayor medida dado que se ha articulado por medio de disposiciones con rango de ley. Por ello, considera el tribunal que la traslación de ese marco al ámbito de las cláusulas sociales a regir en el campo de la contratación administrativa no puede requerir del órgano jurisdiccional (pues la propia ley sería en ese caso también contraria al derecho de la Unión Europea) otras apreciaciones que las concernientes a su aparente acomodación y ausencia de conflicto con el artículo 3 de la directiva y de su transposición al Derecho nacional, que es la única perspectiva en que una cláusula o condición general –y no ya siquiera, insistimos, una hipotética disposición general sobre trabajadores desplazados– puede ser valorada como válida condición de su existencia, cuando no se está ante el examen de un supuesto concreto que, con la hipotética consulta prejudicial a los órganos judiciales de la Unión, llevara a zanjar las concretas dudas que surgieran. Pero, aun así, habrá que destacar que cualquiera que sea el contenido legalmente aplicable de acuerdo con la [Ley 45/1999](#), o incluso el discutido sentido que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya abrazado en los precedentes que se citan –especialmente en la denominada [Sentencia Ruffert de 2008](#)–, mal podría cualquier cláusula social a incorporar a los contratos del sector público acoger una estructura distinta que la que se deriva del propio lugar institucional que el convenio colectivo ocupa en la determinación de las condiciones de trabajo en el Derecho nacional –como el propio ET–, lo que el Derecho de la Competencia no está en condiciones de poner en cuestión con carácter general, en tanto en cuanto no evidencia ante el órgano jurisdiccional interno una diferente Directiva que permita certificar una mutación estructural y general de las exigencias de la referida [96/71/CE](#).

## 4.3. Afectación a la libre competencia

Se sostiene por la AVC por medio de este fundamento que la norma foral impugnada, sin rango de ley, al imponer obligaciones a las empresas adjudicatarias de obras del Sector Público Foral y la aplicación obligatoria de la totalidad de un convenio, más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima, contraviene la normativa laboral y comunitaria y genera un sobrecoste en las empresas que quieren acceder a ese mercado y no están sometidas con carácter general a dicho convenio, generando situaciones de ventaja a las sometidas al mismo con

respecto a las que se rigen por otro diferente. Dicho convenio incluye condiciones restrictivas en diversas materias (indemnizaciones, retribuciones con tablas salariales, vacaciones, etc.) y la igualación a ellas puede implicar una carga injustificada y disuasoria de la concurrencia a la licitación. Se ahonda asimismo en otros aspectos impugnados, como el artículo 6 que exige la incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una mención sobre los criterios de adjudicación en caso de proposiciones desproporcionadas o anómalas, en que el parámetro objetivo lo constituye indicar un precio inferior a los costes salariales mínimos por categoría profesional según el mencionado convenio. También el artículo 7.4 a), que impondría otro sobrecoste mediante la obligación de contar con un porcentaje mínimo del 30% de trabajadores con contrato indefinido: todo ello, se insiste, con ventaja para las empresas que aplican habitualmente dicho convenio, constituyendo una barrera de entrada para las empresas licitadoras que no lo apliquen ordinariamente y barrera que no cumpliría con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, según finalmente se argumenta.

No obstante, el referido planteamiento solo ofrecería alguna consistencia si efectivamente la aplicación del convenio colectivo del lugar de ejecución del contrato administrativo no fuese de observancia imperativa para tales empresas licitadoras o si esa obligatoriedad recayese tan solo sobre una parte de mínimos dentro de su articulado. De no ser así, la argumentación expuesta por la AVC equivaldría a impugnar el sistema de convenios colectivos y la legalidad por la que se rigen, en contra precisamente de la premisa mayor que dice asumir, pues si, por definición, lo que se denomina barrera injustificada contraria a la competencia no es más que la consecuencia de la aplicación de la legalidad laboral, habría que decir igualmente, y a título puramente ejemplificativo, que tal barrera discriminatoria operaría contra quien habitualmente no paga debida o completamente los tributos si es obligado por la ley y la Administración tributaria a hacerlo, y mal cabe decir que con ello se origine discriminación alguna en su contra sino que, antes bien, se restablecen con esa medida las condiciones materiales de igualdad entre los contribuyentes, y *mutatis mutandi*, las condiciones de la igualdad entre los licitadores concurrentes. *Las ventajas comparativas nunca podrían fundarse en la ilegalidad y solo cabría hablar en ese marco comparativo, por contra, de la patente desventaja competitiva de quien cumple las condiciones laborales más onerosas que la legalidad le impone frente a quien las incumple.*

## 5. VALORACIÓN DE LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA FIJADA Y PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN JURISPRUDENCIAL

Pese a la radical oposición del voto particular, la línea jurisprudencial establecida es clara y está consolidada en la Comunidad Autónoma del País Vasco, al haberse repetido en varias sentencias. Su mensaje es sencillo: las cláusulas sociales son *condiciones contractuales o clausulado general dirigido al sector público*, de manera tal que la afectación a las empresas operantes en el mercado de la licitación de obras públicas tan solo se ha de llegar a producir por la fuerza del contrato que eventualmente se suscriba y a título de obligaciones surgidas del mismo. Esta interpretación es acorde con la normativa comunitaria, al menos con la trasposición de la misma

a nuestro ordenamiento jurídico; respeta la reforma laboral al estar sujeta al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, seguridad social, y seguridad y salud en el trabajo y controladas por la jurisdicción laboral en su práctica y no afecta a la libre competencia, al ser el convenio colectivo obligatorio para todos de acuerdo con la legalidad laboral.

Por ello es previsible que se consolide y que el Tribunal Supremo la confirme, dado que todas las sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco han sido recurridas. Permaneceremos atentos a este desarrollo, que se promete muy interesante