

## UN PASO ATRÁS EN LA INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MECANISMO PREVENTIVO DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 220/2017, de 7 de junio de 2017**

**Henar Álvarez Cuesta**

*Profesora titular. Universidad de León*

### 1. MARCO JURÍDICO

Acontecimientos vividos este verano, como ejemplo señero el conflicto reciente en el aeropuerto de Barcelona-El Prat entre los vigilantes privados, su empresario y AENA, hunden sus raíces y tienen origen (o podrían haberlo tenido) en un supuesto como el analizado a continuación: la posibilidad de introducir como criterio a valorar en la contratación pública el pago de salarios dignos a los trabajadores. El supuesto se asemeja –incluso– en el objeto, tan trascendente, del contrato: la seguridad.

La inclusión de criterios sociales en la contratación pública ha sido y está siendo objeto cada vez de mayor atención como vía para que las Administraciones públicas ejerzan una determinada política social de contratación y contribuyan a una más justa y solidaria asignación de sus recursos, a semejanza del consumo responsable llevado a cabo por los ciudadanos y de forma coherente con los objetivos sociales que pretenden alcanzar.

El literal de la norma administrativa permite tal incorporación («para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato..., o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar...»), art. 150 **RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRLCSPP–. Aun cuando parece subordinar el permiso a que dichos criterios tengan vinculación con la prestación objeto del contrato y la mayor calidad que el establecimiento de los mismos implicaría, la finalidad no sería otra que seleccionar la mejor y la más ventajosa propuesta, en nombre de la transparencia, la competencia y la no discriminación.

Sea como fuere, el principio de la «relación directa con el objeto del contrato», recogido en la norma, ha sido exigido, entre otros organismos, por la Junta de Contratación Administrativa del Estado (por ejemplo, en Informes 11/1999, de 30 de junio; 44/2004, de 12 de noviembre, y 42/2006, de 30 de octubre), por algunas Juntas de Contratación Autonómicas y por el Consejo de Estado (Dictamen 51/2006, de 25 de mayo). La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 9/2009, de 31 de marzo, ha venido haciendo, además, una interpretación muy estricta de este requisito, entendiendo que la vinculación directa exige que el criterio de valoración redunde en aspectos intrínsecos de la propia prestación, cuestiones relativas al procedimiento de ejecución o consecuencias directas derivadas de la misma, y sin que pueda afectar a cuestiones contingentes cuya justificación en nada altere ni la forma de ejecutar la prestación ni los resultados de la misma.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

Fijado el marco jurídico de la sentencia analizada, en dicho pronunciamiento el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid resuelve un recurso presentado por la Asociación de Compañías de Seguridad Privada contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 3 de febrero de 2016, la cual había desestimado el recurso especial en materia de contratación contra pliegos de cláusulas administrativas particulares de contrato de servicios para protección y seguridad de edificios municipales; habiendo sido partes demandadas el Ayuntamiento de Madrid y una compañía de seguridad privada.

El objeto del litigio se centra en el apartado 20.2 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y si cumple o no el artículo 150.1 del [TRLCSF](#). En particular, cuestiona uno, el primero, de los tres criterios sociales reflejados en aquel referente, a saber, concede, por el compromiso de aplicar durante toda la vigencia del contrato a los vigilantes que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato, el convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad vigente (o el texto que le sustituya) en todo lo relativo a retribuciones, 15 puntos; por la presentación de un plan de formación continua en materia de seguridad a los vigilantes que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato y que suponga mejora de las horas establecidas como mínimas en el convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad vigente (o el texto que le sustituya), 10 puntos, y por la presentación de un plan de conciliación de la vida laboral y profesional aplicable a los vigilantes que realicen la prestación del servicio de vigilancia y seguridad objeto del contrato, 10 puntos.

## 3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL

Para la resolución comentada, el salario mínimo no ofrece una directa relación con el objeto del contrato en términos de comparación con los criterios de valoración recogidos en el artículo 150.1 del [TRLCSF](#) y tampoco se justifica por el órgano de contratación. Así, considera que la

ausencia de vinculación y explicación supone una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores y, por tanto, ha de quedar excluido de los criterios de valoración de ofertas a efectos de la adjudicación de un contrato. Según el TSJ de Madrid, si la empresa cumple con los parámetros retributivos establecidos correspondientes a sus trabajadores, no hay razón objetiva para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios, máxime cuando, dentro del total de 75 puntos de «Criterios valorables en cifras o porcentajes» del apartado 2.2 del anexo I del PCAP del contrato de referencia, la asignación de 15 puntos al criterio social analizado resulta desproporcionado en comparación con los 40 puntos para la oferta económica.

Como segundo argumento vertebral, afirma que «el órgano de contratación realiza una clara injerencia tanto en cuestiones que serían materia de regulación por los órganos competentes según la legislación laboral, como en la libertad de empresa en las relaciones con su personal al amparo de la normativa vigente, pues *de facto* se viene a sancionar a aquellas compañías que hagan uso de los derechos que les concede y reconoce la legislación actual derivada de las medidas urgentes de reforma del mercado laboral, contenidas en la Ley 3/2012 que modifica el artículo 84.1 y 2 del ET, donde se avala la posibilidad de sustituir los convenios nacionales por convenios de empresas».

Planteado el conflicto, y además de la vinculación demandada, surgen otros obstáculos en el caso analizado –a juicio del tribunal– para la incorporación del salario mínimo convencional. En primer lugar, la legislación actual derivada de las medidas urgentes de reforma del mercado laboral, contenidas en la [Ley 3/2012, de 6 de julio](#), avala la posibilidad de sustituir los convenios colectivos nacionales por convenios de empresas y la imposición de un salario mínimo previsto en el convenio nacional de aplicación a la actividad cercenaría esa posibilidad.

En segundo lugar, se consideran intangibles al ámbito de la contratación pública los derechos de los trabajadores, entre ellos los de negociación colectiva o el derecho de huelga, y no cabe regular en los pliegos cuestiones que corresponden a la normativa laboral.

#### **4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA ASENTADA Y POSIBILIDAD DE QUE SE CONSOLIDE EN EL FUTURO: LA VINCULACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO DE UN SALARIO DIGNO**

Fijado el marco jurídico y la posición del tribunal, cabe esperar (o desear) un cambio en la doctrina aquí sentada, tanto porque cabe otra interpretación jurídica, por las implicaciones y consecuencias prácticas que presenta, como porque la futura Ley de Contratos Públicos podría permitir albergar esperanzas al respecto.

Para rebatir el argumento del TSJ de Madrid sobre la falta de vinculación entre el objeto del contrato y una retribución mínima (convencional) a los trabajadores, cabe acudir a lo manifestado por la resolución objeto de impugnación, que asevera cómo, en este tipo de contratos, cuyo objeto son prestaciones personales y en los que el componente esencial viene dado por el coste de la mano de obra, no supone trato discriminatorio para ninguna empresa, puesto que a la hora de

elaborar sus ofertas, las empresas que pretendan obtener puntuación por este o los otros dos criterios de carácter social necesariamente obtendrán una menor puntuación de la oferta económica, ya que deberán presupuestar, en principio, mayores gastos. En consecuencia, una puntuación compensa a la otra, dependiendo de la estrategia empresarial por la que se opte.

Siguiendo el literal de la resolución del tribunal administrativo impugnada, «en este supuesto no se están regulando las condiciones laborales de los trabajadores de la futura adjudicataria, ni estableciendo una obligación de carácter general para los licitadores, sino que lo que hace el Pliego es primar con determinada puntuación el pago de los salarios establecidos en el convenio estatal, correspondiendo la opción al licitador».

Respecto al posible carácter discriminatorio del criterio que pretende primar en las empresas que mejoren las condiciones de trabajo de los empleados en el contrato, no descolgándose de los convenios colectivos estatales, las instituciones europeas (incluido el Tribunal de Justicia en su [STJCE C-346/06, de 3 de abril de 2008, asunto Rüffert](#)) han apuntalado la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, pero siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y que, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema de contratación pública: suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro.

Así, la Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2002, relativa a «[La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible](#)», se esfuerza en dejar claro que las Administraciones públicas, incluida la Comisión, deben integrar los principios de la responsabilidad social en sus propios sistemas de gestión y en las relaciones con sus interlocutores, inclusive en sus propios procedimientos de contratación pública, afirmándose en esta materia que «las comunicaciones interpretativas de la Comisión sobre las disposiciones comunitarias aplicables a los contratos públicos y la integración de aspectos sociales (y medioambientales) en los mismos han servido para clarificar el abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario a los compradores públicos que deseen incluir consideraciones sociales (y medioambientales) en los procedimientos de contratación pública, respetando al mismo tiempo el principio de oferta más ventajosa para los contribuyentes y la igualdad de acceso para todos los proveedores comunitarios». De este modo, el hecho de constituir una empresa socialmente responsable se convierte en una ventaja a la hora de concurrir en un proceso de contratación pública, idea que reitera la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de marzo de 2006 titulada «[Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas](#)», y que se recoge también en el Informe del Parlamento Europeo sobre la «[Responsabilidad social de las empresas de subcontratación en las cadenas de suministro](#)», aprobado el 18 de febrero de 2009, pero como mero parámetro de desempate. Como con acierto ha precisado

el alto órgano judicial, «la posibilidad de que los organismos contratantes utilicen como criterio una condición relacionada con la mejora o el incremento del empleo u otros aspectos de contenido social es plenamente admisible, siempre que esta respete todos los principios fundamentales del derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del tratado en materia de derecho de establecimiento y de prestación de servicios, y, cómo no, el principio de transparencia en la licitación» ([STJCE C-225/98, de 26 de septiembre de 2000, asunto Nord-Pas-de-Calais](#)).

Bien es cierto que, en un caso muy similar, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea establece que obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo de aplicación en ese país, puede suponer la imposición a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional capaz de impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida puede constituir una restricción en el sentido del artículo 48 del TCE (art. 58 [TFUE](#)), en tanto «privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos» ([STJUE 549/13, de 18 de septiembre de 2014, asunto Bundesdruckerei GMBH y Stadt Dortmund](#)).

En cambio, como sucede en el caso analizado, en otro pronunciamiento semejante, donde tanto la autoridad licitadora como la empresa (y las restantes empresas competidoras) se encontraban en el mismo Estado miembro, entendió el tribunal que la exclusión de la licitación que imponía la norma no era gravosa en absoluto ([STJUE C-115/14, de 17 de noviembre de 2015, asunto RegioPost](#)).

A la luz de los hechos recientes, cabe argumentar contra la sentencia analizada que el pago de una retribución digna a los trabajadores resulta esencial al objeto del contrato y afecta a la ejecución de la prestación y a los resultados de la misma, como exige la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando se trata, como en el caso, de prestaciones de servicios, y asegura, por parte de las Administraciones públicas, garantizar a los ciudadanos su correcta prestación y minimizar los conflictos colectivos (y las consiguientes distorsiones en la actividad externalizada). En este sentido, el propio [Libro Verde de la contratación pública](#), de 27 de noviembre de 1996, considera que uno de los objetivos del mercado interior y, por tanto, de la contratación pública es, precisamente, la creación de empleo en favor de aquellos colectivos que más lo necesitan y, cabría añadir, apostar por el trabajo decente en la línea de lo defendido por la Organización Internacional del Trabajo. También el Tribunal Supremo, en su [STS de 23 de mayo de 1997 \(rec. núm. 12365/1991\)](#), respalda las posibilidades de incorporar estas políticas al afirmar que: «la Administración no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público».

A la sazón, y siguiendo la tendencia de incorporar dichos criterios a la contratación de las Administraciones públicas, no faltan guías, instrucciones ni recopilatorios de buenas prácticas que orienten a las distintas Administraciones a la hora de incorporar criterios sociales a sus con-

tratos públicos capaces de eludir la anulación judicial, siempre respetando los principios de no discriminación y libre circulación de bienes y servicios.

En fin, y en cuanto atañe a la limitación del poder empresarial de hacer uso de la medida prevista de descuelgue en la [Ley 3/2012](#), tal supuesto habría de considerarse excepcional y no vincularlo, como parece inferirse de la sentencia comentada, de una necesidad intrínseca de concursar a mejor precio. Tampoco lo apreció la [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1301/2016, de 2 de junio de 2016](#), en un supuesto con referentes parecidos, pero distinto supuesto litigioso.

Los otros dos criterios sociales que puntúan no han sido objetados, pero respecto a los mismos cabe acoger la reflexión contenida en la resolución impugnada: en cuanto al plan de formación, en este caso es evidente que una mejor formación de los vigilantes ha de redundar en una mayor calidad del servicio y su prestación a los usuarios, siendo un criterio de valoración en un gran número de contratos de servicios, por lo que además de ser admisible el criterio por los mismos motivos que en el caso del criterio que acabamos de examinar, permite considerar la existencia de una influencia en la calidad del servicio. Respecto de la presentación de un plan de conciliación de vida laboral y profesional de los vigilantes, se considera por el órgano de contratación que la promoción de unas condiciones laborales que permitan la conciliación entre la vida laboral y familiar, además de constituir un objetivo estratégico de los poderes públicos en general, redunda en una mejor realización de las funciones por parte de los trabajadores afectados y todo ello ha de tener una relación directa con la calidad del servicio que se va a prestar.

Nuevas perspectivas, que la realidad judicial habrá de ratificar, parece abrir el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, pues ha de incorporar en su articulado la aclaración recogida en la [Directiva 2014/24](#) sobre lo que debe entenderse como «vinculación al objeto del contrato», si bien el momento parlamentario impide el análisis certero y con vocación de vigencia. La utilización medida y argumentada de las cláusulas sociales, incluida la analizada, redundaría en un empleo de calidad y, a la par, en una asignación de recursos eficiente y en una minoración de conflictos colectivos fundados en las escasas retribuciones.