



Expediente: 38/22. Validez de cláusulas sociales.

Clasificación de informes: 11. Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 15. Formas de adjudicación. 15.7. Adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio. 20. Contratación estratégica. 20.1. Criterios de adjudicación. 20.2. Condiciones especiales de ejecución.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de San Fernando ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que, en el objeto del contrato público, además del propio aprovisionamiento de obras, bienes o servicios, se perseguirá la consecución de objetivos sociales, ambientales y de innovación vinculados o relacionados con su objeto, adoptando el concepto de contratación pública estratégica de la Directiva 24/2014/UE de Contratación Pública.

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, pretende reforzar la utilización de la contratación como instrumento de apoyo a los objetivos sociales y esto puede entenderse como el cumplimiento de un fin estratégico adicional a la satisfacción de las necesidades administrativas que se pretenden cumplir con la ejecución del contrato. Es decir, además de la ejecución de las obras, de la entrega de los bienes o de la prestación del servicio es lícito pretender otros objetivos estratégicos, fundamentalmente medioambientales y sociales.

Esta Directiva representa así un punto de inflexión en relación con la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, ya que apuesta claramente por la incorporación de la Estrategia Europa 2020, a través de la contratación pública, que pasa a configurarse como un instrumento de cohesión social. La integración de políticas sociales y



medioambientales en la contratación pública como instrumento de ellas es algo que no admite duda a pesar de la resistencia o inercia a mantener una interpretación restrictiva o con parámetros legislativos superados. Se trata del establecimiento de cláusulas vinculadas al objeto de la prestación pero que no son estrictamente necesarias para su realización y obedecen a un objetivo social o medioambiental.

Es por ello por lo que, en orden a la persecución de una mejor relación calidad-precio, situándose como uno de los objetivos inspiradores de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), el apartado segundo del Preámbulo de la mencionada Ley establece expresamente: “Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato”.

A su vez, el apartado quinto dispone: “Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo. Estas consideraciones podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio, o como condiciones especiales de ejecución, si bien su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. En particular, en el caso de las condiciones especiales de ejecución, la Ley impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se listan en el artículo 202”.

A lo largo del articulado, la Ley desarrolla cómo ha de cumplirse con dicho objetivo. Cabe resaltar el artículo 1.3 LCSP, el cual recoge expresamente la aplicación general de las políticas públicas de sostenibilidad (consideraciones sociales, entre otras) en toda la contratación pública y de forma imperativa al señalar que: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.”

La mencionada directriz legal está vinculada a la eficacia y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos, lo que pone de manifiesto el cambio de orientación que sostenía que



la reducción del precio del contrato era sinónimo de una buena gestión del Presupuesto público y objetivo preferente en la compra pública.

De forma reiterada, el artículo 28.2 LCSP vuelve a incidir en las mismas consideraciones y compromiso de los órganos de contratación del sector público frente a estos criterios sociales, estableciendo que: “Las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.

Tras este mandato, a lo largo del articulado de la LCSP se impulsa la inclusión de consideraciones sociales en el ciclo contractual, sin dejar ninguna duda de que recae sobre el sector público la implantación de políticas encaminadas a la dignificación de las condiciones sociales y laborales de las personas.

Es por esta razón, que vemos necesaria y adecuada la inclusión de una consideración social en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicio de atención a las personas dependientes y de desarrollo de la promoción de la autonomía personal a licitar, de aplicación a todo el personal adscrito a la ejecución del contrato y durante la totalidad de vigencia de este.

Dicha consideración consistiría en la fijación de una jornada laboral de 35 horas semanales, frente a la actual jornada laboral de 39 horas semanales recogida en el convenio de aplicación.

En este sentido, se acude a esta junta consultiva en busca de informe sobre esta cuestión dado que existiendo resoluciones relacionadas con la condiciones laborales, sin embargo, no existe ningún tipo de precedente jurisprudencial o doctrinal sobre la reducción de la jornada laboral que aquí se plantea, sobre un servicio en el que la mano de obra es el factor de “producción” fundamental, en el que la plantilla laboral es subrogable y en el que, como más adelante se indicará, queda garantizado el principio de no discriminación.



El trabajo en el sector de la Ayuda a Domicilio se caracteriza por un notable desgaste físico y psicológico, la persona usuaria del servicio, por definición requiere de una atención plena por parte de los trabajadores y trabajadoras por lo que se requiere del mayor nivel de atención y esfuerzo a lo largo de toda la jornada laboral. Como resultado, son numerosos los estudios que sitúan el nivel de absentismo laboral, fundamentalmente debido a incapacidades transitorias en un porcentaje mayor al doble que el nivel medio en el sector servicios.

Con la reducción de la jornada laboral se pretende un fin social consistente en:

- *La mejora de la calidad del servicio. Una jornada laboral inferior permitirá una mejor atención a las personas dependientes que requieren de la mayor y mejor atención posible.*
- *La protección de la salud y la seguridad en el trabajo.*
- *La igualdad entre mujeres y hombres. La brecha en cuanto a condiciones laborales entre mujeres y hombres deviene en gran parte de sectores de actividad en los que la mejora basada en la negociación colectiva está muy limitada.*
- *La conciliación de la vida laboral, personal y familiar;*

La integración en los pliegos de condiciones administrativas particulares del expediente de licitación operaría como:

1. Criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula basado en el precio/hora calculado sobre el coste anual del contrato respecto a la previsión de horas anuales de prestación del servicio. El coste anual plasmaría la premisa de la jornada laboral de 35 horas semanales, por tanto, incluido en el cálculo del precio base de licitación del contrato.

Este criterio está vinculado directamente con la productividad, ejecución y resultado de la prestación objeto del contrato, donde la mano de obra es un componente esencial. Su inclusión persigue el aumento de la calidad, eficacia y eficiencia del servicio de atención a las personas situando la mejora del empleo como finalidad social, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 145 LCSP y los artículos 67 y 76 de la Directiva.



En suma, este criterio conllevaría el aumento del compromiso y vinculación de los trabajadores aportándole valor añadido a la prestación del servicio. Además, influiría positivamente en la salud de los trabajadores al reducir riesgos relacionados con carga física y mental propios de los prestadores de este concreto servicio y en la conciliación de su vida laboral, personal y familiar, redundando todo ello en una garantía de mejor calidad y resultados y de la continuidad del servicio que se presta junto a la mejora de la calidad del empleo. Todo ello debido a que estamos ante un servicio en el que el personal es esencial, factor principal en la estructura de costes que queda evidenciado al tener en cuenta que más del 95% es la mano de obra.

El artículo 122 de la LCSP, relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, prevé expresamente, como novedad, que estos deben incluir "la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación". De conformidad con esta previsión, la LCSP también obliga a tener en cuenta el convenio colectivo sectorial aplicable en el presupuesto base de licitación, en el valor estimado del contrato y en el precio del contrato.

Por otro lado, el artículo 145 de la LCSP prevé expresamente la posibilidad de establecer para evaluar la mejor relación calidad-precio un criterio de adjudicación cualitativo que tenga como finalidad mejorar las condiciones laborales y salariales de las personas encargadas de la ejecución del contrato, partiendo de las condiciones laborales previstas en el Convenio Colectivo sectorial de referencia, dado que, como ya se ha señalado, por imperativo del art. 122 de la LCSP, las empresas adjudicatarias de un contrato público deben cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme con el Convenio Colectivo sectorial aplicable.

Por lo tanto, es la misma LCSP la que permite que mediante los criterios de adjudicación se pueda ir más allá que garantizar el cumplimiento de las condiciones laborales previstas en los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación a la prestación objeto de un contrato público respecto del personal adscrito al mismo.

A mayor abundamiento, el citado artículo 145 establece que las "características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción socio laboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión



social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales: la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de ; criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Asimismo, observamos que dicho posible criterio de adjudicación cumple con lo establecido en el artículo 145 LCSP y con los considerandos 89, 92, 97, 98 y artículos 67 y 76 de la Directiva que tratamos puesto que:

- se mantiene como criterio de adjudicación el de la oferta económicamente más ventajosa;

- no implica una injerencia en las relaciones laborales entre empresa y trabajador. El criterio de adjudicación no supondría un exceso sobre la función regulatoria que incumbe a los PCAP vinculada exclusivamente a la correcta ejecución del contrato y no proyecta sus efectos sobre la organización general de las empresas licitadoras imponiendo normas sobre las que carece de título competencial, respetando el derecho a la libertad de empresa y el derecho de negociación colectiva;

- es clara la vinculación con el objeto del contrato. -RESOLUCIÓN nº 33/2018 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID- "... ya queda explicitada tanto en la Directiva 2014/24/UE como en el artículo 145.6 de la LCSP/2017, (que invocamos a los solos efectos interpretativos) una nota diferencial sobre el concepto tradicional, entendido como incorporación al contenido material del objeto contractual.

En realidad, se recoge y codifica la interpretación jurisprudencial previa, pues ya la STJUE de 10 de mayo de 2012 Comisión/Países Bajos, asunto 368/10, anteriormente mencionada supera la anterior estricta interpretación de la vinculación del criterio con el objeto del contrato. Este concepto se define de una manera más flexible y amplia no precisando de la incorporación física a la prestación. Así por ejemplo sería admisible que un contrato de suministro de energía imponga como criterio de adjudicación su procedencia de energías



renovables para favorecer la no emisión de CO2 a la atmósfera, pero no puede imponer que la política de la empresa sea esa impidiendo que en su funcionamiento incluya la distribución de energía procedente de fuentes que sí lo emiten. Como se ve es criterio de adjudicación que no afecta a la mayor o menor calidad de la energía que se suministra, pero sí afecta al proceso de producción del bien objeto del concreto contrato y en ese sentido se considera vinculado al objeto del contrato. Esta misma explicación que en general se admite respecto de los criterios medioambientales, o sociales como el comercio justo, cabe admitirla también respecto de otros criterios sociales. No es necesario que las mejoras en la calidad del empleo deban repercutir en la marcha de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, basta que se refieran a aspectos influyentes del proceso de la prestación para que adquieran la nota de vinculación.

- se respetan los principios de igualdad, no discriminación, y transparencia ya que no supone una barrera de entrada ni trato discriminatorio alguno entre las entidades licitadoras, siendo garantizada la publicidad respecto del criterio. Quedando garantizada la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, puesto que las entidades licitadoras disponen de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de su oferta; e implicando así que la totalidad de las entidades competidoras se encuentren bajo las mismas condiciones, situándose por ello en igualdad de condiciones tanto en el momento en el que preparen sus ofertas como cuando sean sometidas a la evaluación por la entidad adjudicadora;

- por último, se respeta la proporcionalidad al situar la ponderación en un intervalo no superior a los 20 puntos porcentuales, todo ello con vistas a que no resulte desproporcionado en relación con otros criterios de adjudicación.

2. Condición especial de ejecución, tal y como determina la Directiva, en los considerandos 98 y 104, cuando afirman que: (98) "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".



(104) *“El propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con dicha ejecución. De modo diferente a como ocurre con los criterios para la adjudicación de contratos, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas”.*

Por lo que también valoramos la posibilidad de incluir esta consideración como condición especial de ejecución del contrato de carácter social o relativas al empleo, obligando además a que dicha condición especial de ejecución tenga carácter de obligación contractual esencial junto a sus correspondientes penalidades frente al incumplimiento, todo ello conforme al artículo 202 LCSP y a la Directiva.

El artículo 202 LCSP establece que “las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión 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, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales



como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.”

Por último, frente a una interpretación restrictiva con relación a la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de este servicio, hemos de hacer algunas consideraciones al respecto:

Algunos tribunales de recursos contractuales y de instancias superiores, han utilizado para dictaminar sobre mejoras salariales en los pliegos (no es el caso que se propone en esta consulta) alguna vez el argumento de que en los mismos no pueden variarse las condiciones laborales que vienen determinadas en los convenios colectivos sectoriales de aplicación. Esa aseveración ha hecho fortuna jurisprudencial, y podría parecer que pudiera usarse para dictaminar de manera restrictiva con relación a cualquier mejora de índole laboral o social de las que permite la legislación, tanto la LCSP como las directivas de la UE.

No es así, puesto que dicha aseveración en los casos que suelen invocarse no se corresponde con el asunto que nos ocupa. Se citan profusamente por quienes niegan la posibilidad de la inclusión de cláusulas sociales en los pliegos, de determinadas Resoluciones de diversos tribunales. Las más repetidas suelen ser la 150/2019 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y la 344/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En las mismas se suele argumentar que la adopción de mejoras salariales (no hablan de otras mejoras laborales como es el caso que nos ocupa) no implica una mejora en la calidad de la prestación.

Además de que las directivas europeas señalan que no deben adoptarse esas mejoras si estas pueden suponer una discriminación a algún operador que tenga en su legislación de origen unas condiciones menos ventajosas.

Se invoca también el contenido del artículo 1 de la LCSP con relación a este asunto, cuestión que para la ayuda a domicilio vamos a analizar ahora. No se discrimina a ningún operador económico, puesto que, a ningún personal propio, no afecto al contrato, de dicho operador económico de toda la Unión, le será nunca de aplicación esta mejora laboral de reducción de la jornada laboral. Las empresas que concurren lo harán, por tanto, en igualdad de condiciones, puesto que conocen desde el mismo momento de la publicación de los pliegos cuáles serán las condiciones que habrán de respetar. A qué personal



concreto va dirigido y el gasto que ello les puede suponer; ya que, todo lo enumerado anteriormente, será exactamente igual para todas. Y tal y como el propio Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía ha señalado profusamente “los pliegos son la ley del contrato”. Y la realización de una oferta implica su aceptación completa.

La empresa adjudicataria del servicio no trae su personal al mismo. Todo el personal que trabaja específicamente en el Servicio municipal de Ayuda a domicilio es personal subrogable. Es decir, en este sector, las empresas no traen a su personal propio, sino que realizan el servicio con el que ya existe previamente, que subrogan de la anterior empresa adjudicataria. Por tanto, no traen personal propio al que habría que aplicarles reducción de la jornada laboral, modificando, por tanto, las condiciones laborales que tienen en su origen.

A mayor abundamiento, en caso de contratación de nuevo personal y de una empresa de otro país de la Unión Europea, en todo caso sería de aplicación el convenio colectivo estatal por lo que nunca podría aducirse que una condición especial de ejecución como la que se está proponiendo atenta contra la libre competencia.

En nada afecta a las empresas, por tanto, esta mejora laboral con relación a la libre competencia, puesto que al personal propio no adscrito al servicio no les resulta de aplicación lo establecido en los pliegos.

Dicho personal que no está adscrito al servicio (normalmente, mandos, mandos intermedios y personal de los departamentos administrativos, de nóminas, de recursos humanos, etc.) realizan trabajos no solo para un servicio en concreto, sino que las empresas tienen esos “servicios generales o centrales” para la gestión de una pluralidad de adjudicaciones y contratos.

De hecho, ninguno de estos trabajadores directos de la empresa figura cuantificados en el preceptivo informe económico que se realiza para determinar el precio estimado del contrato en el apartado de gastos laborales. El coste de estos (incluidas sus retribuciones y demás costes laborales) se encuadran en el apartado de “gastos generales” que se incorpora en la determinación de ese valor estimado del contrato.

Por tanto, y en todo caso, al personal propio de la empresa no adscrito al servicio objeto de este contrato le será de aplicación, obviamente, las condiciones laborales y salariales



que tengan pactadas en sus convenios laborales propios, los que les sean de aplicación en su lugar de origen, sus convenios sectoriales o de empresa.

Vistos los anteriores antecedentes se consulta la viabilidad de la incorporación de la mencionada consideración social:

- como criterio de adjudicación del contrato en los términos reflejados en el punto 1;*
- como condición especial de ejecución (reforzándola como condición esencial de ejecución) conforme al punto 2;*
- como la inclusión de ambas.*

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Ayuntamiento de San Fernando ha solicitado informe a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la validez como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución del contrato de una cláusula por cuya virtud se fijaría una jornada laboral de 35 horas semanales, frente a la actual jornada laboral de 39 horas semanales recogida en el convenio de aplicación, todo ello en el marco de un contrato de servicio de atención a las personas dependientes y de desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

2. La primera cuestión que hay que recalcar es el carácter no preceptivo y no vinculante del presente informe y que, de conformidad con los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11) a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, limitándonos, en consecuencia, a emitir informe sobre los aspectos generales de la contratación pública que se nos plantean, sin resolver en ningún caso el supuesto concreto por el que se nos consulta. Una solución como la que se pretende se habrá de obtener de los correspondientes servicios jurídicos



de la entidad consultante. En consecuencia, del presente informe no debe extraerse una solución específica al caso concreto que se nos plantea, emitiéndose únicamente tras reconducir la cuestión a los términos generales en que debió ser planteada.

3. El fondo de la cuestión que en esta consulta se nos plantea atañe a la admisibilidad de las denominadas cláusulas de contratación estratégica en los contratos públicos y a sus límites.

Esta cuestión ya ha sido tratada previamente por esta Junta Consultiva al interpretar la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP). Nuestro informe 126/18 recuerda que la denominada contratación pública estratégica describe la idea de que la contratación pública *“puede constituir una herramienta jurídica apropiada para el cumplimiento efectivo de las políticas de los poderes públicos mediante la satisfacción de ciertos objetivos secundarios de la contratación pública.”* En el mismo informe añadimos que *“en este sentido, cabe recordar que la LCSP, en el marco de lo dispuesto por las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, impulsa de manera decidida los instrumentos necesarios para que la contratación pública, además de cumplir su finalidad tradicional y primaria, favorezca la consecución de objetivos de carácter medioambiental, social y laboral. Esta finalidad no es completamente nueva ya que venía siendo recogida en diferentes instrumentos en la Unión Europea.”*

Esta circunstancia fue destacada muy pronto por otros órganos consultivos como el Consejo de Estado, si bien desde el primer momento el Alto órgano consultivo consideró, por ejemplo, en su dictamen 514/2006, de 25 de mayo, que existían ciertas limitaciones al empleo de este tipo de cláusulas:

“En fin, la jurisprudencia comunitaria y las directrices de la Comisión sobre la materia, si bien orientadas hacia una cierta apertura, siguen considerando que ciertas condiciones sociales son incompatibles con los objetivos comunitarios -tendientes a evitar el riesgo de discriminación y el relativo a que un poder adjudicador se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico-, de modo que solo se admiten siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el



anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.”

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha analizado en diversas ocasiones la admisibilidad en términos generales de cláusulas que persigan estos objetivos secundarios de la contratación pública y que se incluyen en la documentación rectora de las licitaciones. En nuestro informe 1/2020 ya señalamos que la Directiva 2014/24/UE admite el uso de cláusulas de tipo social como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato en los Considerandos 3, 37 y 104 exigiendo, por un lado, que su empleo se haga de una forma que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y, por otro lado, que estén vinculadas al objeto del contrato, lo que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización, pero no los requisitos relativos a la política general de la empresa.

Parece claro, en consecuencia, que el legislador español ha sido sensible a la evolución del derecho europeo en la materia y que ha configurado una posibilidad de utilización de criterios sociales, laborales o medioambientales como criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución en beneficio de la consecución de los denominados objetivos secundarios de la contratación pública. Sin embargo, esta opción del redactor de los documentos contractuales no es ilimitada, sino que se encuentra acotada fundamentalmente por dos condiciones:

- Que la cláusula en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato a los licitadores, principio esencial, inherente a la contratación pública y de inexcusable cumplimiento.
- Que dicha cláusula esté vinculada al objeto del contrato y permita, mediante una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas en los aspectos propios de cada criterio, ponderar y clasificar adecuadamente aquellas, incidiendo de un modo claro en la mejora de la prestación. Este criterio ya fue destacado en múltiples resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales como, por ejemplo, en la 858/2020. Esta última circunstancia acontece, conforme al artículo 145 de la LCSP, cuando la cláusula en cuestión *“se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus*



aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos:

a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas;

b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.”

El cumplimiento de estas condiciones ha dado lugar a innumerables pronunciamientos de las Juntas Consultivas y de los Tribunales Contractuales. A lo largo del presente informe vamos a citar varios de ellos, seleccionados precisamente por su cercanía conceptual y de efectos con la cuestión que vamos a tratar a continuación, comenzando con un análisis general de las dos condiciones expuestas (igualdad de trato y vinculación con el objeto del contrato).

En efecto, por lo que se refiere a la genérica aplicación del principio de igualdad y a las mejoras sobre lo previsto en el convenio colectivo aplicable, en nuestro informe 1/2020 consideramos que una cláusula que contemplaba el abono de uno o varios complementos salariales superiores a las retribuciones establecidas en el Convenio Colectivo de referencia o en la legislación aplicable resultaba discriminatoria respecto de otros licitadores que cumplieran escrupulosamente la normativa laboral aplicable. En el mismo informe también aludimos a la concesión de un periodo de descanso durante la jornada superior al establecido para las jornadas continuadas en el Convenio Colectivo de referencia o en la legislación aplicable, siendo nuestra valoración la misma que en el caso anterior, cosa que ocurría igualmente con la concesión de permisos laborales más beneficiosos para los trabajadores que los establecidos en los Convenios colectivos de referencia o en la legislación aplicable. La cercanía con el supuesto que nos atañe es palmaria. Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha insistido, por ejemplo, en la proscripción de cláusulas que valoren como criterio de selección del contratista un aumento salarial por encima del exigido en el convenio colectivo aplicable (RTACRC 897/2019 y 858/2020).



Todos estos criterios resultan tributarios del que se contiene en la STJUE de 20 de septiembre de 1988 en el caso *Beentjes vs Países Bajos* (Asunto 31/87) y al que ya mantuvo la Junta Consultiva en su Informe 3/2009 en relación con la prohibición de discriminación de los licitadores en los contratos públicos.

En lo que atañe a la vinculación con el objeto del contrato en nuestro informe 89/2021, de 5 de abril de 2022, concretamos que la misma concurre cuando *“exista una relación clara con la prestación que es el objeto del contrato público, es decir, cuando el criterio influya en todo o en parte en la ejecución de tal prestación durante cualquier etapa de su ciclo de vida.”* Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución nº 235/2019, de 8 de marzo, *“el requisito ha de referirse al objeto del contrato, pero también ha de medir o valorar el rendimiento del aspecto a valorar en la oferta respecto de la prestación objeto del contrato de forma que contribuya a mejorar la satisfacción de las necesidades del órgano de contratación.”* En el mismo sentido las resoluciones 193/21, 858/20 y otras muchas.

5. Tras exponer la doctrina general que resulta de aplicación a la consulta que se nos ha dirigido, podemos analizar si la cláusula propuesta puede admitirse de un modo genérico como criterio de adjudicación de un contrato público. Pero con carácter previo a resolver esta cuestión conviene recordar que en su consulta el Ayuntamiento de San Fernando no ha ofrecido explicación alguna de cómo se va a organizar la prestación del servicio en cuestión ni de cómo se venía prestando con anterioridad. Hay que presumir, en consecuencia, que el servicio se venía prestando con una jornada semanal de 39 horas y que pasaría a prestarse con otra de 35.

En la consulta se expone que esta medida está vinculada directamente con la productividad, ejecución y resultado de la prestación objeto del contrato. Considera la entidad consultante que debe ser reputada válida pues mantiene como criterio de adjudicación el de la oferta económicamente más ventajosa. Añade que tal medida no implica una injerencia en las relaciones laborales entre la empresa y el trabajador, que se respetan los principios de igualdad, no discriminación, y transparencia ya que no supone una barrera de entrada ni trato discriminatorio alguno entre las entidades licitadoras, siendo garantizada la publicidad respecto del criterio, que mejora la conciliación familiar y que, finalmente, se respeta la proporcionalidad al situar la ponderación en un intervalo no superior a los 20 puntos porcentuales.



Ya anticipamos que esta Junta Consultiva no comparte estos criterios. La vinculación con el objeto del contrato de este tipo de cláusulas sociales introducidas en los pliegos como criterios de adjudicación sólo concurre cuando la presencia del criterio de adjudicación contribuye a la mejora de la prestación objeto del contrato y puede ser valorada en términos de rendimiento del contrato. El que determinados trabajadores realicen una jornada laboral inferior a la prevista en el convenio colectivo no implica en modo alguno una mejora automática de la calidad de la prestación por las siguientes razones:

- Porque, en opinión de este órgano consultivo, la realización de una jornada laboral inferior a la prevista en el convenio colectivo no garantiza objetiva y automáticamente que la calidad de la prestación mejore. Los argumentos que se ofrecen en la consulta no parecen suficientes para demostrar de forma indubitada la concurrencia de este requisito. De hecho, si fuera cierto en todo caso lo que se propone la calidad de la prestación también mejoraría de forma automática si solo se trabajaran, por ejemplo, 10 horas a la semana, cosa que tampoco es cierta.
- Porque, por el contrario, parece que una disminución en el número de horas de prestación del servicio podría llegar a resultar perjudicial para el interés público, representado en este caso en los beneficiarios del servicio, esto es, las personas que reciben la atención a personas dependientes y de desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Indiscutiblemente, este interés público es prioritario y debe primar, en el seno del contrato público, sobre cualquier otro objetivo secundario. La entidad consultante no ha explicado en su consulta si se prevé alguna medida paliativa de este efecto perjudicial para el interés público y, por tanto, este órgano no la puede valorar al emitir su informe.

Este criterio es similar al mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. Por su proximidad con la cuestión que estamos tratando cabe traer a colación algún supuesto concreto (puesta en marcha de medidas de flexibilización, adaptación de servicios y horarios que faciliten la atención de menores o personas dependientes que mejoren lo previsto en el convenio colectivo sectorial y otros aspectos de conciliación familiar) sobre el que podemos citar las resoluciones 235/2019 y 8/2019. En ellas el Tribunal ratifica los criterios anteriores exponiendo su doctrina conforme a la cual, en primer lugar, un criterio de adjudicación solo será admisible si permite valorar las ofertas en términos de rendimiento del contrato, es decir, de modo que pueda afectar



de manera significativa a la ejecución del mismo. Añade en segundo lugar el Tribunal algo que es evidente si se quiere mantener el valor de los requisitos de cualquier criterio de adjudicación, y es que el solo hecho de que la LCSP relacione una serie de finalidades a las que pueden referirse las características sociales del contrato no implica que una cláusula como la citada pueda aceptarse en todo caso. Por el contrario, debe entenderse que el criterio de adjudicación solo puede incluirse en los pliegos si se configura de forma que concurra en él la cualidad que le hace ser admisible como tal criterio de adjudicación, que es determinar un mejor nivel de rendimiento del contrato, de su objeto prestacional o de la calidad de su ejecución.

Pues bien, conforme a estas condiciones, ni en el caso que resolvió entonces el Tribunal ni en el que analizamos ahora puede apreciarse la presencia de estas circunstancias y, por tanto, nuestra primera conclusión es que el criterio de adjudicación propuesto carece de vinculación con el objeto del contrato en el sentido establecido en la LCSP.

6. El requisito de la vinculación con el objeto del contrato no es, empero, el único que ha de cumplir un criterio de adjudicación de tipo social como es el que fundamenta la presente consulta. Como ya hemos expuesto, una segunda condición principal que ha de concurrir en todo caso es que el criterio no resulte discriminatorio. A nuestro juicio, esta circunstancia tampoco concurre en el presente caso.

En efecto, cabe recordar que la fijación de una jornada laboral de 39 horas en el convenio colectivo vincula a todas las empresas incluidas bajo su cobertura. Tal vinculación opera en un sentido negativo, pues no es posible superar esa jornada, y también en un sentido positivo, pues no resulta posible discriminar a las empresas que respeten escrupulosamente lo establecido en el convenio colectivo. Por tanto, una empresa que cumpla la previsión establecida en el convenio colectivo aplicable en lo que atañe a la jornada laboral tiene que poder presentarse a una licitación pública en términos de igualdad con las restantes.

Sin embargo, a nuestro juicio tal cosa no acaece cuando un criterio de adjudicación beneficia singularmente a aquellas empresas que mejoren lo establecido en el convenio colectivo. En estos supuestos, quien cumple correctamente con lo pactado en el convenio puede quedar perjudicado en el seno de la licitación. Así lo entiende el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 235/2019 cuando señala que la valoración de una mejora de índole salarial superior al convenio colectivo



implicaría una discriminación, siendo éste un criterio perfectamente extrapolable al caso que nos ocupa, que distingue y margina indebidamente a aquellos que respetan el convenio.

La anterior circunstancia es todavía más evidente si tenemos en consideración que la ponderación atribuida al criterio de adjudicación alcanza nada menos que un 20% del total del peso relativo del conjunto de los criterios de selección del contratista, concediéndole una importancia desproporcionada y que agrava la discriminación en este caso.

7. Hay una tercera consideración que resulta relevante a estos efectos. El contrato público no puede convertirse en un instrumento en el que se realice una regulación de las condiciones laborales de los trabajadores. Tal instrumento está constituido en nuestro ordenamiento jurídico por la norma laboral y, singularmente, por el convenio colectivo fruto de la negociación de los representantes de los trabajadores y de los empresarios. La mejora de las condiciones laborales en un sentido amplio corresponde a los agentes sociales y no puede imputarse a la Administración a través del instrumento del contrato público, cuyo objetivo es satisfacer el interés público dando cumplida respuesta a las necesidades de la entidad contratante, no de los trabajadores de la empresa contratista, por más que sus aspiraciones puedan ser estimables a través de otros instrumentos.

Este criterio no es, en absoluto, nuevo en nuestro derecho y ha sido ratificado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 23 de enero de 2017 en la que procede a la anulación de varias cláusulas de pliegos en las que se valora con una determinada puntuación a las ofertas que incluyan el compromiso de subrogación en los contratos laborales del personal del operador saliente, justificando tal anulación en que la subrogación resultaría, en su caso, de lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos y, en consecuencia, no debe ser considerada como fuente de asignación de puntos. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 298/2021, donde señala que este tipo de cláusulas puede suponer una injerencia en la configuración de las relaciones laborales que puede llegar a colisionar con principios como la libertad de empresa.

En conclusión, el criterio de adjudicación propuesto no resulta ajustado a derecho.



8. La segunda cuestión que nos plantea el Ayuntamiento de San Fernando consiste en determinar si una cláusula como la tantas veces aludida puede considerarse como una condición especial de ejecución del contrato.

En nuestro informe 1/2020 perfilamos la diferencia entre los criterios de adjudicación y las condiciones especiales de ejecución de los contratos. Señalamos entonces que los criterios de valoración son aquellos que permiten, mediante una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas en los aspectos propios de cada criterio, ponderar y clasificar adecuadamente aquellas, mientras que las condiciones especiales de ejecución son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado elementos esenciales de la fase de ejecución del mismo y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas, por ejemplo, en forma de penalidades. Por pura congruencia con esta distinción, el ámbito propio de las condiciones especiales de ejecución es la fase de ejecución del contrato y no la fase de selección del contratista. Es importante subrayar, en consonancia con ello, que las condiciones especiales de ejecución no deben incidir en la fase de selección del contratista o en la evaluación de las proposiciones de los licitadores.

En realidad, si una pretendida condición especial de ejecución incidiese en la evaluación de las proposiciones de los licitadores, o aun en su admisión a la licitación, lo que ocurriría es que no estaríamos ante verdaderas condiciones especiales de ejecución, sino ante condiciones exigibles *ex ante* (en la licitación) que podrían llegar a constituir verdaderas barreras que impedirían el acceso a la selección del contratista en condiciones de igualdad.

Tal es, a nuestro juicio, lo que acontece en el presente supuesto en la medida en que mediante la aplicación de esta condición se dispensaría un trato desfavorable a algunos licitadores, que podría impedir concurrir a la licitación y ejecutar el contrato a quienes cumplen adecuadamente con la exigencia establecida en el convenio colectivo en lo que se refiere a la jornada laboral y pretendan por ello prestar un servicio con un número de horas como el máximo establecido en el convenio colectivo aplicable, cosa perfectamente lícita. Una condición especial como la propuesta podría obligar a algunas empresas a cambiar su política en lo referente a la jornada laboral, separándose de otras prestaciones ajenas a este contrato y produciendo una alteración en el tratamiento de los diferentes trabajadores de la empresa. Todo ello es el efecto derivado de la circunstancia de que en realidad esta condición encubre una forma de regulación de las condiciones laborales ajena



a la norma laboral o al convenio colectivo, de modo que incide directamente sobre la relación laboral sin que implique efecto positivo alguno sobre la mejor prestación del contrato público y sin ser, desde luego, una necesidad que se derive del objeto del contrato. Todo ello incumple el criterio que ha mantenido el Tribunal Supremo en sentencias como la de 23 de mayo de 2016, donde se recuerda que la posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución de tipo laboral no faculta al órgano de contratación para establecer el contenido de la relación laboral, cuyas condiciones de trabajo serán las procedentes según su propio sistema de fuentes.

Por tanto, y como conclusión, al incidir sobre la fase de selección del contratista y fijar una barrera de acceso al contrato para determinadas empresas, esta condición sería claramente discriminatoria. A esta conclusión no puede oponerse el hecho de que los trabajadores que ya venían prestando el servicio tengan el derecho a la continuar con su desempeño con la nueva empresa contratista por causa de la aplicación del convenio colectivo, el cual ha de respetarse en todos sus aspectos y no sólo en este.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

En un contrato como el descrito en la consulta una cláusula que exija que la prestación se realice con una jornada laboral inferior a la establecida en el convenio colectivo aplicable no resulta ajustada a derecho ni como criterio de adjudicación ni como condición especial de ejecución del contrato.