

CLÁUSULAS SOCIALES, CONTRATACIÓN PÚBLICA: DEL PROBLEMA DE “LEGITIMIDAD” AL DE SUS “LÍMITES”

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

“Una legislación [incluso] jurídico-privada que tenga presente su misión social, debe justamente aspirar a una protección material de las capas sociales, amenazadas con la libertad de los contratos, contra el empuje de la prepotencia económica. Un espíritu tal debe penetrar, especialmente, en el derecho de obligación (...). ¡Y cuán radicalmente se separan en esto las ideas jurídico-romanas [protección de la libertad y de la propiedad] de las germanas [preferencia de la idea de comunidad]; la ordenación individualista, de lo social!”

Otto Von GIERKE. La función social del Derecho privado y otros Estudios.
Comares. Granada. 2015, pp. 26-30

EXTRACTO

Palabras clave: cláusulas sociales, contratación pública europea, dumping social, reforma laboral

La garantía de un mercado de trabajo inclusivo es una cuestión de particular relevancia en la actualidad, pues la crisis está devaluando las condiciones de vida y de trabajo. Las reformas laborales agravan el problema al facilitar los ajustes laborales a la baja. En este contexto, las políticas de contratación pública se convierten en un instrumento útil para reforzar la integración de sus mercados de trabajo a través del uso estratégico de cláusulas sociales a favor del empleo de calidad. Tradicionalmente, se han puesto grandes obstáculos a su reconocimiento -sentencia “Rüffert”-, en virtud del principio de libre competencia. Sin embargo, hoy se destaca una tendencia, legal y jurisprudencial, a garantizar su inclusión en los contratos públicos, sobre todo con la entrada en vigor de la nueva Directiva comunitaria (2014/24/UE), si bien hay numerosas dudas en torno a la fijación de sus límites, en aras del principio comunitario de proporcionalidad

ABSTRACT

Key words: social clauses, European public procurement, social dumping, labour markets reform

The guarantee of an “inclusive labor market” is an issue of particular relevance today, because the crisis is devaluing the conditions of life and work. Labor reforms exacerbate the problem by facilitating the wage cuts. In this context, public procurement policies become useful the inclusiveness of their labor markets: the “strategic use” of social clauses in favor of quality employment. Traditionally, they have been major obstacles to recognition of these social clauses -example: judgment of the European Court of Justice Rüffert-, under the principle of free competition. This paper illustrates how member states and contracting authorities can make the best use of the possibilities offered by the new Public Procurement Directive (2014/24/EU) to achieve social policy objectives through public procurement.

ÍNDICE

1. ¿CLÁUSULAS LABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?: LA ACTUALIDAD DE UNA INSTITUCIÓN TRADICIONAL “OLVIDADA”
2. DOS MODELOS DE COMPETITIVIDAD: “COMPRA SOCIALMENTE ORIENTADA” Y “DEVALUACIÓN” (“LOW-COST LABOR LAW”)
3. COMPETENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO, LEYES DEL MERCADO DE TRABAJO Y POLÍTICAS DE EMPLEO DE CALIDAD
 - 3.1. La defensa de la libre competencia y el “ajuste de los costes laborales” como nuevo “bien jurídico” (“flexibilidad interna”) protegido
 - 3.2. La libertad de empresa, la libre prestación de servicios y la prohibición del dumping social: clausuras y aperturas en el Derecho Comunitari
 - 3.3. ¿Son disponibles las ventajas competitivas basadas en los ajustes salariales de las ofertas más baratas permitidos por las normas laborales?
4. CONCLUSIONES: HACIA UN USO SOCIAL ESTRATÉGICO, QUE NO OPORTUNISTA, DE LAS CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES

1. ¿CLÁUSULAS LABORALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?: LA ACTUALIDAD DE UNA INSTITUCIÓN TRADICIONAL “OLVIDADA”

La cultura jurídica asume, desde hace largo tiempo, que el “principio social” propio de un “Estado Constitucional de Derecho”, como es el español -art. 1 CE; y al margen de la corrección que pueda suponer el principio de primacía del pago de la deuda, auténtico vestigio de las antiguas “servidumbres del deudor” (personales las más típicas, cierto) - hacer permeables a todos los sectores del ordenamiento jurídico a la idea de “misión social”, destacando la idea de unidad del orden jurídico frente a la fragmentación o la radical autonomía -peor “independencia” de cada provincia respecto del orden global-. De ahí, que los más insignes juristas del “Derecho Social” defendieran, ya a finales del siglo XIX, que la “función social” no es propia sólo del Derecho Público -principio de comunidad-, sino también del Derecho Privado -principio de liberalismo individualista-, hasta el punto de diluir sus fronteras (STCO 18/1984). Consecuentemente, si ni las “leyes de la contratación privada” ni “la autonomía privada” permanecen ajenas a esa vertiente social, so pena de degenerar la libertad en instrumento de “opresión del más débil por el fuerte”¹, parecería un auténtico deber positivo de realización del fin social cuando la contratación pende de las “personas público-administrativas”, conformando esos “*finés institucionales*” de la contratación administrativa a que refiere su principal ley reguladora en España (art. 1.1, párrafo segundo, in fine Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público -TRLCSP, en adelante-).

¹ Vid. Otto Von Gierke. *La función social del Derecho privado y otros estudios*. Comares. Granada. Pp.22-24.

Cierto, puede esgrimirse, si en relación a la garantía de “condiciones de empleo y de trabajo dignas” -paradigma del “trabajo decente” de la OIT- se trata, que para eso ya se “inventó” el “Derecho Social del Trabajo”, una rama especial del Derecho de las Obligaciones que, sin perjuicio de configurar el contrato de servicios laborales como una relación de libertad contractual, tendría la misión de ofrecer la protección social suficiente como para evitar la indefensión de los trabajadores en manos de capitalistas y/o empresarios. Sin embargo, no menos verdad es que, desde el paradigma jurídico aquí recordado -la permeabilidad social de toda institución jurídica, incluso privada-, el eje del desarrollo de las ideas sociales en la vida jurídica se centra en la unidad de ese orden jurídico, por encima de las individualidades y los particularismos.

No se trata tan sólo de “teoría jurídica”, de simple especulación doctrinal, si se quiere, por muy autorizadas, clásicas ya sin duda, que sean las voces a las que se remite. Muy al contrario, esta permeabilidad social de toda institución jurídica, incluidas aquéllas en las que el eje fundamental de su ordenación es la libertad de contratación -y competencia-, tiene importantes manifestaciones jurídico-positivas (enfoque normativo propiamente), también dotadas de un extraordinario arraigo histórico-jurídico social internacional. Por tanto, no se revelan como ninguna nueva tentación de esnobismo jurídico, o como una llamada a la desesperada a “usos alternativos” de las instituciones para intentar frenar la “devaluación de derechos” experimentada en “campo propio”, sino que apelan a señales de identidad genuinas de la “economía social de mercado” y de sus “libertades civiles y económicas”, por más que la actual “re-mercantilización” del entero Derecho, según el principio absolutista del “ajuste de mercado total”², las haya erosionado. Dos ejemplos de la permeabilidad social de las libertades económicas de mercado vamos a aportar.

El primero, como ilustrativa concreción de esa dimensión transversal del “Espíritu de Filadelfia” (Carta Constitucional de la OIT), contrario a la reducción del trabajo a mera cosa productiva y reivindicativo, en línea con la concepción “historicista ético-social” de GIERKE, de la “lógica socio-personal” de todo contrato, más sirve a fines de índole comunitarios, vendría ejemplificada por el Convenio n. 94 (1949), sobre las “Cláusulas de Trabajo” en los contratos celebrados por las autoridades públicas. Su art. 2.1 impone (no es potestativo, según la función promocional típica de este tipo de normas, sino un mandato imperativo: “deberán contener”) a la contratación público-administrativa la obligación de incluir “*cláusulas que garanticen a los trabajadores...salarios... y*

² Vid. A. Supiot. *El Espíritu de Filadelfia: la justicia social frente al mercado total*. Península. 2011.

demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región...”. Esta regulación internacional recelosa de un modelo de obtención de la ventaja competitiva basado en la reducción de los costes laborales, en virtud de las facilidades que ofrece las libertades económicas, habría gozado de ilustres antecedentes en la legislación laboral y de contratación administrativa nacionales desde principios del siglo XX, hasta el punto de integrar una arraigada tradición jurídica promocional de las regulaciones colectivas de trabajo, anticipando por vía indirecta una eficacia que luego asumirá directamente el convenio colectivo por su propia fuerza normativa, constitucionalmente atribuida³.

La segunda, de especial trascendencia en un tiempo en el que adquiere un protagonismo mayor la denominada “justicia socio-laboral multinivel” y la construcción del Derecho desde un método dialógico entre Tribunales donde la referencia principal se sitúa en los de carácter internacional, tiene que ver con la reafirmación de la vertiente social de los derechos civiles en la jurisprudencia cada vez más “pretoriana” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -TEDH, en adelante-. Aunque no es nuestra pretensión afrontar, ni tan siquiera sucintamente, esta importantísima e inusitada vertiente de la tutela de los derechos sociales y laborales, sí es útil recordar que esta jurisprudencia ha llegado a dar reconocimiento y garantía a la Seguridad Social como derecho humano social pese a no tener reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas -CEDH, en adelante-, sí en el art. 12 de la Carta Social Europea -CSE, en adelante-, sin más fundamento que el más liberal y civil de los derechos económicos: el derecho de propiedad. Pocas experiencias -pero no es la única en este ámbito⁴- como ésta demuestran, desde un punto de vista jurídico-práctico e institucional, por tanto desde un enfoque de marcado “realismo normativo” frente al tradicional “formalismo jurídico”, lo errado de todo enfoque que presente los derechos, pero también las instituciones del Derecho, como comportamientos estancos, rígidamente separados por clasificaciones formales que pierdan de vista la unidad valorativa final del conjunto, en aras de una Estado Social fiable ex art. 1.1 en relación a los arts. 9 y 10.2 CE.

³ Vid. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. “Cláusulas sociales y contratación pública”. La Ley 2955/2016.

⁴ Hacía recientemente un repaso de las experiencias más recientes en la jurisprudencia del TEDH en mi Estudio Preliminar de Presentación del Monográfico de Diálogos con la Jurisprudencia publicado en CEF. Trabajo y Seguridad Social, n. 399/2016, titulado “Vertiente social de los derechos civiles en la jurisprudencia del TEDH. Selección de casos líder”. También es interesante consultar el estudio del profesor J. Cabeza Pereiro. “La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH”. Revista de Derecho Social, n. 69, 2015.

No creo que haya que desplegar una mayor justificación jurídica para evidenciar la legitimidad, cuando no la necesidad imperiosa, de que no haya instituciones jurídico-contractuales al margen de ese "fin social". Un imperativo mayor si se trata de "compra público-administrativa" que, por mandato legal, no sólo moral, está obligada a ser un ejemplo de gestión ético-social; su vinculación a la realización de los fines sociales, fijados en la Constitución -y en los estándares internacionales- debe garantizar no sólo la prohibición de uso antisocial, sino su obligado uso socialmente responsable de la contratación pública. Precisamente, esta función es la que se ha asignado modernamente -ignorante de su larga tradición- a la técnica de las "*cláusulas socio-laborales*".

Sin embargo, como es bien sabido, la realidad normativa y práctica mayoritaria dista un abismo de esa visión. Una vez más asistimos, para analizar la vida real del Derecho, a una profunda brecha entre el discurso normativo -el deber ser- y la situación cotidiana -el ser-, de modo que la inclusión de cláusulas sociales en la política de contratación pública, cuya esencialidad se reconoce normativamente, como por ejemplo el art. 174 del vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía, pero luego, como ilustra la práctica de la contratación en esta misma Comunidad, y en el conjunto de España, no sólo brilla por su ausencia, sino que encuentra todo tipo de obstáculos, más pretendidas que reales. ¿Por qué sucede así y cuál es la situación actual?

La pregunta tiene sentido porque asistimos en este tiempo a un relanzamiento relevante, sino determinante, de esta cuestión, concurriendo numerosos y heterogéneos factores, unos de índole pre-jurídico, e incluso meta-jurídico, y otros estrictamente jurídicos. En el plano extra-jurídico, parece claro que hay una creciente toma de conciencia, básico en un momento de especial intensidad de las políticas de austeridad derivadas, en medida no desdeñable, de la asunción pública de "deudas privadas", sobre el enorme potencial de la "compra pública" para introducir un concepto más comprometido que el actual de "responsabilidad social de la empresa". En nuestro país, el conjunto de las AAPP dedica a la adquisición bienes y servicios o la construcción de obras, más del 16% del PIB⁵ (2.000 euros por habitante y año). Miles de millones de Euros, en definitiva.

Si bien este dato suele silenciarse -más por el omnipresente discurso (verificado por la práctica) de la corrupción-, resulta manifiesto que cada vez que una autoridad pública adjudica un contrato, y lo hace a diario, está produciendo

⁵ Vid. el sugerente estudio de M. R. Vallecillo Gámez. "*Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas "subvenciones" a la creación de "mercados tutelados"*". Temas Laborales, Nº 21, 2008, págs. 17 y ss.

un gran impacto en el modelo de ventaja competitiva en los mercados de compra pública y, por supuesto, en el empleo. Sin embargo, generalmente la contratación pública produce un efecto negativo o neutro, cuando dispone de marcos normativos e instrumentos prácticos, para inducir un impacto positivo, a favor de un modelo de competitividad y empleo en el que la puja a la baja de los costes laborales no sea una componente fundamental de todo el proceso de licitación y determinante de la adjudicación final a uno de los licitadores en -no muy leal- competición⁶. Resistencias culturales e inercias institucionales lo estarían frenando.

En el plano jurídico parece tomarse creciente conciencia de esta potencialidad. De ahí, la multiplicación de datos relevantes que traen al primer plano de la actualidad este tema y que, en consecuencia, justifican la elección de este tema para el estudio que realizo. De forma sintética, sin perjuicio del análisis más detenido que luego se hará, podrían ser agrupados en tres:

- 1) Novedades normativas, internacionales, sobre todo comunitarias, y nacionales, ya estén plenamente vigentes, aún pendientes de transposición, ya estén sólo en estado de proyecto.

Sin duda, la pieza normativa más conocida y relevante se vincula a la entrada en vigor de la nueva normativa europea reguladora de esta materia, dado que se trata de una competencia comunitaria. Me refiero a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. Esta norma, expresión de una notabilísima potenciación de las cláusulas sociales en la contratación pública, sin perjuicio de las limitaciones y cautelas que mantiene, requiere a los Estados adoptar medidas efectivas para garantizar el cumplimiento, en la ejecución de los contratos -cláusulas sociales de ejecución-, los compromisos sociales establecidos -no sólo legal sino también convencionalmente, en su artículo 18.2. Este precepto regula los principios básicos de la contratación pública, lo que pone de relieve la importancia que se confiere al tema. Además de este mandato general imperativo en la fase más fácil, la cláusula social como condición específica de ejecución (art. 70), se alude expresamente a los aspectos sociales en otras fases del proceso, tradicionalmente más discutidas y con más conflictividad de implantación: definición del objeto de los contratos (art. 62); exclusión de contratistas (art. 57) y, sobre todo, como criterio de adjudicación (art. 67).

⁶ Lo recordaba también el profesor M. Rodríguez-Piñero. “*Cláusulas Sociales...*”. Op. cit. p.2.

Esta Directiva, que avanza notablemente en la obligatoriedad de la inclusión de fines sociales en los contratos públicos, recogiendo aspectos que van más allá de los que hoy se prevén en el TRLCSP, está pendiente de transposición. Al respecto, y si bien los borradores de Anteproyecto que se conocen no lo refleja expresamente, es interesante recordar que en el Programa Nacional de Reformas 2014 de España -p. 96-, el Gobierno español se comprometía a "... poner en marcha una Ley de contratación pública que establezca el principio de que la "oferta económica y **socialmente** más ventajosa" se convierta en el criterio para cualquier adjudicación". Este principio de socialización de la política de contratación pública halla, como luego se indicará, algunas concreciones, si bien más limitadas, en la reciente Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

En el mismo nivel comunitario de regulación de la competencia, con incidencia notable en la instrumentalización de las condiciones de trabajo para obtener ventajas de competición entre empresas, pero todavía como mera propuesta de revisión normativa, hay que destacar la Propuesta de Revisión de la Directiva 96/71/CE, de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de la libertad de prestación de servicios (8 de marzo de 2016, COM 2016, 128 final). En ella, se añade un nuevo apartado en el art. 3 de la Directiva respecto de situaciones de creciente intensidad también en el ámbito transnacional: las cadenas de subcontratación. Como se verá, se llegar a ver la luz esta nueva revisión de la Directiva, lo que no parece asegurado ante la actual tensión política entre los Estados partidarios y los opuestos a su reforma, se daría una base jurídica clara y directa a la potestad -en principio esta técnica de prevención del abuso no está diseñada como obligatoria para los Estados- de incluir "cláusulas sociales" que garanticen el cumplimiento de las condiciones convencionales de empleo y trabajo; eso sí, igualmente a empresas locales que a las desplazadas.

- 2) Novedades jurisprudenciales, ante la apertura del TJUE -S. 17 de noviembre de 2015, asunto C- 115/14- a la legitimidad de "cláusulas laborales" previstas en Leyes "regionales", orientadas a garantizar un "salario mínimo sectorial", con lo que parece corregirse, aunque se advierta formalmente de lo contrario, la más tradicional posición obstaculizadora -doctrina "*Rüffert*"-.

Enlazando con la citada cuestión de la movilidad transnacional de trabajadores en el marco de la libertad de prestación de servicios, bien conocido es que la jurisprudencia comunitaria, objeto de innumerables estudios críticos en la doctrina laboralista de buena parte de Europa, había venido sosteniendo la imposibilidad de incluir en la contratación pública un "salario mínimo sectorial". Una posición excluyente que mantuvo tanto si se trataba de una movilidad transnacional en

sentido estricto -STJCE 3 de abril de 2008, caso *Rüffert*-, cuanto si no -STJUE 18 de septiembre de 2014, caso *Bundesdruckerei*-. Sin embargo, la STJUE de 17 de noviembre de 2015, C-115/14, caso «RegioPost»), ha concluido que la normativa de contratación pública (en el caso Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, versión modificada por el Reglamento (UE) n° 1251/2011 de la Comisión), no se opone a Leyes que obliga a los licitadores a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato “un salario mínimo fijado por dicha normativa”.

- 3) Relanzamiento en la práctica de contratación pública, no sólo municipal sino ya también autonómica, previa cobertura reguladora de esta naturaleza, de cláusulas sociales dirigidas a contrarrestar, en su ámbito, los efectos de mayor devaluación de condiciones de trabajo colectivas derivados de la reforma laboral.

La reanimación de esta importante cuestión no es sólo normativa, sino también, y sobre todo, práctica. Hasta hace bien poco tiempo, las iniciativas sobre “cláusulas sociales” en la contratación pública con carácter preceptivo se limitaban casi de manera exclusiva al ámbito municipal (Avilés, Castellón, Barcelona, Madrid, Donostia, Vitoria, Sevilla, Valencia, etcétera). Pues bien, además de sumarse nuevos municipios de gran trascendencia -Madrid⁷-, parece haberse abierto una nueva línea de promoción de este tipo de cláusulas, no sólo en las Diputaciones -como por ejemplo en las del País Vasco-, sino en diversas Comunidades Autónomas -Navarra, Baleares (Acuerdo de Cláusulas Sociales de 28 de abril de 2016⁸), Canarias⁹...-. Sin duda, su valor va más allá del relieve cuantitativo, por el efecto de promoción que ejercerá sobre los entes locales de sus respectivos territorios. Pero con ser esto muy importante, no es lo más trascendental.

⁷ Cuya normativa reguladora y sus primeras experiencias prácticas tras el nuevo gobierno municipal han sido avaladas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública. Vid. http://www.eldiario.es/madrid/clausulas-Ayuntamiento-Madrid-contratos-publicos_0_483302367.html. Puede verse la Instrucción n. 1/2016, sobre inclusión de cláusulas sociales en la contratación del Ayuntamiento de Madrid y sus organismos autónomos http://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1_2016.pdf.

⁸ <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2016/04/28/govern-contratara-empresas-empleo-calidad/1112946.html>.

⁹ Para el anuncio de la nueva normativa al respecto. <http://eldia.es/agencias/8657550-CAN-CONTRATACIONES-P-BLICAS-Hernandez-impulsa-clausulas-sociales-contrataciones-publicas>.

A mi juicio, la mayor novedad, que atrae la atención y justifica especialmente un estudio al respecto, está la creciente difusión de un uso de las cláusulas sociales como una forma de contrarrestar o corregir los efectos de la reforma laboral, en especial el efecto de desplazamiento de los convenios sectoriales provinciales por los de empresa, según el art. 84.2 ET, así como las facilidades dadas para los “descuelgues laborales” ex art. 83.2 ET. Al respecto, la Diputación Foral de Guipúzcoa elaboró, en el marco de sus competencias de contratación públicas, la “Norma Foral” 4/2013, de 17 de julio, de *incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral*, dirigida a contrarrestar los principales efectos de devaluación derivados de la reforma laboral. Hoy, las tres Diputaciones Forales vascas y Navarra cuentan con normativa específica al mismo fin, evidenciando el efecto “emulación-contagio” que tiene este tipo de políticas, especialmente en CCAA con mayor contestación político-institucional a la reforma laboral. La Comunidad Balear cuenta con una norma análoga.

En efecto, poco después, el Consejo de Gobierno de la Diputación de Vizcaya aprobó la Instrucción de 29 de octubre de 2013, por la que se establecen criterios sobre mantenimiento de las condiciones de trabajo y medidas de carácter social para su aplicación en los procedimientos de contratación de la Diputación Foral, al fin, que lejos de disimularse se confiesa, de corregir los efectos de la reforma laboral en relación al poder unilateral -no así si es colectivo- de modificar las condiciones de trabajo. Y algo más tarde, las Juntas Generales de Álava aprobaron la “Norma Foral” 1/2014, de 12 de febrero, para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obra del sector público foral. La sucesión de iniciativas reguladoras -de distinta naturaleza, lo que luego será determinante para su suerte- no es casual, sino que está programada, pues, en realidad, detrás de esta política estaba un acuerdo del Parlamento vasco -Proposición No de Ley 187/2013, intitulado “Sobre la no aplicación de la reforma laboral en el ámbito de la contratación pública”- que instaba al Gobierno vasco a promover la inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, de modo que se valore positivamente la preservación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios sectoriales -provinciales-. Una iniciativa completada con otra de promoción popular y orientada al mismo fin, de modo que se evite un uso de la reforma laboral -prevalencia del convenio de empresa, técnica del descuelgue y fin de la ultra-actividad del convenio- al servicio de un modelo de competencia basado en el dumping socio-laboral.

Como era de esperar, tales normativas fueron objeto de impugnación -bien por la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC), bien por la Abogacía del Estado-. A resultas de ello, se han dictado varias sentencias por parte del TSJ del País Vasco, Sala Contenciosa, de diferente signo, recurridas en casación y

que ha dado lugar a decisiones del TS, Sala 3ª, también de diferente fallo. En un caso, se legitima la “norma foral guipuzcoana” (STS, 3ª, 1301/2016, 2 de junio, que desestima el recurso contra la STSPV n. 603/2014, 30 de diciembre), por no tratarse de una norma reglamentaria en sentido estricto que invada competencias de la Comunidad Autónoma. En otro, anula totalmente la “norma foral alavesa”, por invadir esas competencias (STS, 3ª, 1154/2016, de 23 de mayo), con lo que se evidencia la complejidad y conflictividad de la situación jurídica. En todo caso, y anticipando el final, el resultado es, como vamos a ver con cierto detalle, la confirmación de la doctrina judicial vasca mayoritaria -se forjó sobre la base de una minoría contraria a su legitimidad, en aras del primado del Derecho Comunitario de la Competencia- que convalidó este tipo de “cláusulas sociales”.

2. DOS MODELOS DE COMPETITIVIDAD: “COMPRA SOCIALMENTE ORIENTADA” Y “DEVALUACIÓN” (“LOW-COST LABOR LAW”)

Ciertamente, ni en el plano normativo ni en el plano práctico, hay dificultad insoluble para reconocer, garantizar y promover el avance en la permeabilidad social de todas las políticas públicas y de todas las instituciones jurídicas, incluidas las privadas, cuánto más de la política de contratación del sector pública y de sus “poderes de adjudicación”, aceptándose de forma mayoritaria en el actual marco de la “responsabilidad social corporativa”. Pese a ello, junto a las persistentes resistencias de los operadores públicos del sector de la contratación pública para un uso sistemático y estratégico de la técnica de las cláusulas sociales, no ya sólo residual o marginal (modelo “ético-paternalista”), la opción más seguida la UE es la contraria: la re-mercantilización de las normas sociales y laborales, de modo que es el Derecho (Económico) de la Competencia el que limitaría el Derecho (Social) del Trabajo. La conocida “jurisprudencia comunitaria antisocial” del bienio 2007-2008, no corregida¹⁰, habría colaborado a esa nueva condicionalidad

¹⁰ Vid. la STJUE de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13, que, manteniéndose en la doctrina más tradicional del asunto “Viking Line” (STJCE 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05), prima la libertad de prestación de servicios de un armador establecido en Noruega -si bien actúa bajo “bandera de conveniencia” de un Estado extra-comunitario-, sobre el derecho a la adopción de conflictos colectivos (bloqueo sindical de la actividad portuaria a fin de presionar al a la negociación de un convenio colectivo con los sindicatos locales); la STJUE de 8 de julio de 2014, asunto C-83/13STJUE 18 de septiembre de 2014, asunto C-549/13, siguiendo la doctrina Ruffert (STJCE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06), rechaza que se pueda exigir, por mor de una normativa de un *Land* alemán, a los subcontratistas de los licitadores el pago del salario mínimo previsto. La bibliografía es abundante. Vid. J.M. Goerlich-A. Guamán Hernández. *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un Estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado*. CES. Madrid. 2011; J.M. Gómez Muñoz. “*Libertad de empresa, competencia mercantil y normas sociales del mercado interior europeo*”. Temas Labora-

económica de los derechos socio-laborales, primando las libertades de mercado y la libre competencia sobre la prohibición de la competencia basada en el "dumping social" o, según la versión moderna, en la "devaluación nacional de las condiciones de trabajo", derivada de la "cláusula social general" del art. 151.1 TFUE en relación al art. 3.2 TUE.

Este es un "tópico jurídico" conocido en la doctrina laboralista, que le viene dedicando una recurrente crítica. Aquí nos vamos a ocupar de un proceso contrario. Las "cláusulas sociales" impuestas por los poderes de adjudicación de los contratos públicos son una fuente de condicionalidad social a la libre competencia. Por lo tanto, promueve un paradigma de Mercado Interior a favor, no en contra, de equiparación de las condiciones de vida y de trabajo "por vía de progreso", condicionando el "modelo de competitividad de la economía comunitaria" (STS 27 de enero de 2014, Rec. 100/13, Grupo Cortefiel).

Como se apuntaba ut supra, esta cuestión, que desde luego no es nueva, sino que cuenta con una dilatada tradición, está irrumpiendo con una inusitada fuerza no sólo el debate jurídico sino también en la regulación y en la práctica contractual y tiene, sin duda, su mayor referente normativa con la entrada en vigor -18 de abril de 2016- de la nueva Directiva 2014/24/UE, 26 de febrero que -junto a las números 23 y 25-, recogiendo las recomendaciones de la Comisión en el marco de la Estrategia "*Europa 2020: estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*", promueve -no impone- una identificación de la búsqueda de la eficiencia pública también con un mejor uso del poder de adjudicación de los contratos públicos al servicio de "objetivos sociales" (Considerando 2). No se trata de usos episódicos (responsabilidad social cosmética), sino de dar un salto cualitativo y desarrollar la tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a incluir criterios sociales en la contratación de una forma más sistemática, para dejar emerger un nuevo concepto: el de "*contratación pública socio-laboralmente estratégica*", esto es global y coherente, que hace de esta política una garantía efectiva del *modelo de competitividad económica socio-laboralmente responsable* u orientada¹¹.

Muy significativo resulta, desde esta perspectiva de evolución legal hacia un paradigma nuevo de "compra pública socio-laboralmente estratégica", que el

les, n. 130/2015, Monográfico sobre el impacto de la jurisprudencia Europea sobre las Relaciones Laborales en España.

¹¹ La Comisión ha venido planteando la necesidad de avanzar en usos más intensivos de criterios sociales, pero siempre con limitaciones en aras del primado de la competencia libre. Vid. Comisión. "*Adquisiciones sociales. Una Guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*". SEC 2010, 1258 final.

artículo 18.2 de la Directiva haya incluido este mandato a los Estados miembros de tomarse más en serio -“tomarán medidas pertinentes para garantizar”- las cláusulas sociales y laborales- en el precepto dedicado a garantizar el respeto de los “principios de la contratación”. Si el apartado 1 recuerda los clásicos -“*los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos...sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada*”-, su apartado ordena, a modo de complemento-contrapeso, asegurarse esa libertad de competencia resulta al mismo tiempo leal y equitativa. De este modo, se apunta, no de forma expresa, pero sí por remisión, a la función de condicionalidad del estándar internacional del “trabajo decente” a la libertad de competencia (se remite al Anexo X de la Directiva, que lista Convenios “fundamentales” de la OIT; no está el n. 94), cuya inobservancia por el licitador, en su nivel mínimo, puede llevar incluso a la exclusión del procedimiento -art. 57 4 a) Directiva-.

El Dictamen del Comité de las Regiones intitulado “*La modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*”, de mayo de 2011 (2011/C 192/02) se mueve en esa dirección renovada de identificar la política de contratación pública socialmente orientado como política de favor hacia el mercado interior, no contrario a él. Los objetivos estratégicos clásicos, como las libertades de circulación y de prestación de servicios, deben conciliarse con unas condiciones de competencia más equitativas, de modo que la eficiencia económica no se mida en términos de beneficios inmediatos -reducción de costes- sino de retornos económicos de lo social, por lo que las AAPP deben usar “su poder adquisitivo para procurar bienes y servicios con un mayor «*valor societal*» como, por ejemplo, ...mejorando el empleo...y las condiciones sociales, o promoviendo la igualdad, ..., la inclusión de los grupos desfavorecidos. Es preciso encontrar un equilibrio...en pos de una competencia equitativa...”. De ahí, que el Comité proponga conceder más libertad de opción a los poderes adjudicatarios para incluir también, al valorar la “oferta más ventajosa económicamente” -nunca el “precio más bajo”-, los “valores sociales”.

Este modelo está en la base del reciente acuerdo alcanzado en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, así como del Decreto de 19 de enero de 2016, del Delegado del Área de Economía y Hacienda por el que se aprueba la Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y entidades del sector público municipal. Y así lo asume la Resolución nº 16/2016, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (La Ley 36085/2016). Esta relevante decisión, sobre la que luego se volverá, ilustra

bien la actual tendencia favorable, legal¹² y jurisprudencial, hacia la compra pública socialmente orientada, legitimando criterios de adjudicación que, a la hora de identificar la oferta económicamente más ventajosa, dan también cabida a criterios sociales. En la misma línea, se sitúa la doctrina interpretativa de un buen número de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, para la que la contratación pública no es una institución con un fin en sí mismo, sino una potestad instrumental al servicio de sus fines estratégicos, *entre los que está el empleo de calidad* (vid. *Informe 16/2015, 4 de noviembre*, Junta Consultiva de Aragón).

El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos de Sector Público, que llegó a ser dictaminado por el Consejo de Estado, caducó, y la actual incertidumbre política sobre nuestro nuevo Gobierno, pudieran presentar como lejano el nuevo proyecto de ley para transponer estas novedades. Quizás; pero los juristas -científicos y prácticos- no pueden olvidar no ya sólo la fuerza interpretativa de esta Directiva, sino la directa, pues el plazo de transposición venció el 18 de abril de 2016, sobre cualquier norma nacional¹³. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia comunitaria, para salvaguardar el efecto útil de la nueva regulación, sin más límite que la interpretación *contra legem* (SSTJUE 4 de julio de 2006, C-212/4, caso Adeneler y 18 de diciembre de 2014, C-470/13, caso Generali-Providencia Bizotisitó), con lo que, como es evidente, la nueva regulación nos da pie para fundamentar una auténtica presunción de legitimidad de estas cláusulas. Una presunción que, según se analizará con más detalle, está presente en la jurisprudencia de la Sala Contenciosa del TS español que -no sin dejar algunas dudas interpretativas- ha dado el aval a tales cláusulas usadas, por las Administraciones Forales vascas -y ahora también la navarra- al modo aquí referido de "compra socio-laboralmente estratégica".

¹² Entre las normas autonómicas más recientes a fin de la inclusión como opción estratégica de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública, incluso obligatoria: Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad de Castilla y León; 7/2014, de 13 de noviembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en Castilla-La Mancha (arts. 50-51); Ley Foral de Navarra 1/2015, de 22 de enero, que modifica la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos.

¹³ En este sentido, vid. la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública. Por su parte, los Tribunales Administrativos de contratación pública de España han elaborado y aprobado, en su reunión de 1 de marzo de 2016, una Guía interpretativa, útil, pero no vinculante, claro, a fin de facilitar la comprensión práctica de esa eficacia directa.

Aunque no entraremos aquí en detalle¹⁴, se asume una comprensión amplia del concepto de “cláusulas sociales”. Por tales, hay que entender todo tipo de estipulación, normativa o contractual, en virtud de la cual se establecen compromisos específicos (obligaciones) de índole social y laboral en cualquiera de las fases del proceso de contratación pública:

- requisito previo (condición de acceso; Reserva de Mercado, DA 5ª TRLCSP; incluso motivo para la exclusión, art. 57 Directiva)
- elemento de valoración (Criterio de Adjudicación; art. 150.1 TRLCSP y art. 67 Directiva),
- obligación del licitador resultante (Condición de Ejecución; art. 118 TRLCSP y art. 70 Directiva).

La doctrina interpretativa de la práctica administrativa, más que la jurisdiccional, identifica en las Leyes del sector de contratación pública una tendencia favorable a la legitimidad de tales cláusulas sociales, en línea con la previsión del art 108.1 TRLCSP, que, sin duda, se verá reforzada por la referida doble eficacia, directa e interpretativa, del art. 18.2 de la Directiva en general de sus diferentes preceptos que favorecen un uso más estratégico -y obligatorio- de las cláusulas sociales. Aunque no siempre se repara en ello, entre estas cláusulas sociales se han consolidado, al menos en cierto sectores de actividad económica -ejemplo: sector del transporte-, las relativas a las obligaciones de subrogación empresarial “más allá del art. 44 ET”, sin perjuicio del deber de informar -principio de transparencia (STJUE 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, asunto C-31/87); art. 109.1 TRLCSP- de forma adecuada -art. 120 TRLCSP-. Aunque no puedo entrar aquí en la conflictividad que genera este plus de protección “contractual”, manteniendo la jurisprudencia contencioso-administrativa una posición diferente a la social en torno a la eficacia de tales cláusulas sociales de subrogación extra-muros del art. 44 ET¹⁵, sí me sirve para evidenciar el genuino sentido práctico de

¹⁴ Para distintas aproximaciones vid. C. Molina Navarrete. “*Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n.m.302, 2008, p.g.7; M.A. Bernal Blay. “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del sector Público”, en Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico X, Zaragoza, 2008, páginas 211 a 252.

¹⁵ La STS, Sala 3ª, 1350/2016, 8 de junio, niega esa eficacia, salvo para la regulación actual del sector del transporte, sin que el art. 120 TRLCSP vaya más allá de una obligación informativa, sin imponer -tampoco lo impediría- la subrogación extra-muros del art. 44 ET. Vid. *Informe de Actuación de oficio del Defensor del Pueblo Andalúz formulada en el expediente 15/1414 dirigida a Todas las Consejerías de la Junta de Andalucía*, Consejería de Hacienda y Administración Pública, Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. <http://www.defen->

estas cláusulas, que no debería de limitarse a asegurar -y dar transparencia- a lo ya protegido -y tutelado, se entiende- por las normas laborales, sino que lo genuino es ir más allá de los básicos y/o mínimos.

No obstante, conviene de inmediato precisar que ni ese sentido estricto es dominante, ni es oportuno identificarlo con el paradigma de la responsabilidad social (STJUE, 10 de mayo de 2012, Asunto C 368/10), como ha recordado la nueva Directiva. Sin embargo, y aprovechando la insistente referencia en ella a “lo laboral” -no sólo “a lo social”-, este plus de protección de la seguridad en el empleo inherente permite plantear una cuestión, muy presente en varias prácticas reguladoras y de contratación pública: ¿puede servir este auspiciado modelo de compra pública socialmente responsable para corregir, si quiera de forma indirecta y parcial, algunas de las preferencias de la reforma laboral, que opta por mejorar la capacidad competitiva mediante una devaluación directa o basada en la reducción de los costes laborales (una suerte de *modelo Low Cost Labor Law*), sobre la base de la libertad de pactos -“impuestos”-?

En principio, la respuesta negativa parecería muy sencilla, pues, desde el punto de vista más ortodoxo, sería una absoluta incoherencia que un sector del ordenamiento dificulte lo que otro sector fomenta. Eso trasluce la STSJVP, Sala Contenciosa, 344/2014, de 11 de julio de 2014 -confirmada por la STS, 3ª, 26 de noviembre de 2015, Rec. 3405/2014-, que resolvió, estimando, el recurso del Abogado del Estado contra la citada Instrucción de la Diputación de Vizcaya, en la que la potestad de contratar públicamente se ponía al servicio de la neutralización de los poderes de novación -eso sí, tan sólo los unilaterales, no los colectivos o mediante negociación- empresarial. Si bien la razón de decidir de esta doctrina se asienta en la incompetencia reguladora de la institución foral, tal motivo se hace depender de la clara contradicción entre “medios” -la potestad de adjudicación pública- y “fines” - fijar las condiciones de trabajo que han de respetar los licitadores-: “*se puede inferir sin dificultad que la finalidad de la Instrucción más que contractual es laboral...*”, y ese fin no entra dentro de la potestad reconocida en el art. 118.1 TRLCSP. En dirección análoga, si bien ya con más matices, se situaría la STSJVP 100/2015, de 4 de marzo, que anulaba, pero sólo de modo parcial, el contenido de la Norma Foral alavesa 1/2014, que tenía análogo fundamento político-jurídico corrector que la anterior. La referida STS, 3ª, 1154/2016, anula toda la norma foral, previa casación de la sentencia de instancia, porque “*impone deberes a los particulares*” (FJ Tercero, in fine).

sordelpuebloandaluz.es/nos-interesamos-por-las-clausulas-de-estabilidad-en-el-empleo-en-la-contratacion-publica.

Ahora bien, más cargada de matices, por tanto también de ambigüedad al respecto, aparece la también citada STS, 3ª, 1301/2016, de 2 de junio (que confirma la STSPV n. 603/2014, 30 de diciembre, apartándose del voto particular, firmado por el mismo que lo planteó también en la anterior sentencia vasca y que, como acabo de recordar, el TS sí asumió en ese caso), pues valida la Norma Foral 4/2013 guipuzcoana. En principio, no deja de ser sorprendente el fallo, porque el contenido de esta norma, salvo matices, es prácticamente análogo a la Norma Foral alavesa sí anulada totalmente por falta de competencia, cuestión que, sin embargo, considera no planteada en este asunto -“en este proceso no se discute sobre la competencia de las Juntas Generales en materia de contratos administrativos” (FJ Sexto, párrafo primero-. De este modo, pese a su más que aparente contundencia a la hora de rechazar que una normativa foral en materia de contratación pública pueda corregir lo dispuesto en la legislación laboral, cuya vigencia efectiva *“ha de considerarse incluida en la previsión de la norma foral”* (FJ Sexto, párrafo segundo), la sentencia sembraría más dudas que certezas, dejando abierta en buena medida la “contienda” sobre el fondo del asunto, aquí objeto principal de estudio.

A mi juicio, el TS, que asume el razonamiento de la sentencia, validando la regulación foral -salvo en lo relativo a la Comisión de Verificación y Evaluación del Cumplimiento de las Cláusulas de carácter social y al deber del contratista de permite el acceso a la obra a los representantes sindicales dedicados a tal verificación, contenido anulado por STSJ PV 617/2014, 30 de diciembre, confirmada por STS, 3ª, 1242/2016, 31 de mayo- no cierra la puerta a que haya cláusulas que, en efecto, puedan ir más allá de la defensa de la preferencia del convenio colectivo “último existente” impidiendo la aplicación de un convenio diferente en virtud de las posibilidades de “descuelgue” o inaplicación previstos en la reforma laboral -art. 84.2 ET, por mor de la preferencia absoluta de la unidad de empresa en ciertas materias; art. 82.3 ET, en caso de dificultades de la empresa-. Por lo tanto, deja esta normativa contractual general, en virtud de la cual se delimitan “cláusulas predisuestas” como condiciones generales de la contratación ex art. 1.1 Ley 7/1998, de 13 de abril- el TS asume que *“la norma foral no contiene más que unas condiciones contractuales aplicables únicamente en virtud del contrato que se suscriba en su día a las...adjudicatarias...en el marco de la libertad de pactos contemplada por el artículo 25 TRLCSP...”* (FJ primero, párrafo tercero)-, al par de las eventuales -pero probables- impugnaciones individuales de los pliegos que no sean un fiel reflejo de esa interpretación contractual en garantía de los mínimos laborales

3. COMPETENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO, LEYES DEL MERCADO DE TRABAJO Y POLÍTICAS DE EMPLEO DE CALIDAD

3.1. La defensa de la libre competencia y el “ajuste de los costes laborales” como nuevo “bien jurídico” (“flexibilidad interna”) protegido

La doctrina judicial social pos-reforma laboral ha asumido, y la jurisprudencia social lo ha aceptado, convalidando buena parte de esas decisiones, que la “flexibilidad interna” (sobre todo acordada, pero también unilateral, si falla la negociación previa) aparece como un valor a promover, pues sería siempre preferible esta alternativa de gestión-regulación de empleo (que se basa en el ajuste de los costes laborales) a la del despido. Las empresas deben adaptar sus costes a la situación de mercado para pervivir como sujetos competitivos en mercados cada vez más inciertos, asumiendo la legislación, nos guste o no y al margen de la componente más ideológica que científico-económica de las razones que están en su base, que esa capacidad de adaptación es un bien jurídico.

En este contexto socio-económico y jurídico-político, constitucionalmente validado (SSTCO 119/2014 y 8/2015), lo más coherente jurídicamente, al menos inicialmente, sería considerar que toda política de contratación pública orientada a incrementar el coste -o no facilitar el ahorro “lícito” (a menudo menor que el “moral” o “socialmente justo”) para las empresas licitadoras, encareciendo el “precio del contrato público”, chocaría de raíz con el fin básico de la institución de la contratación pública y seguiría una dirección contraria a la eficiencia que podría, finalmente, terminar perjudicando la propia política social, al privarse del ahorro de fondos que podría destinar de manera directa a fines sociales de los poderes adjudicatarios. Al margen de la valoración que se tenga de este enfoque¹⁶, lo cierto es que este paradigma de libertad de competencia asociado a la mayor capacidad de ajustar costes -incluidos especialmente los laborales-

¹⁶ Lo critica abiertamente, lamentado cómo las políticas comunitarias basadas en las libertades, de competencia y de prestación de servicios, llevan a una deriva desde el clásico paradigma del empresario “socialmente ejemplar” -defendido por el Convenio n. 94 OIT y la doctrina del Comité de Expertos que lo interpreta, con escaso o nulo éxito en el comercio mundial-, al economicista paradigma del “empresario eficiente y competitivo”, M. Rodríguez-Piñero. “*Cláusulas sociales...*”. Op. cit. 4. En cambio lo defiende vivamente, apelando a la trascendencia que debe tener la cuestión de “la relación coste/beneficio” a la hora de valorar una oferta, de modo que las licitaciones a la baja, salvo que sean manifiestamente anormales o desproporcionadas, deben verse como “finalidad natural” del procedimiento de compra pública, como una “actuación exitosa”, y no como “presunción de licitación antisocial”. Cfr. J. Serrano. “Contratación pública, reforma laboral y derecho comunitario”. Seminario “Las nuevas directivas de contratación pública: principales novedades y efectos prácticos”, Bilbao, mayo 2015. Disponible online.

conllevaría un desplazamiento desde la imagen clásica -OIT- de la “compra socialmente responsable” hacia la economicista -UE- de la “compra más eficiente y competitiva”. La defensa de la libre competencia, fundamento raíz del Derecho Comunitario en materia de contratación pública (STJCE 3 de marzo de 2005, Fabricom S.A., C21/03 y C34/03), sería, pues, el principio a salvaguardar -art. 1 TRLCSP; art. 18.1 Directiva-, mientras que las “cláusulas sociales”, pese a su creciente papel, no podrían ser sino secundarias, sin poder pasar de un papel muy limitado, en aras de la continuidad del principio.

Sorprende, por tanto, desde esta perspectiva clásica -hoy a superar, como se defiende-, que, afectando de lleno tales cláusulas sociales a todo el procedimiento -preparación, adjudicación y ejecución- de adjudicación pública de contratos, el TS no haya hecho mayor esfuerzo de clarificación de su contenido y alcance en estos casos. Supuestos en los que, recuérdese, se provee un uso como garantía alternativa de protección de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios provinciales, corrigiendo, efectiva o potencialmente, el debilitamiento -“jaque”, que aún no “mate”- de aquéllos en la reforma laboral. Ciertamente, los pronunciamientos del TS pueden ayudar a despejar ciertas incógnitas, pero no todas, por lo que deja el tema sorprendentemente abierto.

Sorprendente porque en frente está el prepotente Derecho de la Competencia, en dos de sus ámbitos más estratégicos para el Derecho Comunitario: la libertad de competencia, con su corolario de libertad de prestación de servicios, de un lado, y la prohibición de todo tipo de discriminación en la contratación pública, de otro. La Directiva 2014/24 no prescinde de este potente condicionante de la contratación pública. Así, su considerando 37, tras evidenciar su favor por una mayor protección en las cláusulas de los contratos públicos de las condiciones de trabajo pactadas convencionalmente en un determinado ámbito (reafirmado en el considerando 39), recuerda que dichas protecciones quedarán, a su vez, sometidas a “*que...cumplan el Derecho de la Unión*”.

Al Derecho Comunitario de la Competencia, sí, aunque socialmente remozado en el Derecho de la Contratación Pública contemporáneo, pero también al Derecho de las Libertades de Prestación de Servicios, en especial, aunque no sólo, claro, si media una decisión de movilidad transnacional; de ahí la específica referencia que se hace en la Directiva 2014/24 a la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Considerando 37). Es importante recordar que, según la nueva Directiva, el incumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en los contratos públicos puede constituir una falta grave, de la que se derive la exclusión

del procedimiento, por implicar falta de solvencia o diligencia empresarial, y, por tanto, falta de fiabilidad (art. 57.4 a). Pero, en cualquier caso, una y otra vez, se insiste en la cláusula de sujeción al Derecho de la Unión (Considerando 98).

¿Se adecúan las normas forales de favor hacia cláusulas socio-laborales a este Derecho supra-legal o comunitario? Las normas más relevantes denunciadas tienen el siguiente tenor -versión guipuzcoana (la alavesa, anulada, era análoga)-. A saber:

- a) el artículo 4.2 viene a establecer que el «contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones...vigentes en materia laboral...y, en particular, *al último texto existente en cada momento del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa*» (cláusula de preferencia del convenio sectorial).
- b) El artículo 6, para determinar cuándo una oferta es desproporcionada, considera como criterio objetivo la fijación «*de un precio inferior a los costes salariales mínimos por categoría profesional, según el convenio colectivo vigente*»» (cláusula de salvaguarda del convenio sectorial frente a los des-cuelgues).
- c) Artículo 7: Las empresas contratistas «*deberán de disponer de un porcentaje mínimo del 30% de trabajadores/ras con contrato indefinido...*» (cláusula de garantía de la estabilidad en el empleo).

Para las autoridades laborales -vasca y estatal-, y para el voto particular, esta Norma Foral afecta negativamente a la libertad de competencia en el mercado de obra pública vasca, porque, además de extralimitarse en una regulación orientada a corregir las más amplias posibilidades concedidas por la norma laboral de ajustarlas a la baja, impondría sobrecostes a quienes, pudiendo no estar sujetos a ese convenio provincial -al "último vigente"-, quieran acceder a aquél. A su juicio, si la ley laboral concede a las empresas instrumentos para que mejoren su competitividad en determinadas circunstancias, que se prevén legalmente con causa suficiente, en preferencia, se insiste, a la destrucción de empleo, la obligación de mantenerse en el precio sectorial del factor trabajo, perjudica la competitividad y disuadiría, de forma indebida, de concurrir a tal mercado, con lo que se limitaría igualmente el número de licitadores con posibilidades reales de acceso y/o adjudicación. Por eso, a su juicio, tales cláusulas de salvaguarda de la vigencia del convenio provincial contradirían el art. 3 de la Directiva 96/71/CE (y Ley 45/1999, de 29 de Noviembre), así como la «*doctrina Rüffert*».

No es este el criterio, sin embargo, ni de la doctrina judicial vasca -al menos para la norma foral guipuzcoana- ni de la jurisprudencia del TS que la acaba de

ratificar. Para la Sala Tercera del TS, la crítica -formalizada en el recurso, y el voto particular- a este tipo de normativa *“ni nos dice de qué manera se han de distinguir las prescripciones de protección mínima de las restantes, ni por qué ha de impedir la libre competencia la inclusión en los pliegos de los contratos de cláusulas sociales a que alude la norma foral... -STS 1301/2016, FJ Sexto-.* Aunque no lo dice de forma expresa, este modo de razonar y la parquedad de sus razonamientos, deja entrever que la Sala acepta, en gran medida, la referida presunción de legitimidad de las cláusulas sociales derivada de la nueva Directiva, incluso su configuración como principio contractual, no ya mera excepción. Por eso, quien invoque su ilegitimidad tiene la carga de demostrar, de forma fehaciente e indubitada, que esas cláusulas infringen las Directivas y que, en consecuencia, entran en *“contradicción con la jurisprudencia de Luxemburgo”.* A quien impugna corresponde evidenciar *“los presupuestos determinantes de la identidad entre los casos contemplados por...el Tribunal de Justicia...y el presente”* (FJ Sexto).

En definitiva, para la jurisprudencia, esta norma foral -a diferencia de la alavesa, aun siendo análoga- no tendría por finalidad alterar ni el régimen legal ni convencional de aplicación general al sector de obra pública -ni la autoridad foral es competente ni tendría justificación- respecto de las relaciones laborales de las empresas concurrentes y, en su caso, adjudicatarias, sino sólo *“hacerlo prudencialmente más operativo, eficaz y transparente”.* Formalmente es así, sin duda. Pero, en su trasfondo -como se evidenció para la “norma” vizcaína y para la “norma alavesa”, ambas anuladas por razones de índole competencial- es difícil no ver un uso sistemático de las cláusulas sociales para predeterminar un marco de regulación, por reenvío o remisión formal a una determinada norma convencional (sectorial provincial), que pretende blindarse frente a eventuales devaluaciones de la misma, habilitadas por el nuevo marco del ET, tal y como proponía el Parlamento vasco. El voto particular de la sentencia de instancia vasca llamara, sin éxito, la atención sobre este “fin común”, nada disimulado en la iniciativa que explica su origen: una *“una...actuación polifónica de las Instituciones Forales de los tres Territorios Históricos para enervar, a través del dictado de sus propias disposiciones normativas, determinados aspectos de la última reforma laboral”.*

3.2. La libertad de empresa, la libre prestación de servicios y la prohibición del dumpin social: clausuras y aperturas en el Derecho Comunitario

Frente a un modelo de competitividad basado en la libertad de gestión de los factores para ajustar permanentemente los “precios del servicio” que se oferta públicamente, por lo tanto, las cláusulas sociales del tipo específico aquí indicado, parece terminar dando cuerpo a un marco obligacional -no normativo

en sentido estricto- de “responsabilidad social obligatoria” que afecta de una forma general a las estrategias de concurrencia de las empresas licitadoras de obras públicas. Consecuentemente, pese al lacónico razonar de la Sala 3ª en torno al grado de adecuación de esta política institucional de los poderes adjudicatarios -no es una decisión aislada- a la jurisprudencia comunitaria, es difícil no traer a colación la “*doctrina Rüffert*”, sus precuelas (cierra la tristemente célebre trilogía antisocial de la jurisprudencia comunitaria en la materia: junto con los casos “*Laval*” y “*Viking*”) y, sobre todo, sus secuelas (STJUE 18 de septiembre de 2014, C-549/13). En este cuerpo jurisprudencial, no rectificado formalmente, se fija doctrina en torno a las relaciones entre convenios y contratación pública, primando la libertad empresarial de usar la ventaja competitiva que ofrece una norma laboral que permite rebajar salarios.

Es oportuno recordar que esta jurisprudencia ha tenido una influencia específica en la nueva Directiva, pues es imposible no verla en su art. 69.5 -y en el considerando 37-, al exigir a las autoridades de un Estado miembro que pongan a disposición de otro, para el caso del ejercicio de la libertad de prestación de servicios, toda la información de que se disponga para evaluar si se trata de una “oferta anormalmente baja” o desproporcionada, incluyendo “*los convenios universalmente aplicables*”, esto es, los de eficacia general. Precisamente, como se recordará, la sentencia “*Ruffert*”, cuyo supuesto de hecho no está tan lejano con los aquí analizados (Ley del Land de Baja Sajonia -Alemania- sobre contratación pública que prohíbe adjudicar contratos a empresas licitadoras que no se comprometan por escrito a garantizar el pago del salario convenio aplicable al lugar de prestación de servicios), pese a que la Sala 3ª considere que los demandantes no han sabido probar esa semejanza, consideró incompatible con el Derecho comunitario el reconocimiento a los sujetos adjudicatarios de un poder de imponer las condiciones de un convenio que no tiene eficacia general. La razón de decidir se situaba (1) en el efecto disuasorio de aquél poder para el ejercicio de las libertades económicas, pues, las empresas, perderían la ventaja competitiva ínsita a la opción de beneficiarse, en virtud de la norma laboral aplicable, de salarios más reducidos (“*low cost*” salarial), sin admitir tampoco (2) reglas de protección laboral sólo aplicables a las empresas licitadoras¹⁷.

¹⁷ Como se advirtió, este tema es un auténtico tópico jurídico-laboral muy recurrente. Recientemente vid. A. Guamán-A. Noguera. *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*. Bomarzo. Albacete. 2014. Pp. 33 y ss. La STJUE 8 de julio de 2014, C. 83/13, Fonnship, también afronta la pugna entre las libertades económicas comunitarias y los derechos de los trabajadores, pero eludió enfocar la cuestión desde esa lógica conflictiva, pese a la voluntad de la empresa de reconducirlo por la senda precedente, con la intención de obtener la misma solución favorable, si bien, el Tribunal sueco -seguramente escardado- interrogante al TJUE orilló la pregunta. Vid. para estas vicisitudes J.M. Miranda Boto.

No ha modificado sustancialmente su posición, al menos en apariencia. Así, la *STJUE 18 de septiembre de 2014, C-549/13, Bundesdruckerei*, ignorando la “doctrina jurisprudencial” acopiada por el CEDS frente a la legislación anticrisis y a favor de los derechos socio-laborales de la CSE, volverá sobre los “precedentes antisociales. Tampoco permitirá imponer “salarios mínimos” a través de normas -Ley del Land de Renania del Norte-Westfalia (Alemania)- que imponen este tipo de cláusulas -defensa del salario fijado por el convenio aplicable-. De este modo, vuelve a primar, ahora para un caso sin movilidad de trabajadores (no se aplica la Directiva 96/71/CE), la lectura de estas técnicas de tutela como una carga adicional que restringe la libertad de prestación de servicios (art.56 TFUE), preocupándose de su efecto de dumping social.

Es interesante, para los casos aquí analizados nacionales, la justificación del TJUE, pues no duda en dotar a este tipo de leyes de un poderoso fundamento jurídico-social, como es evitar las prácticas de “dumping social” inherentes a todo uso de fondos públicos que se dirijan a empresas que no aseguren un salario adecuado, de modo que el empleo en la contratación pública esté adecuadamente protegido mediante la incorporación de este tipo de cláusulas de garantía. Sin embargo, de nuevo acudiendo al canon de control de su legitimidad basado en el principio de proporcionalidad de la restricción de la libertad alcanzará la conclusión de su desproporción, por dos motivos básicamente. Primero, por la falta de adecuación de la medida a los fines -recuerda, como en el caso Ruffert (apartados 38 a 40), que no es lícito un plus de protección a los trabajadores empleados en empresas licitadoras, salvo que se acredite, lo que aquí no sucede, su necesidad-. Segundo, por el excesivo sacrificio al que lleva una medida que asegura un salario que no guarda correspondencia con el coste de vida en el Estado miembro -Polonia- en el que se lleva a cabo la prestación -les privaría de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos-. Finalmente, el TJUE cierra su argumentación favorable al uso de este tipo de ventajas competitivas, modulando el favor por las cláusulas sociales de la Directiva en materia -no la actual vigente, sino la precedente- sobre contratación pública en virtud de su sujeción al Derecho comunitario -de la competencia-. Aunque, como se vio, esa cláusula de expresa condicionalidad se mantiene -art. 18 de la Directiva-, estoy convencido de que la nueva Directiva debería hacer reconsiderar o revisar esa tajante visión mercantilista¹⁸.

“Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social”. En AAVV. (Coord: Lucía Dans Álvarez). *La nueva dimensión de la materia contencioso laboral*. Bomarzo. Albacete. 2014. pp.288-289.

¹⁸ No opina lo mismo E. Larrazabal. “La introducción del salario mínimo en la contratación pública: Análisis jurisprudencial del TJUE y del TSJPV”. *Revista Derecho Social*. n. 71/2015. p. 134.

Pese a su solidez y reiteración, esta jurisprudencia no deja de mostrar posibilidades de apertura, aunque sea de forma muy limitada. En este sentido relativamente aperturista, debe darse cuenta de la STJUE 17 de noviembre de 2015, asunto C-115/14, Regio Post. En ella se avala, por primera vez, modulando singularmente, no rectificando de forma general, los citados precedentes, una norma -art. 3.1 de la Ley del *Land* de Renania-Palatinado (Alemania)- que fija un salario mínimo que todas las empresas licitadoras deben comprometerse por escrito a respetar. La norma enjuiciada -y avalada-, que se intitula "*de garantía de observación de los convenios colectivos y del salario mínimo en el marco de la adjudicación de contratos públicos*", tiene el siguiente tenor¹⁹:

“En caso de que no pueda exigirse la observancia de los convenios colectivos con arreglo al artículo 4, sólo podrán adjudicarse contratos públicos a las empresas que al presentar su oferta se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, por la ejecución de la prestación, un salario (bruto) de al menos 8,50 euros por hora (salario mínimo) y a dar cumplimiento, en favor de los trabajadores, a las modificaciones del salario mínimo adoptadas [...] durante la ejecución del contrato. [...] En caso de que la oferta no incluya la declaración relativa al salario mínimo y no se presente ésta tampoco a requerimiento del poder adjudicador, la oferta quedará excluida de la valoración. Si el servicio [competente] ha hecho públicos formularios [...] de declaración relativa al salario mínimo, estos podrán ser utilizados.”

Es igualmente oportuno completar esta información legislativa recordando dos datos. El primero, que la legislación alemana más reciente de Defensa de la competencia (Ley de 26 de junio de 2013) sí prevé -art. 97.4- la posibilidad de establecer cláusulas sociales que vayan más allá de los mínimos cuando estén previstos en la legislación. El segundo, que esta Ley estatal anticipa la Ley reguladora del salario mínimo interprofesional, de 11 de agosto de 2014 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2015), que lo fija en 8,50 euros por hora para todo el Estado.

¹⁹ Una empresa decide demandar al Ayuntamiento de Landau por no haber valorado la oferta presentada por ella, en aplicación del referido precepto legal, pues no incluyó en su oferta el compromiso de respetar el salario mínimo fijado en la ley regional. La Cámara de contratos públicos de Renania-Palatinado desestimó el recurso y la empresa acudió Tribunal Superior del Land en Coblenza. Éste presentará cuestión prejudicial, en la que se pregunta si esta norma es o no conforme con el art. 56.1 del TFUE en relación con el art. 3.1 de la Directiva 96/71 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, y el art. 26 de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (modificada por Reglamento UE 1251/2011 de 30 de noviembre).

Esta sentencia -superados ciertos argumentos de inadmisibilidad- vuelve a reconocer los dos precedentes -*Rüffert* (no es legítima una norma de protección que se aplique sólo al sector de licitación pública, al carecer de eficacia general) y *Bundesdruckerei* (las diferencias de retribución mínima para licitadores establecidos en el Estado miembro distinto del Estado del poder adjudicador es una carga adicional que puede obstaculizar la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida)-. Por eso afirma que la normativa enjuiciada puede restringir la libertad de prestación de servicios. Ahora bien, en esta ocasión concluye la justificación de la misma en aras de la protección mínima de los trabajadores, sin que haya desproporción, porque se trata de norma de eficacia general e imperativa (apartados 73-77). Precisamente, el carácter general de los convenios en España está en la base del favor dado por la STS, Sala 3ª 1301/2016.

Ante estas limitaciones circunstanciales de la “*sentencia RegioPost*”, se precisa aportar nuevos datos legislativos que abran más las libertades económicas a la condicionalidad socio-laboral. Si en el caso de inexistencia de movilidad, la aplicación directa de la Directiva 2014/24 deberá suponer una corrección parcial de la jurisprudencia, para proponer un uso de los poderes adjudicatarios como principio de contratación pública socialmente estratégica, la referida nueva Propuesta de revisión de la Directiva 96/71, cuando sí hay movilidad transnacional laboral, debería avanzar en la prevención de usos antisociales de las diferencias reguladoras laborales. Esta propuesta tiene también como razón de ser crear “un mercado interior más justo”, de modo que su mayor dinamismo -libertades- no vaya en perjuicio de la equidad, basada en un nuevo principio de igualdad salarial a igualdad de trabajo en un mismo lugar. De todos modos, y sin poder tampoco entrar en detalle de las novedades, tampoco esta regulación llevará un cambio radical²⁰, quedando alguna revisión incluso por debajo de innovaciones de la jurisprudencia. Así, para la STJUE 12 de febrero de 2015, C-396/3, caso *Sähköalojen*, trasluce *una crítica al modelo de la competencia por salarios*, cuando afirma que “el salario mínimo calculado conforme a lo establecido en los convenios...no puede depender de la libre elección del empresario que desplaza trabajadores, con el único fin de ofrecer el trabajo de sus empleados desplazados a un precio menos elevado que el de los trabajadores locales”.

²⁰ Vid. A. Guamán. “*La propuesta de reforma de la Directiva 96/71 de desplazamientos de trabajadores en el marco del plan de trabajo de la Comisión Europea para 2016*”. En *Revista de Derecho Social*, n. 73/2016, pp. 113 y ss.

3.3. ¿Son disponibles las ventajas competitivas basadas en los ajustes salariales de las ofertas más baratas permitidos por las normas laborales?

Esta última referencia a las limitaciones de la libertad de elección empresarial a la hora de configurar sus estrategias competitivas, en nuestro caso para concurrir, en un procedimiento de prestación de servicios -u obras- públicos, nos lleva a una última vía de razonamiento para quienes defienden una utilización más intensa de las cláusulas sociales de corrección de ciertos efectos desestabilización de los convenios sectoriales y, por lo tanto, de devaluación de su protección, sobre todo salarial. Me refiero a aquella que asumiría un carácter dispositivo de las facultades de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el ET, tras la reforma laboral, tanto unilaterales -art. 41 ET- cuanto colectivas -arts. 82.3 y 84 ET; incluso el art. 86.3 ET (inaplicación por caducidad del convenio tras la pérdida de ultra-actividad del mismo).

Es evidente -no sólo por lo dicho en la jurisprudencia, sino por razones elementales de jerarquía y competencia- que las cláusulas sociales no pueden tener eficacia correctora o derogatoria general de las previsiones legales. Pero lo que la jurisprudencia contenciosa no aclara es si el art. 25 TRLCSP permite amparar este tipo de pactos, en virtud de los cuales los licitadores -a través de criterios de adjudicación (art. 150.1 TRLCSP) o de condiciones especiales de ejecución (art. 118.2 TRLCSP)- renuncian al uso de las vías de ajuste salarial estatutarias, como contenido válido del contrato. Más si, como la STS 1301/2016 evidencia, se trata de un tipo de cláusulas “*a incorporar en los pliegos de todos los contratos de obra del sector público foral...*” (FJ Sexto, párrafo segundo).

Aunque, se insiste, sin la debida precisión argumental, esta jurisprudencia parece presumir que este tipo de cláusulas reflejan una política de compra pública basada en el reconocimiento de una economía o libertad de opción de los licitadores. Así, en sus estrategias de búsqueda de la ventaja competitiva en cada contrato al que aspiren en un “mercado socialmente responsable” pueden o bien hacer “*una oferta económicamente más competitiva*”, por disponer de una regulación laboral ad hoc -convenio de empresa ex art. 84. 2 ET; acuerdo colectivo de inaplicación ex art. 82.3 ET; novación unilateral de condiciones de trabajo ex art. 41 ET...-, siempre dentro de la legalidad, o bien optar por una “*oferta algo más cara*”, debido a mantener un estándar de condiciones laborales mayor (convenio provincial), a cambio de una posición de favor por el específico peso que los poderes adjudicatarios dan a ese compromiso empresarial

Para no quedarnos en el mero universo del razonamiento teórico, pongamos un ejemplo práctico reciente relevante. En el “pliego de condiciones

administrativas particulares” predispuerto para un “contrato de servicios para la protección y seguridad de edificios” de carácter público -Ayuntamiento de Madrid-, se incorporan -art. 20.2 Anexo I-, como criterios de valoración, los siguientes:

- a) Oferta económica (hasta 40 puntos)
- b) Oferta social (hasta 35 puntos). Con el siguiente desglose
 - Compromiso de mantenimiento, durante todo el tiempo del contrato, del salario previsto en el convenio estatal del sector de seguridad (hasta 15 puntos)
 - Compromiso de presentar un plan de formación continua para los vigilantes que presten servicios en el contrato y que supongan una mejora de las horas previstas a tal fin en el convenio colectivo estatal (hasta 10 puntos)
 - Compromiso de un plan de mejora de la conciliación de la vida laboral y familiar para los trabajadores prestadores del servicio (hasta 5 puntos)

Los criterios de valoración de la oferta social tendrían por misión garantizar los estándares de calidad no sólo en la prestación técnica del servicio contratado sino en las condiciones de trabajo de las personas que lo prestan concretamente. No comparte este criterio la Asociación de Compañías de Seguridad Privada (ACOSEPRI), que impugna ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP, en adelante) dicha cláusula social. El argumento principal de la demanda se centraba en el error que supondría, a su juicio, incluir compromisos socio-laborales como criterios de valoración de las ofertas económicamente más ventajosas, por ser ajeno al objeto del contrato, según exige el art. 150.1 TRLCSP, pues, lo único que cabría aceptar -es incluir, eso sí, de forma limitada, tales obligaciones como condiciones especiales de ejecución ex art. 118 TRLCSP. Pues bien, la citada Resolución 16/2016, de 3 de febrero del TACP de Madrid sí avala la legitimidad de este tipo de cláusulas como criterio de valoración, no sin algunas dudas y cautelas.

Aunque, una vez más, no podemos detenernos con mucho detalle en este relevante pronunciamiento de doctrina y práctica administrativa, sí conviene dejar constancia, brevemente, de sus razonamientos básicos y de sus cuitas, pues ilustran bien tanto las posibilidades de innovación en esta materia como sus permanentes dificultades, teóricas y prácticas. El primer ámbito de reflexiones lo dedica a la normativa aplicable. Al respecto, de un lado, advierte que se trata de un contrato no sujeto, por razón de su cuantía al Derecho Comunitario “armonizado”- las Directivas de contratación pública-, lo que, según la doctrina interpretativa de la Comisión Europea, deja mayor libertad a los Estados miembros para decidir primar la persecución de fines sociales sobre la “relación calidad-precio”,

siempre y cuando, claro está, se respeten los principios básicos de la contratación: transparencia suficiente e igualdad de trato (FJ 3º). El marco de referencia interpretativa será, no obstante, el Derecho Comunitario armonizado, porque el Gobierno español no ha establecido un régimen de diferenciación (STJUE 14 de enero de 2016, C-234/14, caso «Ostas celtnieks» SIA). Sin embargo, por el momento de dictarse la Resolución, también aclara, con buen criterio (STJUE 4 de julio de 2006, C-202/04, Adeneler), que no puede ser de aplicación, ni directa (por el efecto directo vertical ascendente) ni interpretativamente (lectura conforme), la nueva Directiva.

Pero no por ello se descartará su influencia, evidenciando su voluntad de reconocer una relevante influencia al nuevo enfoque social de las Directiva actual -art. 145.3 b)-. Por eso, recuerda que la jurisprudencia comunitaria autoriza a tener en cuenta esa norma si con ello se garantiza el efecto útil de la norma. Aunque el Tribunal entiende que nuestras leyes no ponen en peligro ese efecto útil, sí identificará en las nuevas Directivas la tendencia favorable hacia una inclusión "estratégica" de las cláusulas sociales. Cautelarmente, no obstante, cuida el TACP de ampararse en la jurisprudencia comunitaria. De ahí, la cita de la STCE de 17 de septiembre de 2002, C-513/1999, *Concordia Bus Finland*, en la que se validó incluir criterios no puramente económicos en el baremo de adjudicación, siempre que tuviesen alguna relación con el objeto del contrato. Así como la STJUE 10 de mayo de 2012, C 368/10 que, en un procedimiento de incumplimiento, aceptó como criterio de adjudicación válido, la cláusula social relativa a que proceda del "comercio justo", tratándose de contrato de suministro, instalación y mantenimiento de máquinas expendedoras de bebidas calientes (té, café...), con lo que la vinculación al objeto del contrato se mantiene, pero se difumina notablemente. Jurisprudencia comunitaria que está en la base de la doctrina de favor del TSJ de Madrid -S. 1414/2003,6 de octubre, Rec. 541/1999, que se aparta del Dictamen contrario de la Comisión Europea-

Pues bien, una vez despejados los argumentos interpretativos, no sin dejar constancia de sus dudas e incomodidades -se trata de una cuestión doctrinal compleja, no unánime; se carece de un pronunciamiento claro y directo de la jurisprudencia (ahora ya sí lo hay, si bien no lo claro que debería, como vengo criticando); echa de menos una justificación más clara de la vinculación del objeto del contrato a los estándares de calidad laboral que se exigen-, concluye su licitud, aplicando por analogía la citada STJUE 10 de mayo de 2012, C-368/10, utilizando tres argumentos básicos. A saber:

- a) la cláusula de mantenimiento de la mejora retributiva del convenio estatal frente a otro eventual de empresa no guarda relación directa con la

prestación objeto del contrato, pero tiene *“una evidente repercusión en la calidad de la misma”*. Esta elevación del estándar de calidad del servicio mediante la garantía para el de calidad en el empleo se confirmaría tanto por el plan de formación continua previsto como por el de conciliación de la vida laboral y familiar (cita a favor de esta posición la Resolución 140/2014, 21 de febrero, Tribunal Administrativo Central del Recurso Contractuales (TACRC).

- b) no supone ninguna barrera de entrada ni trato discriminatorio alguno, porque no sólo se garantiza la debida publicidad, sino que también se asegura el margen debido de libertad de opción empresarial, ya que aquella que opte por favorecer la *“oferta social”* sabe que *“puntuará menos”* en la *“oferta económica”*, que tiene mayor peso. Por lo tanto, *“una puntuación compensa a la otra, dependiendo de la estrategia empresarial que se opte...”*
- c) No parece razonable considerar desproporcionado o excesivamente gravoso un criterio de valoración que prima, pero no impone, el compromiso empresarial de no descuelgue del convenio sectorial -en este caso estatal-aplicable, cuando la empresa lo acepta como válido, pero si se trata de condición de ejecución del contrato. Pero, este tratamiento gravaría más la posición de la empresa, porque *“además de ser obligatoria, a diferencia del criterio de adjudicación, no puede ser compensada con la oferta económica, al no ser puntuable”*.

Lamentablemente, no puedo llevar, aquí y ahora, mucho más allá el análisis de esta muy interesante doctrina administrativa *“jurisdiccional”*. Sí es necesario poner de manifiesto sus numerosas dificultades, tanto teóricas como prácticas, para que pueda adquirir una plena consolidación, como creo, honestamente, merece, si bien aquilatada. En el plano teórico, no es menor el límite que deriva del necesario respeto al ordenamiento jurídico que el art. 25.1 TRLCSP expresamente recuerda a esa libertad de pactos, y a tal fin se debe recordar que buena parte de las facultades de ajuste salarial -flexibilidad interna- son hoy de orden público-económico laboral, reflejo de normas imperativas, que incluso para la autonomía colectiva quedan blindadas -art. 84.2 ET; art. 82.3 ET, salvo para lo que refiere a los procedimientos de gestión de discrepancias...-. Como también es serio el que deriva de la jurisprudencia comunitaria prohibitiva de toda norma que disuada de participar en licitaciones públicas obstaculizando la aplicación de la normativa laboral que resulte de aplicación en el lugar de prestación, haya o no movilidad transnacional, así como que diferencie netamente entre la protección de los trabajadores en el contrato licitado y los demás, salvo que se acredite -planes

de formación específicos, planes de conciliación específicos igualmente...- su necesidad. Pero es que, además, como ponen de relieve la mayor parte de los operadores jurídicos actuantes en este ámbito, tampoco son desdeñables las dificultades para poder verificar esos compromisos y atender de una forma adecuada y proporcionada al impacto de los costes salariales o los del servicio.

4. CONCLUSIONES: HACIA UN USO SOCIAL ESTRATÉGICO, QUE NO OPORTUNISTA, DE LAS CLÁUSULAS SOCIO-LABORALES

Que no sea una buena estrategia jurídico-práctica la política de compra pública dirigida a fomentar “usos sociales alternativos” de los poderes adjudicadores en corrección de los poderes empresariales de devaluación laboral -negociada y/o unilateral-, pese a que se usen conforme a las posibilidades abiertas por el ET, encontrándose con obstáculos de difícil superación, jurídica y práctica, pese al aparente aval de la jurisprudencia más reciente contencioso-administrativa, no quiere decir que no haya que profundizar en un “*uso social estratégico de la contratación pública*”. Más aún. A su actual estadio de evolución, cabe concluir que el Derecho de la Contratación Pública, en su relectura de conformidad con la Constitución y con el nuevo Derecho derivado Comunitario en esta materia, hace de las cláusulas sociales y laborales un auténtico principio general que ha de informar, de forma vinculante, la actuación de los poderes adjudicatarios en todas y cada una de las fases de los procedimientos de contratación pública. Una comprensión de este tipo en nada perjudica al Mercado Único europeo, más bien lo consolida en una versión más profunda, justa y dinámica, porque no obstaculiza sino que diversificaría las opciones que las empresas licitadoras tienen a su disposición para buscar su ventaja competitiva. Naturalmente, no todas las estrategias lícitas de búsqueda de la esta ventaja pueden tener el mismo favor de los poderes adjudicatarios de los contratos, que no pueden ser indiferentes al elegido en cada caso, ni por razones de calidad del servicio -se ve una y otra vez por la creciente conflictividad en su prestación, que luego obliga a constantes requerimientos de intervención de los adjudicatarios como mediadores- ni por razones relativas a la prohibición del dumpin social.

Esta comprensión es la más adecuada al principio social del Estado Constitucional de Derecho y tiene encaje en el modelo productivo que, basado en la obtención de la ventaja competitiva por la calidad, no por la devaluación pura de los costes laborales, presupone la vigente, aunque olvidada, Ley de Economía Sostenible (Ley 4/2011)²¹. Este tipo de requerimientos están también presentes,

²¹ Vid. Marcos, J.I. “Cláusulas sociales y contrataciones públicas”. CEF-Trabajo y Seguridad Social. n.387/2015, p.107.

con mayor o menor relieve, en la jurisprudencia social (la STS, 4^a, 3 de noviembre de 2001, expresa su inquietud por la frecuencia de “*la oferta de un precio irreal, para cargar luego sobre los trabajadores un desmesurado sobreesfuerzo...*”: la STS, 4^a, 27 de enero de 2014, cit.).

A mi juicio, es en este contexto, de conformación de una auténtica tendencia general -en el plano legislativo, jurisprudencial y práctico- a una compra pública socio-laboralmente estratégica y responsable, donde habría que incluir la jurisprudencia contenciosa que avala, aunque con las dudas evidenciadas, estos nuevos usos por los diversos poderes adjudicatarios. Sin perjuicio de la eficacia no sólo directa sino también interpretativa de la nueva Directiva de contratación pública, debería aprobarse una nueva ley nacional que recoja con claridad esta evolución, la clarifique, precise y consolide. De forma que resulte inequívoca esta triple evolución. A saber:

- a) Más allá de las persistentes resistencias del Derecho Comunitario, marcado por la defensa a ultranza de las libertades económicas y el principio de ajuste total de mercado, que mantienen muchas resistencias y cautelas en las nuevas Directivas, ha llegado ya el momento de crear un marco -normativo y contractual, también convencional colectivo- favorable a un uso estratégico de las cláusulas sociales y laborales en la protección y promoción del empleo de calidad²². La mencionada identificación “jurisprudencial” de un auténtico principio social de contratación deberían avalar suficientemente, protegiéndolas de las resistencias tradicionales, la legitimidad de los marcos autonómicos y municipales que están desarrollando este tránsito de una visión secundaria a otra central. No comparto, en el plano jurídico, pues, tanta resistencia ni tanta cautela.
- b) En la línea de buena parte de estas últimas leyes y marcos contractuales, esta política debe dejar de ser meramente potestativa para convertirse en obligatoria²³
- c) Sin perjuicio de la diversidad de cláusulas socio-laborales, y, por lo tanto, de su muy notable “polifuncionalidad”, el salto realmente cualitativo en

²² Doctrina autorizada mantiene algunas dudas para avanzar en ello, por la continuidad del conflicto entre “David” -las cláusulas sociales, que sólo tiene abierto un “portillo”- y “Goliath” -la prepotencia del mercado-, que daría esta política, necesaria, un valor “secundario”. Cfr. M. Rodríguez-Piñero. “*Las cláusulas sociales*”... Op. cit. p. 9.

²³ Instrucción 1/2016, de 19 de enero, de cláusulas sociales en el Ayuntamiento de Madrid y organismos autónomos http://www.madrid.es/UnidadWeb/UGNormativas/Normativa/2016/ficheros/Instruccion1_2016.pdf.

esta política de uso socio-laboral estratégico de la contratación pública a través de aquella técnica, exige ir más allá de su utilización como (1) garantía complementaria a las laborales para el cumplimiento efectivo de los mínimos laborales, para ser un instrumento (2) promocional de estándares socio-laborales más favorables. Sólo así podrá devenir un garantía jurídica efectiva en pos del ansiado nuevo modelo productivo basado en la -necesaria- calidad, no en la -miope- reducción salarial, al margen de cuál sea el futuro político-jurídico de ésta en la nueva Legislatura.

