



Expediente 1/20

Materia: Cláusulas laborales en los contratos públicos.

ANTECEDENTES

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

“En virtud de lo previsto en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Real Decreto 30/1991, de 18 de Enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, por la Ilma. Alcaldesa del Ayuntamiento de Gijón, se solicita a la Junta Consultiva de Contratación del Estado, Informe sobre los siguientes aspectos, con ocasión de la preparación de los Pliegos que regirán la contratación administrativa del servicio de ayuda a domicilio para la ciudad de Gijón (CPV 85310000-5: Servicios de asistencia social).

1) Si se considera acorde con la legislación vigente en materia de contratación pública, la inclusión en el Pliego de condiciones administrativas, como condición especial de ejecución del contrato (artículo 202 LCSP), de las mejoras de las condiciones laborales de carácter salarial y no salarial de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, respecto a las condiciones mínimas establecidas en los Convenios Colectivos de referencia o en la legislación aplicable siguientes:

- El abono de uno o varios complementos salariales al personal adscrito a la ejecución del contrato, por encima de las retribuciones establecidas en el Convenio Colectivo de referencia o en la legislación aplicable. Por ejemplo, por el trabajo desarrollado en días festivos.



- 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.

- La concesión de permisos laborales más beneficiosos para los trabajadores que los establecidos en los Convenios colectivos de referencia o en la legislación aplicable.

2) Habiéndose establecido en el Pliego de condiciones administrativas del contrato administrativo del servicio de ayuda a domicilio para la ciudad de Gijón actualmente en vigor, que se rige por la legislación anterior, en concreto por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, las siguientes:

A) Mejoras, como criterios de valoración de las ofertas que fueron ofertadas por la empresa adjudicataria:

a) Se valorará, hasta un máximo de 4 puntos, como se indica a continuación, que la empresa/entidad licitadora incluya en su propuesta, la mejora en las condiciones laborales del personal adscrito a la prestación del servicio, consistente en un complemento económico adicional al “plus de festivos” recogido en el Convenio colectivo del Sector del servicio de ayuda a domicilio y afines del Principado de Asturias, por importe, por domingo o día festivo trabajado,

- de 8 euros para las jornadas iguales o superiores a cuatro horas y 3 euros para jornadas inferiores a cuatro horas 4 puntos.
- 5 euros para las jornadas iguales o superiores a cuatro horas y 2 euros para jornadas inferiores a cuatro horas 2 puntos.
- 2,5 euros para las jornadas iguales o superiores a cuatro horas y 1 euro para jornadas inferiores a cuatro horas 1 puntos.

Las propuestas distintas a las anteriores obtendrán 0 puntos.



Este criterio de valoración se configura como una obligación contractual de carácter esencial. La empresa/entidad adjudicataria emitirá un Informe por escrito, al final de cada trimestre de ejecución del contrato, dirigido al responsable del contrato, en el que informará sobre el importe total de las cantidades abonadas a los empleados/as adscritos al contrato por este concepto durante los 3 meses anteriores. El responsable del contrato podrá pedir en cualquier momento, durante todo el periodo de ejecución del contrato que se aporte la documentación con la que se acredite la realización de dicho abono (nóminas de las personas trabajadoras y justificante de realización de la transferencia del pago de las mismas)

b) Se valorará con 1 punto que la empresa/entidad licitadora disponga de un coche de sustitución a fin de que aquellas trabajadoras que tengan ligado el contrato a que deban de disponer de coche, en caso de pérdida temporal por averías u otras contingencias ajenas a su voluntad puedan usar dicho coche de sustitución.

c) Se valorará, hasta un máximo de 2 puntos, que la empresa/entidad licitadora incluya en su propuesta un complemento salarial para las trabajadoras por utilización del vehículo propio. No se valorarán las ofertas inferiores a los 20,00 €/mes.”

B) Condiciones especiales de ejecución del contrato:

“Cláusula 22 del Cuadro de Características Particulares (CCP)

1. Abonar a todo el personal que esté adscrito al presente contrato cuya jornada sea a tiempo completo, un complemento salarial bruto de 600 euros al semestre, con un total de 1.200 euros/año, siempre que en cada uno de los semestres de cada anualidad del contrato, no se hayan recibido quejas por escrito de las personas usuarias, en la FMSS o en la empresa adjudicataria del servicio, superiores en número, al 3 % de los usuarios/mes medios al semestre del servicio (igual a la suma de los usuarios de los últimos seis meses dividida entre seis).



Para el cálculo de dicho porcentaje únicamente se computarán las quejas en cuya resolución la FMSS haya dado la razón al usuario, por un mal funcionamiento imputable a las/os empleadas/os que prestan directamente el servicio.

Se comprobará el cumplimiento de este requisito al final de cada semestre, abonándose el complemento correspondiente a los 6 meses transcurridos, en el mes siguiente (7º mes).

El personal contratado a tiempo parcial o con contrato temporal, que no haya trabajado el semestre completo, percibirá la parte proporcional correspondiente.

Este complemento deberá venir debidamente detallado en las nóminas de cada trabajador/a.

La empresa adjudicataria emitirá un Informe por escrito, al final de cada semestre de ejecución del contrato, dirigido al responsable del contrato, en el que hará constar si se ha dado o no, la circunstancia que posibilita el pago del citado incremento salarial. El responsable del contrato podrá pedir en cualquier momento, durante todo el periodo de ejecución del contrato que se aporte la documentación con la que se acredite el cumplimiento de dicha circunstancia (nóminas de las personas trabajadoras y justificante de realización de la transferencia del pago de las mismas).

2. La empresa/entidad adjudicataria concederá a todo el personal adscrito al contrato cuya jornada diaria continuada sea igual o superior a seis horas, un periodo de descanso mínimo de 30 minutos.

La empresa/entidad adjudicataria emitirá un Informe por escrito al final de cada semestre de ejecución del contrato, dirigido al responsable del contrato, al que se acompañará el correspondiente justificante emitido por el Comité de empresa, en el que



figure que se está dando cumplimiento a la concesión del periodo mínimo de descanso de 30 minutos a todo el personal adscrito a la ejecución del contrato.”

Para el cálculo del Presupuesto del nuevo contrato, como parte del coste de personal, al existir la obligación de subrogar al personal por parte de la empresa entrante ¿debe tenerse en cuenta el coste de las anteriores mejoras o condiciones más favorables para el personal, que éste viene disfrutando en virtud del contrato administrativo que finaliza, o se considera que esas mejoras se extinguen con el contrato administrativo en el que estaban establecidas? En caso afirmativo, ¿se incluirían aquellas mejoras que se encuentran sujetas al cumplimiento de una condición (cláusula 22.1)?”

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Gijón ha planteado a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado varias cuestiones relacionadas con el contenido de un pliego correspondiente a una licitación que está preparando. Cuestiona en su consulta la legalidad de las cláusulas que pretende incluir y pregunta si queda vinculado por los costes de aquéllas cláusulas de tipo laboral que ya incluyó en un pliego anterior.

La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos,



cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar 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), en el doble sentido de que 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, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

En consecuencia, esta Junta no va resolver las cuestiones específicas y concretas planteadas, sino que, en congruencia con lo antes expuesto, reconducirá la consulta a los términos generales en que debemos pronunciarnos.

2. En la consulta que se nos dirige parece existir una cierta confusión entre los conceptos de criterio de valoración, condiciones especiales de ejecución del contrato y mejoras. Merece la pena aclararlas mediante una descripción somera de cada uno de ellos.

- 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. Pueden ser dependientes de un juicio de valor o de la aplicación de una fórmula, deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 145 LCSP y en particular han de estar vinculados al objeto del contrato en el sentido del apartado 6 de dicho



artículo y han de evitar ser discriminatorios respecto de los potenciales participantes en el procedimiento de selección del contratista.

- Las condiciones especiales de ejecución del contrato son obligaciones incorporadas a los pliegos o al contrato que el órgano de contratación ha considerado, por su importancia, elementos esenciales de la fase de ejecución del contrato y cuyo incumplimiento merece consecuencias jurídicas más severas. Obviamente, no inciden en la evaluación de las proposiciones de los licitadores y despliegan su eficacia en la fase de ejecución del contrato.
- Las mejoras son, en palabras de la propia LCSP, prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el pliego de prescripciones técnicas que no pueden alterar la naturaleza de dichas prestaciones ni del objeto del contrato. El artículo 145.7 del texto legal permite calificarlas como criterios de adjudicación. Deben estar perfectamente definidas en los documentos rectores del contrato.

3. La primera cuestión que nos plantea el Ayuntamiento de Gijón alude a las condiciones especiales de ejecución del contrato e inquiriere si algunas que cita de modo concreto pueden admitirse.

La Directiva 2014/24/UE admite el uso de cláusulas de tipo social como criterios de adjudicación y como condiciones 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.



En particular, el considerando 37 de la Directiva establece respecto a la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores:

“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.”

El Artículo 70 de la norma europea alude expresamente a las condiciones de ejecución del contrato de tipo medioambiental, social, o relativas al empleo exigiendo también que estén vinculadas al objeto del contrato. En su trasposición, el Artículo 202 de la LCSP destaca, en lo que atañe a este informe, lo siguiente:

“1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto



del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente. (...)

2. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. (...)

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.

3. Los pliegos podrán establecer penalidades, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 192, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211. Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71.”

De este precepto podemos deducir 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 laborales o relacionados con el empleo como condiciones especiales de ejecución en beneficio de la consecución de los denominados objetivos secundarios de la contratación pública. Pero esta opción del redactor de los documentos contractuales no es ilimitada, sino que se encuentra sometida a dos límites fundamentales:

- Que no sea contraria al principio de igualdad de trato a los licitadores, principio esencial, inherente a la contratación pública.
- Que esté vinculada al objeto del contrato.

Por su parte, el artículo 145.6 LCSP establece lo siguiente a estos efectos:

“Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando 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.”

Sobre la admisibilidad de este tipo de cláusulas ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en varias de sus resoluciones. Por ejemplo, en la Resolución 489/2019, de 9 de mayo, señala el Tribunal lo siguiente:

“El artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE, transpuesto en el 202 de la LCSP, permiten a los órganos de contratación (ambos textos legales emplean el verbo “podrán”) establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, pudiendo referirse, en especial, a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social.

Pues bien, una cosa son estas condiciones especiales de ejecución y otras muy distintas, los criterios de adjudicación que, en efecto, han de guardar una relación o vinculación con el objeto del contrato en los términos que fueron expresados en la Resolución de este Tribunal nº 235/2019, de 8 de marzo.

Así hemos de precisar y reiterar que el requisito relativo a la vinculación al objeto del contrato lo cumple la condición especial establecida. No debe



confundirse esa vinculación con la referida al mismo requisito respecto de los criterios de adjudicación. En éstos 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

Pero en el caso de las condiciones especiales de ejecución la vinculación al objeto del contrato se cumple por el hecho de que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. En este sentido se pronuncia la Directiva 2014/24 en sus Considerandos y la “Guía para considerar los aspectos sociales en las contrataciones Públicas” elaborada la Comisión Europea en 2010. En ella se especifica que el requisito de la vinculación al objeto del contrato se cumple en las condiciones especiales de ejecución cuando éstas se efectúan o realizan en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, no en otra.”

Entrando ya a analizar en términos generales cada una de las cláusulas por las que se nos consulta, cabe señalar que la primera alude al abono de uno o varios complementos salariales al personal adscrito a la ejecución del contrato, por encima de las retribuciones establecidas en el Convenio Colectivo de referencia o en la legislación aplicable. Respecto de tal cláusula puede ser dudoso si está vinculada al objeto del contrato, pero no que, en los términos incondicionados en que se plantea, resulta discriminatoria respecto de otros licitadores que cumplan escrupulosamente la normativa laboral aplicable. Este es un criterio similar al 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.

La segunda cláusula que se nos plantea es la que alude 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. Nuestra valoración debe ser la misma que en el caso anterior.

La tercera cláusula se refiere a la concesión de permisos laborales más beneficiosos para los trabajadores que los establecidos en los Convenios colectivos de referencia o en la legislación aplicable. Una vez más, entendemos que, en los términos incondicionados en que se plantea, tal condición resultaría discriminatoria-

4. La segunda cuestión que la entidad consultante nos plantea es si el coste que representó la inclusión en los pliegos de determinados criterios de valoración y de determinadas condiciones especiales de ejecución son de inclusión obligatoria en el nuevo pliego que se prepare.

Lo primero que hay que destacar es que, obviamente, en la medida en que alguna de esas cláusulas atente contra lo establecido en la ley y, en particular, no se atenga a lo previsto en los artículos 145 y 202 de la misma, no podrá emplearse ni mucho menos vincular al órgano de contratación de cara a futuros pliegos.

Pero tampoco en el caso de cláusulas admisibles conforme a la legislación vigente opera esa vinculación. No se puede olvidar el carácter autónomo de los nuevos procedimientos de selección del contratista respecto de otros contratos anteriores de similar objeto, ni tampoco el amplio margen de discrecionalidad con el que cuenta el órgano de contratación a la hora de perfilar los requerimientos o condiciones bajo los cuales ha de ejecutarse el contrato, que siempre han de quedar vinculados a su objeto. Todo ello permite al órgano de contratación ajustar tales condiciones a sus necesidades concretas, que pueden haber variado con el tiempo, seleccionando solo aquellas que considere necesarias a los efectos de la ejecución del nuevo contrato, y todo ello sin perjuicio de las obligaciones que la empresa que vaya a ejecutar el contrato pudiera tener que asumir conforme a la legislación laboral con los trabajadores anteriores, incluso en el caso de subrogación obligatoria conforme al



artículo 130 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, cosa que no nos compete analizar.

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

CONCLUSIONES.

- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público admite la inclusión de cláusulas de tipo laboral como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato, pero no lo hace de manera absoluta sino bajo el cumplimiento de una serie de requisitos.
- Tales requisitos, conforme a la legislación comunitaria, a su Jurisprudencia y a la ley española, son que la cláusula en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato a los licitadores y al resto de los principios esenciales de la contratación pública y que esté vinculada al objeto del contrato.
- La vinculación al objeto del contrato, en el caso de las condiciones especiales de ejecución exige que la condición se efectúe durante el cumplimiento y en la ejecución de la prestación contratada, no en otra. En el caso de los criterios de adjudicación, tal vinculación exige, conforme al artículo 145.6 de la LCSP, que el criterio se refiera o integre las prestaciones que deben realizarse en virtud de dicho contrato en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.
- Conforme a estos criterios es posible resolver cada cuestión de manera general y casuística, no siendo misión de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado tratar de cláusulas de pliegos concretos.



- En caso de que se lleve a cabo una nueva licitación, el nuevo procedimiento es independiente de los anteriormente realizados, sin perjuicio de las obligaciones laborales que deriven de la normativa. Por tanto, el coste que representó la inclusión en los pliegos de determinados criterios de valoración y de determinadas condiciones especiales de ejecución no son de inclusión obligatoria en el nuevo pliego que se prepare.