

Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento.

I. ANTECEDENTES

El Vicealcalde y Consejero de Presidencia, Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Zaragoza se dirige con fecha 25 de junio de 2014, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El pasado día 5 de junio se aprobó en sesión plenaria de este Ayuntamiento de Zaragoza la Moción 39 del Orden del Día (P-4183/14) que lleva por título “Incorporación en los pliegos de los futuros contratos las cláusulas que se especifican y a no prorrogar los contratos cuando termine su vigencia, si han incumplido el mandamiento de las condiciones laborales en materia de salario y horario sin acuerdo con los representantes de los trabajadores”.

Dicha moción aprobada insta al Gobierno de la Ciudad a dirigirse a la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón a los efectos de que dictamine sobre la posibilidad de incluir en los futuros pliegos de contratación de determinadas cláusulas referidas a lo mencionado en el título de la moción.

Al amparo del art. 8 del Decreto 81/2006 de 4 de abril del Gobierno de Aragón por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, se dirige este Ayuntamiento de Zaragoza a dicha Junta Consultiva de Contratación Y SOLICITA INFORME sobre la siguiente cuestión que se somete a consideración en materia de contratación administrativa.

El objeto concreto de la consulta es dictaminar sobre si es posible incluir en los futuros pliegos de contratación determinadas cláusulas como las que se indican a continuación:

Cláusula 1.- Durante todo el periodo de ejecución del contrato, la empresa contratista está obligada a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que, en materia de jornada y salario, y en términos anualizados, así como a cualquier mejora sobre la legislación laboral básica aplicable que correspondan en

cada momento a los trabajadores adscritos al contrato en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, salvo acuerdo expícito entre empresa y la representación de los trabajadores.

Cláusula 2.- De no respetarse esta obligación, se impondrá una penalidad cuyo importe se calculará aplicando al presupuesto del contrato el porcentaje en que haya minorado el salario/hora convenio del trabajador adscrito al contrato cuya reducción se haya operado en mayor medida hasta el límite del 10%. De superar la reducción salario/hora el 10%, o en el caso de que el contratista no facilitara la información requerida para acreditar el cumplimiento de la obligación establecida en esta cláusula, se considerará incumplida una obligación esencial del contrato incurriendo el contratista en causa de resolución.

Cláusula 3.- El incumplimiento de estas cláusulas mencionadas podrán considerarse como una de las causas, junto a otras que se establezcan en el informe del Observatorio, por las cuales el Ayuntamiento decida la no prórroga de las anualidades previstas en los contratos».

La solicitud de informe se acompaña de la certificación del acuerdo adoptado en la sesión plenaria del 5 de junio de 2014; el texto de la moción al Pleno formulada por el Grupo Municipal de Izquierda Unida de Aragón; el escrito del Presidente del Observatorio de la Contratación del Ayuntamiento de Zaragoza en el que se informa a la Junta Consultiva de los antecedentes de la consulta; así como informe de dicho Observatorio, en el que bajo la rubrica «*Posibles cláusulas a incorporar en los Pliegos Administrativos que tengan por objeto la defensa de los intereses generales y reducir los efectos negativos en el funcionamiento de los servicios públicos gestionados mediante contratos como consecuencia de la ultraactividad de los convenios colectivos*», se trasladan a este órgano consultivo diversas consideraciones relativas al origen y contexto de la moción.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 1 de octubre de 2014, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

En ningún caso el pronunciamiento de esta Junta sustituirá así al informe preceptivo por los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Zaragoza de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos que licite, según se desprende de la Disposición Adicional Segunda, números 7 y 8, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Sentado lo anterior, no existe, sin embargo, impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Ayuntamiento de Zaragoza, para que esta Junta se pronuncie acerca de las cuestiones genéricas en materia de contratación pública que se deducen de la solicitud de informe.

La solicitud de informe plantea la legalidad de introducir tres cláusulas concretas en los pliegos de futuros contratos del Ayuntamiento, sin distinción de tipología contractual:

La primera recoge una condición especial de ejecución tendente a mantener las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta.

La segunda establece las consecuencias que el eventual incumplimiento de la anterior determinará para el contratista.

La tercera —que en la forma que se propone ya adelanta esta Junta que no es en sentido estricto una cláusula a incorporar en los Pliegos— recoge otra posible consecuencia del incumplimiento de la primera, cual es la de no prorrogar la vigencia del contrato.

Hay que insistir en que el análisis de la legalidad de las cláusulas propuestas se ceñirá a su compatibilidad con el marco normativo vigente en materia de contratación pública, como no podría ser de otro modo, teniendo en cuenta que las competencias atribuidas a esta Junta Consultiva, no son, evidentemente, las de interpretación de las normas laborales.

Por otro lado, el Vicealcalde y Consejero de Presidencia, Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Zaragoza es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del mencionado Decreto 81/2006, ya que en este supuesto se trata de trasladar a la Junta una petición de informe requerida desde el Pleno de la Institución.

II. La integración de aspectos sociales en la contratación pública. En especial las condiciones especiales de ejecución de los contratos de carácter social.

En los últimos años, la integración de aspectos sociales en la contratación pública, ya sea como criterio de selección del contratista, como criterio de adjudicación de los contratos, como cláusula de preferencia o reserva, o como condición especial de ejecución, ha sido objeto de análisis y regulación mediante instrumentos diversos, de carácter europeo, nacional, autonómico y local. Son también numerosos los dictámenes e informes emitidos sobre la cuestión por las distintas Juntas Consultivas de contratación administrativa y otros órganos consultivos.

En concreto, ciñéndonos ya a las denominadas «condiciones especiales de ejecución de los contratos», por ser ésta la posibilidad que se plantea en la solicitud de informe, esta Junta Consultiva se pronunció por primera vez sobre las mismas en su Informe 6/2009, de 15 de abril, cuyas consideraciones

generales se dan por reproducidas, al no haber perdido su vigencia. La referencia al artículo 102 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, vigente en el momento de emisión del informe, hay que entenderla hecha en la actualidad al artículo 118 TRLCSP, en el que con carácter general se contiene la regulación estatal básica de la figura.

Posteriormente, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, incorporó en su artículo 3, entre los principios rectores de la contratación, la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental cuando guarden relación con la prestación solicitada y comporten directa o indirectamente ventajas para la entidad contratante. Siendo uno de los objetivos de la norma, declarados en su artículo 1, el fomento de los objetivos sociales en la contratación del sector público de Aragón.

Más recientemente, nuestro Informe 23/2013, de 25 de noviembre, analizó la problemática de la subcontratación como condición especial de ejecución del contrato, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En dicho informe se analizaban, entre otras cuestiones, dos condiciones especiales de ejecución calificadas expresamente como tales por el TRLCSP (las contenidas en los artículos 227.7 y 228 bis), además de las previstas en su artículo 118.

Con posterioridad, ha sido aprobado y publicado el paquete legislativo de la Unión Europea en el que se contiene el nuevo marco normativo de los contratos públicos: Directivas 23, 24 y 25, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que ya están en vigor, y cuya transposición a nuestro derecho interno debe producirse en un plazo que concluye el 18 de abril de 2016. Hay que destacar que estas Directivas incorporan, por primera vez en el Derecho europeo, una regulación específica sobre la ejecución de los contratos que, en materia de condiciones especiales de ejecución, incorpora novedades que deben destacarse.

Así, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, regula en su artículo 70 las «condiciones de ejecución del

contrato», constituyendo una herramienta muy útil para su interpretación los considerandos 37, 39, 98 y 104. Por su parte, Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, dedica a esta materia su artículo 87 y los considerandos 102 y 103. El contenido de estos preceptos se analizará con detalle mas adelante, cuando se contraste el contenido de las concretas cláusulas propuestas con el Derecho de la Unión Europea.

III. Contexto de la consulta.

En la documentación remitida por el Ayuntamiento de Zaragoza se identifica la reforma laboral de 2012 —recogida en la actualidad en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral— como una de las circunstancias que ha generado un amplio debate social sobre las consecuencias de las modificaciones de las condiciones laborales, en particular las salariales, de los trabajadores de las empresas afectadas por la finalización de la «ultraactividad» de los Convenios que les habían venido resultando de aplicación, en la medida en que esta situación puede afectar a trabajadores que prestan servicios en actividades contratadas por el Ayuntamiento.

Se apuntan además dos consecuencias de esta situación. Por un lado, una pérdida progresiva de la calidad de las prestaciones contractuales. Y por otro, una importante conflictividad laboral, traducida en movilizaciones de los trabajadores, que puede repercutir negativamente en la prestación de los servicios públicos por la existencia de paros o huelgas.

El panorama descrito es el que justificaría, a juicio del Ayuntamiento, la inclusión en los pliegos de las futuras licitaciones de cláusulas como las propuestas, en cuya fijación y aplicación se indica que están avanzando diversas Administraciones Públicas en nuestro país.

Sorprende que ninguna referencia se contenga en la documentación remitida a una cuestión íntimamente unida al panorama descrito, como es la de la subrogación en los contratos de trabajo —cuestión de ámbito laboral, alguno de cuyos matices problemáticos a los efectos de la contratación pública han sido analizados por esta Junta en sus Informes 6/2012, de 7 de marzo, y 7/2014, de 2 de abril— ya que será en el seno de contrataciones públicas en las que la misma se produzca en donde su inclusión resultaría mas conveniente.

No puede tampoco desconocerse el efecto de una circunstancia ya analizada por esta Junta en su Informe 6/2012, de 7 de marzo, en el que se abordaban las consecuencias que tiene una alteración «a la baja» de las necesidades a cubrir por un contrato público, cuando por aplicación de convenio colectivo el pliego ha incorporado la obligación de subrogación de los trabajadores previos. En dicho Informe se afirmaba lo siguiente: *«Obviamente, es el poder adjudicador el que debe decidir cual es el objeto de la prestación que necesita, atendiendo, por supuesto, a la preceptiva disponibilidad presupuestaria. Desde esta lógica resulta evidente que cualquier poder adjudicador puede ajustar ese concreto objeto a sus necesidades actuales»*. La cuestión a resolver es hasta que punto puede un poder adjudicador, en este caso el Ayuntamiento de Zaragoza, imponer al contratista el mantenimiento de la jornada de trabajo del personal subrogado en un contrato, cuando la propia prestación ha podido ser reducida por motivos organizativos y económicos.

IV. Análisis de la adecuación a Derecho de la concreta cláusula propuesta como condición de ejecución.

La primera cláusula cuya adecuación a la normativa vigente en materia de contratación pública se plantea es la siguiente:

«Durante todo el periodo de ejecución del contrato, la empresa contratista está obligada a no minorar unilateralmente las condiciones de trabajo que, en materia de jornada y salario, y en términos anualizados, así como a cualquier mejora sobre la legislación laboral básica aplicable que correspondan en cada momento a los trabajadores adscritos al contrato en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la

oferta, salvo acuerdo explícito entre empresa y la representación de los trabajadores».

El análisis debe partir de las previsiones del Derecho nacional que, como ya se ha señalado, se recogen en la actualidad en el artículo 118 TRLCSP. Este precepto posibilita, en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes, introducir condiciones de ejecución de tipo social y medioambiental en los contratos, con una condición previa: que constituyan una exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato, y dos límites: primero, que no sean directa o indirectamente discriminatorias; y segundo, que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones. El precepto se limita a señalar unas cuantas posibilidades, sin carácter de *numerus clausus*. Determina así el apartado 1 del precepto:

«1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo».

Podría plantearse si la última de las posibilidades recogida *ad exemplum* en el precepto, «*garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*», ampara un condición como la que se propone. La respuesta debe ser negativa, en primer lugar porque el precepto, sin antecedentes normativos previos, proviene de la legislación comunitaria, (en ese momento del considerando 33 y el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE), aunque el texto nacional no es totalmente coincidente con el texto de la misma. En concreto, el considerando

33, añade a la expresión citada *«en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional»*. En segundo lugar, porque la referencia basa su justificación según la enmienda en su día presentada que añadió este texto al cuerpo del precepto en que *«...cada vez un mayor número de productos consumidos por las administraciones públicas son elaborados en países empobrecidos económicamente sin que pueda garantizarse por parte del suministrador transparencia y trazabilidad del producto, cumplimiento de condiciones laborales dignas y la no utilización de mano de obra infantil. En este sentido, es necesario prever la posibilidad de que en aquellos productos más proclives a la deslocalización y a la utilización de mano de obra barata, puedan incorporarse condiciones de ejecución que aseguren por parte de las empresas suministradoras (fabricantes y distribuidores) el cumplimiento de condiciones laborales dignas, de acuerdo a las Convenciones fundamentales de la OIT (...) Debe preverse la posibilidad de poder exigir a las empresas un compromiso con los derechos laborales a lo largo de la cadena de producción»*.

En todo caso, el carácter abierto del artículo 118 TRLCSP se concluye no solo de la expresión *«...podrán referirse, en especial...»*, sino de la existencia de otras condiciones especiales de ejecución de carácter social en el propio TRLCSP, como ya se ha señalado, en concreto las previstas en los artículos 227.7 y 228 bis. En consecuencia, una previsión como la propuesta, sin encajar directamente en ninguno de los ejemplos recogidos en el precepto, y cumpliendo los límites señalados, podríamos afirmar que no es *a priori* contraria a sus principios inspiradores.

Para analizar si la condición propuesta (mantenimiento de las condiciones de trabajo —jornada, salario y mejoras sobre legislación laboral básica— de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta), puede considerarse una condición especial de ejecución compatible con el Derecho de la Unión Europea, puede ser útil acudir a la *«Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos»* [COM (2001)

566 final], de 15 de octubre de 2001, que continua vigente y sigue siendo un referente en la materia, destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales. La Comunicación, después de afirmar que *«los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social»*, señala algunos ejemplos concretos: la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica; la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional o la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo. Se trata, en todo caso, de incorporar al contrato condiciones de ejecución en materia social que van mas allá del cumplimiento de las establecidas en las normas. Así, entre estos supuestos, parece que podría encajar la obligación de mantener las condiciones de trabajo de los trabajadores adscritos al contrato durante toda su ejecución, en los términos del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, aunque el mismo pierda posteriormente su vigencia como consecuencia de la «ultraactividad».

La Comunicación interpretativa dedica además su apartado III a las *«Disposiciones en materia social aplicables a los contratos públicos»*, y recoge —para las denominadas situaciones «nacionales» (no de ámbito transfronterizo) — afirmaciones como la siguiente: *«En una situación "nacional", los poderes adjudicadores, los licitadores y los contratistas deben, como mínimo, cumplir todas las obligaciones en materia de protección y condiciones de trabajo, incluidas las que vengán determinadas por derechos colectivos e individuales,*

que se deriven de la legislación laboral aplicable, de la jurisprudencia y/o de los convenios colectivos, siempre que éstos sean compatibles con la normativa comunitaria y las normas y principios generales del Derecho comunitario, y en particular el principio de igualdad de trato y no discriminación». Y continua mas adelante «...pueden también ser aplicables disposiciones más favorables para los trabajadores (las cuales deberán, en su caso, ser igualmente observadas), siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario».

No podemos olvidar tampoco que la Comunicación de la Comisión parte de la idea, expresamente recogida en la misma, de que *«Los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de definir las cláusulas contractuales que determinarán la forma de ejecución del contrato, dado que, por el momento, las Directivas sobre contratos públicos no se ocupan de organizar la fase de ejecución de los contratos».*

Esta circunstancia se ha visto profundamente alterada con la aprobación del nuevo paquete de Directivas comunitarias, como ya se ha avanzado en la consideración jurídica II del presente informe.

Así, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, regula en su artículo 70 las *«condiciones de ejecución del contrato»*, con el siguiente contenido, en el que es de destacar la mención novedosa a las consideraciones relacionadas con la innovación y las relativas al empleo:

«Artículo 70

Condiciones de ejecución del contrato.

Los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 67, apartado 3, y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. Dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo».

Previamente, al fijar su artículo 18 los principios de adjudicación de los contratos, aparece un nuevo apartado 2, que junto a los tradicionales principios de igualdad, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y no restricción artificial de la competencia contenidos en el apartado 1, incorpora la siguiente previsión:

«2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X».

Por su parte, los considerandos 37, 39 y 98 señalan:

«(37) En aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, y derivadas de leyes, reglamentos, decretos y decisiones, tanto nacionales como de la Unión, así como de convenios colectivos, siempre que dichas disposiciones y su aplicación cumplan el Derecho de la Unión. Del mismo modo, las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales ratificados por todos los Estados miembros y enumerados en el anexo X deben aplicarse durante la ejecución del contrato. Sin embargo, ello no debe impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores.

Las medidas pertinentes se deben aplicar con arreglo a los principios básicos del Derecho de la Unión, en especial para velar por la igualdad de trato. Dichas medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (11), y de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros.

(...)

(39) Las respectivas obligaciones podrían reflejarse en cláusulas contractuales. También debe ser posible incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos, de conformidad con el Derecho de la Unión, en los contratos públicos. El incumplimiento de las

respectivas obligaciones podría considerarse una falta grave del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público.

(...)

(98) Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate. Además, deberían aplicarse de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los Acuerdos de Libre Comercio en los que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva.

Las condiciones de ejecución de un contrato pueden tender también a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar, la protección medioambiental o animal, respetar en lo sustancial los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y contratar un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional»

En similares términos, la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, que dedica a esta materia su artículo 87 y los considerandos 102 y 103, destinado el primero a condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental y el segundo a las de tipo social.

Vemos pues como en el vigente Derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública se han incorporado con rotundidad condiciones especiales de ejecución relativas al empleo, con mención expresa al cumplimiento de los

convenios colectivos, lo que en principio proporciona, a juicio de esta Junta, una garantía de legalidad a una cláusula como la propuesta.

Como se señala en los considerandos reproducidos, uno de los requisitos para la incorporación de estas condiciones de ejecución de tipo social es que de las mismas no se derive una discriminación, directa o indirecta, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros o terceros países. El requisito de no afectación a la competencia ha sido cuestionado por el Consejo Vasco de la Competencia en su Informe de 17 de septiembre de 2013, sobre la conveniencia de impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa la Norma Foral de Guipúzcoa 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral. Y ello porque dicha Norma Foral impone un Convenio Colectivo territorial determinado que podría ir en contra de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa. La cuestión se encuentra en la actualidad *sub iudice*, habiéndose emitido el 3 de febrero de 2014 un Auto de la Sección 1ª del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por el que se desestima la medida cautelar de suspensión de la vigencia de la Norma Foral hasta la resolución del procedimiento.

Por último, es importante destacar que la redacción propuesta por el Ayuntamiento parte del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, en este caso trabajadores y empresarios, cuando recoge como expresión de cierre «*salvo acuerdo explícito entre empresa y la representación de los trabajadores*», por lo que, a juicio de esta Junta, no se coarta el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios en los términos previstos en el artículo 37 CE.

V. Consideraciones en cuanto al contenido de la cláusula propuesta como condición de ejecución.

Sentada la adecuación de la cláusula al marco normativo vigente, procede realizar una serie de consideraciones en cuanto a su contenido concreto:

En primer lugar, como ya se ha señalado, no se ciñe la cláusula a ninguna tipología contractual específica, por lo que esta Junta tiene que entender que la inclusión de la misma se plantea por el Ayuntamiento como posible tanto en contratos de obras, como de concesión de obra pública, de servicios, de gestión de servicios públicos e, incluso, de suministros. En este punto, esta Junta considera imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como las propuestas solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores. Por otra parte, la Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001 ya señalaba *«cabe señalar que resulta difícil imaginar cláusulas contractuales referidas al modo de ejecución cuando se trata de contratos de suministros, dado que el imponer cláusulas que requieren una adaptación de la organización, la estructura o la política de una empresa establecida en el territorio de otro estado miembro podría suponer una discriminación o constituir una restricción injustificada a los intercambios»*.

En la misma línea de acotar su ámbito de aplicación, debe señalarse que no parece oportuna la inclusión de una cláusula en los amplios términos propuestos (mantenimiento de jornada, salario y mejoras sobre legislación laboral básica) en las licitaciones en las que el Ayuntamiento haya optado por reducir «a la baja» las prestaciones a cubrir respecto de un contrato anterior, en los términos que se han expresado en la consideración jurídica III de este Informe. En ningún caso podrá incluirse en las licitaciones en las que en la fijación del valor estimado no se han tomado en consideración los costes derivados de los convenios colectivos aplicables.

En segundo lugar, la expresión *«así como a cualquier mejora sobre la legislación laboral básica aplicable»* se incorpora en el texto con omisión de la forma verbal precisa, lo que dificulta su comprensión. Mas adecuada sería, en su caso, una redacción del siguiente tenor *«así como a incorporar cualquier mejora sobre la legislación laboral básica aplicable»*. Por otra parte, debería establecerse con

mayor precisión el alcance de las mejoras aplicables, ya que la expresión es tan amplia que resulta de muy difícil aplicación en la práctica.

En tercer lugar, la cláusula no incorpora los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida, haciéndose referencia únicamente a las condiciones de trabajo en materia de jornada y salario «*en términos anualizados*». A estos efectos, uno de los antecedentes que se citan en la documentación remitida por el Ayuntamiento, es el de la Instrucción aprobada por acuerdo de Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Bizkaia de 29 de octubre de 2013, por la que se establecen criterios sobre mantenimiento de condiciones de trabajo y medidas de carácter social para su aplicación en los procedimientos de contratación de la Diputación Foral de Bizkaia. En esta Instrucción, que sin duda ha inspirado la propuesta que se somete a informe, se desarrollan adecuadamente los mencionados parámetros y se recoge una obligación imprescindible para la efectividad de la cláusula, también omitida en la que se propone (aunque se hace referencia a la omisión de la misma como causa de incumplimiento, en la cláusula nº 2), a saber, la de que el contratista venga obligado a facilitar al órgano de contratación cualquier información o documentación que le sea requerida para acreditar el cumplimiento de la condición.

Como consideración de carácter general, y quizás la más importante, hay que destacar que la inclusión de una condición especial de ejecución social como la que se propone en una concreta licitación, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Ayuntamiento de Zaragoza decida, por Acuerdo de Pleno, Instrucción, Circular etc., establecer la obligatoriedad o, en su caso, la recomendación, de su inclusión en las licitaciones, la decisión de su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación.

VI. Análisis de las consecuencias previstas ante el incumplimiento de la condición propuesta.

La segunda de las cláusulas sometidas al análisis de esta Junta se dedica a establecer las consecuencias del eventual incumplimiento de la primera, con el siguiente contenido:

«De no respetarse esta obligación, se impondrá una penalidad cuyo importe se calculará aplicando al presupuesto del contrato el porcentaje en que haya minorado el salario/hora convenio del trabajador adscrito al contrato cuya reducción se haya operado en mayor medida hasta el límite del 10%. De superar la reducción salario/hora el 10%, o en el caso de que el contratista no facilitara la información requerida para acreditar el cumplimiento de la obligación establecida en esta cláusula, se considerará incumplida una obligación esencial del contrato incurriendo el contratista en causa de resolución».

Es sabido que el TRLCSP recoge tres posibilidades ante el incumplimiento de una condición especial de ejecución, a saber:

a) Que se le atribuya a la condición el carácter de obligación contractual esencial en cuyo caso su incumplimiento será causa de resolución del contrato. (Artículo 223 TRLCSP «*Son causa de resolución del contrato: (...) f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato*»). Además, tratándose de un contrato celebrado con una Administración Pública, la resolución firme del contrato imputable al contratista, hará que éste incurra en la causa de prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, prevista en el artículo 60.2.a) TRLCSP.

b) Que, de no darle tal carácter de obligación esencial, se prevea la posibilidad de imponer penalidades de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 212.1 TRLCSP: «*Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos 64.2 y 118.1. Estas penalidades deberán ser*

proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 % del presupuesto del contrato».

c) Que el incumplimiento sea considerado como infracción grave a los efectos previstos en el artículo 60.2.e) TRLCSP: *«Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las Administraciones Públicas las siguientes: (...) e) Haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 118, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de esta Ley, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario».*

De entre estas posibilidades, en la propuesta se ha optado por dos de ellas, de forma gradual: imposición de penalidades y, en su caso, resolución del contrato, con un contenido en principio acorde con el marco normativo vigente. Por supuesto ello exige un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula y sus consecuencias y no la convierta en papel mojado. Así la primera medida a adoptar por la Administración contratante respecto de la condición especial en la fase de ejecución del contrato es la de su adecuado control y seguimiento, para lo que la figura del responsable del contrato se erige en pieza fundamental. Es decir, de nada sirve recoger en la documentación de la licitación, una condición especial de ejecución tendente a mantener las condiciones de trabajo de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, si en la ejecución de de la prestación su cumplimiento no es verificado por la Administración, ni se aplican las consecuencias previstas en el contrato para su incumplimiento.

En cuanto a la concreta redacción propuesta, la expresión que se contiene tras el primer punto y aparte debe mejorarse, ya que por una parte se ha omitido el término *«convenio»* tras *«salario/hora»* y, por otra, falta la referencia, que podría

ser, al igual que en la primera expresión, la *«del trabajador que experimente una mayor reducción»*.

Un pronunciamiento no favorable merece, en cambio, la propuesta como tercera cláusula, a saber:

«El incumplimiento de estas cláusulas mencionadas podrán considerarse como una de las causas, junto a otras que se establezcan en el informe del Observatorio, por las cuales el Ayuntamiento decida la no prorroga de las anualidades previstas en los contratos»

Y ello porque en ningún caso estamos ante una cláusula redactada para incorporarse a un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, tanto por su indeterminación *«junto a otras que se establezcan en el informe del Observatorio»*, como por su consecuencia, la no prorroga de la vigencia del contrato (aun cuando en el texto se refiere a *«la no prorroga de las anualidades previstas»*, lo que también carece de sentido, pues un contrato de varias anualidades o plurianual extenderá su vigencia hasta el final de la última prevista, sin perjuicio de que prevea la posibilidad de prorroga).

Cuestión distinta es que en esa Instrucción o Circular que puede aprobarse por el Ayuntamiento de Zaragoza para la inclusión de cláusulas sociales en los contratos se prevea, como criterio a seguir por el órgano de contratación, que en los contratos que contengan una previsión de prorroga, no se acordará la misma si la empresa contratista ha incumplido la condición especial de ejecución prevista. Y ello porque en los contratos de tracto sucesivo, salvo el supuesto previsto en el artículo 303.1 TRLCSP, la decisión sobre llevar a cabo o no la prorroga del contrato, corresponde de forma unilateral al órgano de contratación, quien adoptará su decisión atendiendo a diversas circunstancias, entre las que podría incluirse una situación como la descrita.

III. CONCLUSIONES

- I. La inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de una condición especial de ejecución en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias a no minorar las condiciones de trabajo (jornada, salario y mejoras sobre legislación laboral básica) de los trabajadores adscritos al contrato en el que se incorpora la misma, en función del convenio colectivo que resulte de aplicación al presentarse la oferta, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho de la Unión Europea, siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad.

- II. En todo caso, la decisión sobre su concreta incorporación en una licitación, salvo que se adopte una norma reglamentaria de obligado cumplimiento en tal sentido, corresponderá al órgano de contratación, valorando las circunstancias de la concreta licitación.

Informe 16/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de octubre de 2014.