

La odisea de las cláusulas de mantenimiento y mejora de derechos laborales salariales en los contratos del sector público

The odyssey of the clauses for the maintenance and improvement of labour rights in public sector contracts

José Miguel Sánchez Ocaña

*Docente e investigador en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

Recibido: 17/12/2024

Aceptado: 24/2/2024

doi: 10.20318/labos.2025.9411

Resumen:

Las cláusulas sociolaborales en los contratos del sector público se han enfrentado desde sus inicios a un juicio de constitucionalidad y legalidad intenso por parte de órganos administrativos de recursos y consultivos y de órganos jurisdiccionales autonómicos. Este examen, con resultados mayoritariamente escorados hacia la antijuridicidad de las cláusulas en liza, se agudiza especialmente respecto de las cláusulas que los órganos de contratación incorporan potestativa y discrecionalmente a los pliegos y el contrato y, sobre todo, en lo tocante a las orientadas a mantener o mejorar los derechos laborales de las personas adscritas a la contrata. En este artículo se contrastan las objeciones planteadas a las cláusulas laborales remuneratorias por los principales actores jurídicos en relación con los márgenes definidos por el ordenamiento.

Palabras clave:

Contratación pública, cláusulas sociales, derechos laborales, mantenimiento y mejora de condiciones de trabajo.

Abstract:

The social and labour clauses in public sector contracts have been subjected to rigorous constitutional and legal scrutiny by administrative appeals and advisory bodies, as well as by regional courts. This scrutiny, the results of which are predominantly biased towards the unlawfulness of the clauses in question, is particularly acute with regard to the clauses that the contracting bodies incorporate, at their discretion, into the specifications and the contract. Furthermore, it is particularly acute with regard to the provisions aimed at maintaining or improving the employment rights of the persons assigned to the contract. This article contrasts the objections raised to remuneration clauses by the main legal actors with the margins defined by the law.

Keywords:

Public procurement, social clauses, labour rights, maintenance and improvement of working conditions.

1. La dimensión social de la contratación pública estratégica

La Contratación Pública Estratégica plantea redimensionar las potestades y responsabilidades de las Administraciones Públicas (AAPP) para una realización más eficaz, efectiva y eficiente de los recursos y fines públicos. Este constructo dispone de tres dimensiones si se atiende al tratamiento que otorga el Derecho de la UE (Directivas 2014/23, 24 y 25/UE) y el Derecho interno (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –LCSP–, y textos legislativos autonómicos), a saber: las dimensiones social, medioambiental e innovadora. La ya archiconocida como Contratación Pública Socialmente Responsable (CPSR) representa la primera de esas facetas. Las cláusulas sociales, insertas en el pliego de condiciones administrativas (PCA)¹, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y el contrato, son los dispositivos jurídicos básicos para su implementación y establecen condiciones o exigencias en materia social accesorias al objeto contractual, dirigidas a los licitadores o adjudicatarios, a través de las cuales se contribuye al cumplimiento de objetivos públicos sociales de interés general².

La CPSR se articula desde dos vertientes complementarias: una reglada y preceptiva³ y otra vertiente discrecional y potestativa. Las cláusulas que corresponden a la primera son las que obligatoriamente han de ser tomadas en consideración por los órganos de contratación (en adelante, OC) conforme a los términos tasados en la ley o el reglamento. Hay tres grandes ejemplos de esta clase de disposiciones tasadas. En primer lugar, respecto de la determinación del valor estimado (art. 101 LCSP) y precio del contrato (art. 102 LCSP), la ley señala el modo en que debe atenderse a los costes de índole laboral. En segundo lugar, por lo que a las prohibiciones de contratar (art. 71 LCSP) se refiere, el OC debe aplicar taxativamente la norma, excluyendo necesariamente a los operadores económicos que incurran en alguna de las causas previstas como, por ejemplo, infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en la LISOS⁴. En tercer lugar, una de las obligaciones del OC es la de “tomar las medidas

¹ Los pliegos hacen referencia al documento de carácter administrativo que contiene las condiciones, pactos o estipulaciones que incumben a las partes (entidad del sector público y contratista), tanto durante el proceso de contratación como durante la ejecución del contrato (arts. 121 y 122 LCSP).

² Este término ha sido conceptualizado por diversidad de autores como Lesmes Zabalegui (2005, p. 62) como: “Aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución)”. A este planteamiento le siguieron otros desde la doctrina administrativa y laboralista, tales como el aportado por Martínez Fons (2014, p. 6): “estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general” o el de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2016, p. 3) que las define como “estipulaciones, de origen normativo o contractual, que imponen deberes específicos a cargo de los contratistas, mediante criterios, requisitos o condiciones que se imponen al contratista con el fin de promover objetivos sociales”.

³ La subsunción en el término “cláusulas sociales” de las disposiciones preceptivas y tasadas en la ley puede apreciarse en las guías de Adquisiciones Sociales de la Comisión Europea o en multitud de guías institucionales adoptadas mediante acuerdos de las CCAA, así como en leyes autonómicas.

⁴ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. También las infracciones en virtud de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI o por contravenir la normativa de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

pertinentes para garantizar” que durante la ejecución del contrato las empresas cumplen la normativa aplicable; como la de naturaleza laboral (art. 201 LCSP).

Al regular cada fase del proceso contractual, la ley desarrolla una serie de disposiciones que los OC deben tomar en consideración e incorporar en los pliegos de forma perceptiva y tasada. Algunas de ellas, aunque no son calificadas como sociales por la norma, abordan materias relacionadas con el Derecho social o la economía social. Por su parte, existen consideraciones en materia social que pueden incorporarse de forma potestativa y discrecional como prescripciones técnicas, criterios de adjudicación⁵ o condiciones de ejecución⁶. El artículo 145 LCSP, relativo a los criterios de valoración de ofertas, es el más representativo en este sentido, pues tras afirmar que pueden incorporar consideraciones sociales, advierte de que podrán referirse, entre otras, a finalidades como:

“el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; planes de igualdad de género [...] y, en general, igualdad entre mujeres y hombres; fomento de la contratación femenina; conciliación de la vida laboral, personal y familiar; mejora de las condiciones laborales y salariales; estabilidad en el empleo; [...] formación y protección de la salud y la seguridad en el trabajo; [...] o [...] comercio equitativo [...]”.

Sin perjuicio de las potencialidades anudadas a la dimensión reglada y preceptiva de la CPSR, la mayor complejidad de las cláusulas sociolaborales se manifiesta en su vertiente potestativa y discrecional cuando incentivan o exigen “un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos [...] exigibles” (Bernal Blay 2008, p. 3). De hecho, la potencialidad jurídica de las cláusulas discrecionales es la de “ir más allá de la aplicación de la normativa legal [...] estableciendo condiciones o reglas más favorables” (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, 2016, p. 3). Además, cabe precisar que las cláusulas sociales no han de ser, necesariamente, sustantivas, pues pueden versar sobre requisitos formales dirigidos, por ejemplo, a dotar de mayor efectividad a las fuentes del Derecho y de obligaciones preexistentes.

A efectos clasificatorios, y a partir de un ejercicio inductivo y deductivo, las materias sobre las que tratan las cláusulas adjetivadas como “sociales” pueden aglutinarse en cuatro categorías amparadas en la concepción positiva de la CPSR:

1. Contratación e inserción sociolaboral de colectivos con vulnerabilidades.
2. Mantenimiento y mejora de derechos laborales.
3. Respeto de los derechos humanos en la cadena de valor.
4. Fomento de la economía social.

⁵ Consiste en valorar las ofertas presentadas por los distintos licitadores de tal modo que la que reciba una mayor puntuación conforme a los criterios de valoración resultará adjudicataria del contrato. En caso de que exista un empate entre distintos empresarios como resultado de la valoración realizada se aplican los criterios de desempate.

⁶ Una vez adjudicado el contrato, este se ejecutará conforme a las condiciones que estipula el contrato como obligatorias: las condiciones de ejecución.

La propuesta taxonómica está basada en las materias sustantivas preponderantes en la normativa europea –también en el *soft law* de la Comisión⁷–, y, sobre todo, en la legislación española⁸. Como puede apreciarse, las categorías remiten, en mayor medida, al mundo del trabajo, razón por la cual puede afirmarse que las cláusulas sociales son, en realidad, sociolaborales.

2. Los puntos críticos de las cláusulas de índole laboral

2.1. Las cláusulas preceptivas y regladas

En el ámbito específico de las cláusulas sociolaborales regladas y preceptivas cabe detenerse en dos de los extremos salariales más discutidos desde la doctrina. Por un lado, el rol atribuido al convenio colectivo de sector en orden a identificar los costes salariales para calcular ciertos elementos económicos del contrato y, por otro lado, la determinación del convenio aplicable a efectos salariales durante la ejecución de la contrata.

En cuanto a la primera cuestión, hay tres preceptos y tres conceptos clave: art. 100 (Presupuesto Base de Licitación –PBL–), art. 101 (valor estimado) y art. 102 (precio). El art. 100.2 LCSP advierte de que en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, los costes en cuestión deben ser estimados conforme al “convenio laboral de referencia”. Asimismo, el artículo 101 LCSP, sobre el valor estimado en los “contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra”, obliga a realizar el cálculo teniendo “especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”. Respecto de la determinación del precio se señala la obligación del OC de tomar en consideración los convenios sectoriales nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios “en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales” (art. 102.3.II LCSP).

En síntesis, el estándar convencional de sector entraría en juego en el valor estimado y el precio sólo si concurren servicios intensivos en mano de obra⁹. También para determinar el PBL siempre que se dé un tercer requisito: que el coste del personal forme parte del precio total, “bien como un factor del precio (p.ej. número de trabajadores por categoría y por unidad de tiempo), bien por un precio unitario por trabajador por unidad de tiempo de trabajo adicional”; algo que se da en las prestaciones directas a favor de la entidad pú-

⁷ Especialmente relevantes son las guías de la Comisión Europea de Adquisiciones Sociales (de 2011 y 2021) y la Guía *Making socially responsible public procurement work, 71 good practice cases*.

⁸ Otra propuesta similar, aunque añadiendo las condiciones laborales, es acogida por Burzaco (2010, 2016), quien distingue entre: empleo y condiciones laborales, políticas de igualdad de género, apoyo a colectivos en riesgo de exclusión social, y, finalmente, comercio justo. En el ámbito comparado, la *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique* del Gobierno francés divide las materias en integración de personas alejadas del empleo, promoción de la igualdad de género y comercio justo.

⁹ Se entiende de este modo por el TACRC (por todas, la resolución 633/2019, de 13 de junio) que solo se aplica a contratos de servicios en los que la mano de obra sea preponderante desde la perspectiva del coste y, a su vez, que los trabajadores desempeñen su labor de forma exclusiva en el servicio contratado (Canales Gil et al. 2022).

blica, como en los servicios auxiliares de seguridad o limpieza¹⁰. La principal consecuencia de este esquema es que una oferta podrá presumirse como anormalmente baja cuando se sitúe por debajo de esos parámetros económicos. Sin embargo, la presunción decaería si se demuestra en el proceso que la oferta ha tomado en cuenta lo dispuesto en un convenio colectivo estatutario de empresa o si existe un acuerdo de inaplicación del sectorial¹¹.

Entrando en el segundo de los extremos a los que se hacía referencia en el primer párrafo, una parte de la confusión en materia de convenio aplicable surge al aproximarnos a otros preceptos de la LCSP que señalan las condiciones salariales que deben aplicarse durante la ejecución de la contrata. Así, la LCSP prevé que los PCA mencionen como condición mínima el cumplimiento por parte de la adjudicataria de “las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación” (art. 35, n LCSP): formulación generalista que no se refiere al de sector. La posible confusión se deja ver, especialmente, en el art. 122.2, relativo a los PCA, al citar que deben contemplar la aplicación de “las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación” y, por tanto, ciñéndose la dicción literal únicamente al convenio de sector¹². Algo parecido a lo que sucede con el art. 149.4 (ofertas anormalmente bajas), que se refiere a tener en cuenta el “incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”. No obstante, el art. 201, concerniente a las condiciones de ejecución, tan solo hace referencia a que el contratista se atenga a los “convenios colectivos”. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) afirma que la interpretación sistemática de las normas legales conduce a rechazar que los arts. 122.2 y 149.4 LCSP estén dando prioridad aplicativa al convenio de sector¹³.

La decisiva resolución del TACRC 1464/2019, de 19 de diciembre, a la que han seguido otras en el mismo sentido en la misma sede y en órganos autonómicos¹⁴, entienden que a efectos de las obligaciones mínimas salariales que debe cumplir el contratista, y también a la hora de determinar si incurre en oferta anormalmente baja, hay que estar al convenio en vigor para el contratista que, por otra parte, puede ser el de empresa (Ballina Díaz y Gil Van Beberen 2021)¹⁵. Además, la mención del convenio sectorial vigente en el art. 149 (oferta anormalmente baja) puede aludir a la regla aplicable en caso de concurrencia de convenios plasmada en el art. 84 ET y no a la supremacía de aquel, lo que complica más aún la solución (Rodríguez Escanciano 2017; Vallecillo Gámez 2017).

¹⁰ RRTACRC 861/2018, de 1 de octubre; 506/2019, de 9 de mayo; 659/2019, de 1 de agosto; 633/2019, de 13 de junio; y, 739/2019, de 4 de julio, entre otras. En un sentido similar, la RTACP-Catalunya 239/2022, de 13 de diciembre.

¹¹ En los casos que se susciten tras la reforma laboral aprobada el 28 de diciembre de 2021 no cabe la prioridad aplicativa del convenio de empresa, por lo que estos debates quedan, al menos parcialmente, más desdibujados.

¹² Se ha rechazado por la STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021, el carácter de legislación básica de este precepto que, por otra parte, es el más claro de entre los que mencionan la aplicación del convenio de sector en el contexto de las condiciones ejecutivas.

¹³ RTACRC 961/2022, de 28 de julio.

¹⁴ Por todas, RTACRC 961/2022, de 28 de julio, Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública-Andalucía 207/2021, de 8 de julio y RTACP-Madrid 474/2021, de 14 de octubre.

¹⁵ Los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado –JCCPE– 29/2019 y 35/2019, sin embargo, entienden que es posible recurrir a otras normas cuando los convenios colectivos no basten para adecuar los conceptos económicos del contrato a los precios del mercado.

Una parte importante de la doctrina considera que este planteamiento se asienta sobre una reinterpretación contraria a la finalidad de la norma manifestada, además, en la voluntad expresa del legislador que opta por la aplicación del convenio de sector respecto de los trabajadores adscritos a la contrata (de Heredia Ruiz 2019; García Luengo 2022; Preciado Domènech 2018; Rodríguez Escanciano 2017; Rojo 2017; Goerlich Peset y Nores Torres, 2010). Este razonamiento ha llevado a interpretar que la eventual “prioridad aplicativa del convenio de empresa” y la “inaplicación del convenio de sector” no pueden ejercerse por los contratistas (Todolí Signes 2018).

Por el contrario, otro sector de la doctrina considera que es totalmente válido jurídicamente compaginar las disposiciones de la LCSP con las del ET (Martínez Saldaña y Codina García-Andrade 2018; Vallecillo Gámez 2017). Nada impediría que la mención del art. 122 LCSP, sobre el contenido de los PCA, se realice en orden a señalar la necesidad de que se *recuerden* en el pliego, en términos generales, las obligaciones que potencialmente pueden incumbir a las empresas, como son las derivadas del convenio de sector en materia salarial cuando resulte aplicable conforme a las normas del Derecho del trabajo. Así, por ejemplo, se ha determinado legalmente para las obligaciones de subrogación aplicables según los convenios sectoriales y, efectivamente, es perfectamente plausible realizar una interpretación en tal sentido¹⁶.

En definitiva, pueden asentarse tres conclusiones. En primer lugar, la referencia al convenio de sector de algunos preceptos se ciñe a las obligaciones salariales y, por tanto, queda extramuros cualquier otra materia del convenio de sector, incluida la referida a los emolumentos extrasalariales. En segundo lugar, si bien una posible interpretación puede apuntar en la dirección de aplicar, como mínimo, las condiciones salariales del convenio de sector a las personas adscritas a la contrata, la técnica legislativa es manifiestamente mejorable y puede dar lugar a interpretaciones diversas como la manifestada por el TACRC y un sector de la doctrina académica; posiciones que en este caso comparto. Es más, los preceptos relativos a los elementos económicos del contrato mencionan en reiteradas ocasiones la toma en consideración de los costes laborales sectoriales únicamente en servicios intensivos en mano de obra; por lo que en virtud de una interpretación sistemática pierde fuerza en este punto la aplicación del convenio sectorial como condición ordinaria de ejecución en cualquier contrato. Más dudas suscita, a mi parecer, la doctrina del TACRC según la cual el OC podrá tomar en consideración el convenio de empresa del operador en cuestión a efectos de entender si se da efectivamente una oferta anormalmente baja cuando se trata de actividades como las señaladas en los arts. 100, 101 y 102 LCSP¹⁷. En tercer lugar, con la reforma operada en el año 2021 sobre el art. 84.2 ET (conurrencia de convenios) se suprime la prioridad aplicativa del convenio de

¹⁶ La LCSP descartó la posibilidad de que el pliego, por sí solo, pudiera ordenar la subrogación, y, en virtud de lo señalado en su art. 130, dejó en manos del art. 41 ET y del convenio sectorial aplicable dicho efecto ante el cambio de contratista (Sánchez Ocaña 2020).

¹⁷ Cabe advertir de que, *a priori*, a las adjudicatarias les puede ser de aplicación un convenio de sector distinto al correspondiente, según el criterio del OC, al objeto del contrato.

empresa en materia de cuantía salarial¹⁸. Por ello, ha decaído una parte de la virtualidad práctica de las interpretaciones que ha realizado el TACRC cuando el convenio en vigor para la empresa ya es el convenio de sector; aunque continúa la posibilidad de que se aplique el convenio de empresa por su vigencia precedente al de sector.

2.2. Las cláusulas potestativas y discrecionales

Dejando al margen los debates en torno a las disposiciones que los OC han de incorporar o tomar en consideración de forma preceptiva y tasada, la singularidad facultativa y discrecional de los criterios de valoración de ofertas y de las condiciones especiales de ejecución han permitido que los márgenes de lo “decidible”, a pesar del notorio respaldo de la legislación, sean, al mismo tiempo, los márgenes de lo discutible por las instancias de recursos. Se mantienen en vilo múltiples debates en torno a la validez jurídica de las cláusulas que incluyen consideraciones sociolaborales; en mayor medida sobre las que influyen en el haz de derechos y obligaciones laborales. En un sentido general y apriorístico, los requisitos que debe reunir toda cláusula contenida en los pliegos para ser válida obedecen a principios básicos, tales como los de vinculación al objeto del contrato¹⁹; justificación; publicidad; igualdad y no discriminación; y, proporcionalidad, objetividad, especificación y cuantificación. Complementariamente, cada una de las fases del proceso de contratación cumple una función a la que deben responder las disposiciones ordenadas por el OC (Gordo Cano 2023).

Descontando tales requisitos derivados del Derecho de contratos del sector público, a los que se volverá más adelante al profundizar en las resoluciones administrativas y judiciales, es el Derecho del trabajo una de las ramas que actúan como piedra de toque para determinar la validez y la eficacia de las disposiciones relativas a derechos laborales. En relación con tales derechos, existen dos aspectos jurídico-laborales que han adquirido una importancia determinante. El primero incumbe a la naturaleza jurídica de las cláusulas laborales previstas en el PCA. El segundo, dependiente estrechamente del primero, pertenece al efecto que tiene la mejora de los derechos laborales derivada de cláusulas sociolaborales tras la finalización de la contrata.

Por lo que respecta al primero, la naturaleza mixta (en algunos aspectos administrativa y en otros contractual) de los pliegos y del contrato conduce a la creación de vínculos jurídicos entre los contratistas y las entidades del sector público (García Luenngo 2022). Por ello, las cláusulas relacionadas con el mantenimiento o la mejora de los derechos laborales no conllevan *ipso iure* una novación sobrevinida de las fuentes del Derecho ni de las fuentes de obligaciones laborales. La influencia de las cláusulas sociolaborales en el haz de derechos y obligaciones que constituyen el vínculo jurídico-laboral

¹⁸ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

¹⁹ Debe tenerse en cuenta que, tras la aprobación de las Directivas de 2014 y la trasposición de la LCSP (en particular, atendiendo a los arts. 67.3 de la Directiva y 145 LCSP), tal requisito sólo exige que los aspectos sociales estén relacionados con cualquiera de los factores intervinientes en la ejecución contractual, por lo que no necesariamente la finalidad de aquellos debe integrar el objeto de forma inmediata e intrínseca.

entre trabajadores y empleador se realiza de forma mediata a través de las obligaciones que asume el empresario con la entidad. Esto no obsta para que un sector doctrinal haya entendido que las normas generales del derecho privado, como lo es el art. 1257.II CC, permiten una exigencia directa por parte de los trabajadores del cumplimiento de las cláusulas sociales (Goerlich Peset y Nores Torres 2019). Ahora bien, la doctrina del TS ha considerado que, a menos que haya consolidado normativa o contractualmente el contenido de las cláusulas sociolaborales, las personas que participan en la ejecución de la contrata por cuenta de la contratista no pueden exigir ante la jurisdicción social el cumplimiento de los compromisos adquiridos por su empleador, sino que la vía judicial adecuada es la contencioso-administrativa con las correspondientes legitimaciones activas (STS de 5 de marzo de 2024 –R.º 168/2021, Sala de lo Social–)²⁰.

El segundo de los extremos se refiere a la carencia de efecto solidificador de derechos emergidos a causa de cláusulas sociales. Y, efectivamente, el Alto Tribunal rechazó que las mejoras de las condiciones laborales de tracto sucesivo den lugar a la creación de condiciones más beneficiosas de origen contractual (STS de 9 de abril de 2019 –R.º 2661/2016, Sala de lo social–). La mejora no surge de una voluntad unilateral, consciente y clara por parte del empleador, sino que viene dada por una condición externa –el PCA–, por lo que decaerán, si así lo considera el empresario, una vez finalizada la contrata.

Hechas estas dos precisiones preliminares, se revela paradigmática la posición de ciertos órganos de recursos y consultivos acerca de las controversias jurídico-políticas de las cláusulas laborales. El mayor exponente de estas posiciones es el TACRC que, aunque reforzado por algunos órganos autonómicos, como el de la Comunidad de Madrid o el de Canarias, ha sido el que mayor número de resoluciones ha emitido oponiéndose a la validez de la mayoría de las cláusulas sociolaborales que ha analizado. A su vez, es de las principales referencias de otros tribunales administrativos, tribunales jurisdiccionales, OC y autores de doctrina académica. Dos resoluciones del TACRC son preeminentes y condensan la doctrina administrativa más aplicada y omnicomprensiva: las 355/2017, de 21 de abril y 325/2019, de 8 de marzo. Junto a este tribunal, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE), aunque apoyada fundamentalmente en la doctrina del TACRC, ha emitido el Informe 38/22, titulado *validez de cláusulas sociales*, con especial incidencia sobre las cláusulas laborales. Pues bien, la brecha doctrinal es mínima entre la RTACRC 355/2017, dictada sobre un supuesto anterior a la aprobación de la LCSP, y la “canónica” RTACRC 325/2019 sobre un caso al que se le aplicaba dicha ley; y apenas se aprecia movimiento doctrinal en el mentado informe de la JCCPE.

3. Mejora de las condiciones remuneratorias

Puede decirse que los dos ejes principales del contrato de trabajo lo constituyen el salario y el tiempo de trabajo y, efectivamente, se trata de las dos materias que se han encontra-

²⁰ Para un análisis y una valoración crítica de la resolución del Alto Tribunal, véase Todolí Signes (2024).

do con mayor grado de litigiosidad cuando se pretende la superación de los estándares mínimos legales y convencionales.

Algunos ejemplos de este tipo de cláusulas serían aquellas que promueven o exigen la aplicación del convenio de sector cuando no se aplique a la empresa, la realización de revisiones o actualizaciones salariales en convenio colectivo o el abono de una cuantía de salario mínimo marcada en el PCA para personas que participan en el contrato, entre otras. Ante estas cláusulas el TACRC ha anulado pliegos por comprender que son consideraciones no vinculadas al objeto del contrato, una injerencia ilegal en la relación de trabajo, no contribuyen a mejorar el rendimiento del contrato (o la calidad de la prestación) e, incluso, contravienen el principio de igualdad y la libertad de establecimiento.

3.1. Cláusulas de mejora salarial

El abordaje de estas materias ha sido diferenciado, pero se aprecia cierto bloque monolítico en la dupla del TACRC y la JCCPE, refractarios a este tipo de criterios. El emplazamiento doctrinal de estos órganos encuentra un trasunto en órganos homónimos autonómicos como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Canarias o la JCCP-Aragón. Su posición, sin embargo, contrasta con la posición doctrinal más indulgente de tribunales administrativos como los de Madrid, Aragón, Catalunya o Castilla y León. De cualquier forma, es importante exponer la doctrina arrojada en dichas sedes administrativas según se trate de resoluciones dictadas en supuestos regidos por el RD-Leg. 3/2011 o por la Ley 9/2017.

Por lo que hace a la cuestión remuneratoria, puede hablarse tanto de exigir (condición de ejecución) como de incentivar (criterios de adjudicación) el mantenimiento o la mejora de condiciones salariales. Esto puede realizarse señalando una proporción o cantidad de mejora o bien remitiéndose a índices o convenios. Pues bien, para dar sustento y aprobación a cláusulas que se remitían a los salarios del convenio de sector el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACP-Madrid)²¹, en sus resoluciones 16²², 84, 85, 86 y 206/2016, argumenta (FJ 5º en todas), en primer lugar, que:

“Se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación [...] que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, [...], etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas Directivas [...]”.

²¹ La mayoría de las resoluciones que se estudian en este foro se derivan de recursos especiales presentados por la Asociación de Compañías de Seguridad Privada contra los PCA aprobados desde distintas AAPP para el servicio de vigilancia de instalaciones públicas.

²² La RTACP-Madrid (TACP-Madrid) 16/2016 entendía que contribuía a la mejor prestación del servicio un criterio de adjudicación que valoraba la aplicación del convenio colectivo de sector estatal en lo concerniente a las condiciones salariales. No obstante, este criterio es rechazado por la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 (R.º 318/2016), que resuelve el recurso especial contra la resolución del TACP-Madrid, en coherencia con el criterio de la RTACRC 1059/2016, de 16 de diciembre.

Posteriormente, respecto de la cuestión principal entiende que:

“[...] 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”.

En definitiva, promover una mejora salarial no implica atribuirse competencias normativas en materia laboral ni agraviar el derecho a la negociación colectiva²³. Con todo, aunque otros órganos como el TACRC asumieron este cuerpo doctrinal administrativo, lo cierto es que el TARC-M admite que se trata de una cuestión no exenta de dificultad respecto de la cual no se da una posición doctrinal unánime. Pues bien, a pesar de que la respuesta no ha venido por parte del TS, sentencias de tribunales judiciales autonómicos como las SSTSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 (R.º 318/2016), y de 23 febrero de 2018 (R.º 337/2017), anulaban respectivamente las RRTACP-Madrid 16/2016 y 17/2017. En estas resoluciones se entiende que los criterios estudiados, además de no ofrecer una directa relación con el objeto del contrato²⁴ suponen una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial²⁵.

No obstante lo anterior, la LCSP da un vuelco a esta posición, no solo por la redacción del art. 145 que abiertamente hace referencia a la mejora de las condiciones laborales y salariales como posible finalidad de los criterios de valoración, sino por la regulación que se realiza acerca de la toma en consideración de la regulación convencional de las condiciones laborales para determinar el precio del contrato. Asimismo, aunque la vinculación con el objeto se mantiene como un condicionante cognoscitivo de primer orden para el TACRC y la JCCPE, la lúcida literalidad del art. 67.3 de la Directiva y 145 LCSP, resuelven que dicha vinculación se da con el mero hecho de que las cláusulas afecten a cualquier elemento interviniente en la prestación (elemento funcional) durante la ejecución del contrato (elemento temporal).

En la ya referenciada RTACP-Madrid 17/2017, el Tribunal también se pronunció favorablemente sobre un criterio de valoración consistente en prestar el compromiso de mejorar el sistema de remuneración abonando todos los conceptos retributivos en los 3 primeros días hábiles de cada mes y el compromiso del adjudicatario de incrementar el

²³ La RTACP-Madrid 16/2016, de 3 de febrero, en la que se admite una cláusula en virtud de la cual el Ayto. de Madrid establecía la valoración del compromiso consistente en aplicar el Convenio Colectivo estatal del sector de la vigilancia de seguridad, tratando de evitar así la aplicación de condiciones salariales inferiores derivadas del convenio de empresa. En el mismo sentido la posterior RTACP-Madrid 17/2017, de 18 de enero.

²⁴ Respecto de la vinculación con el objeto del contrato, se trata de examinar si el criterio de valoración se ajusta al ámbito funcional y temporal de la prestación y no a la política general de la empresa, puesto que sería contradictorio afirmar que en todo caso los criterios sociolaborales están desvinculados del objeto cuando se reconocen abiertamente en la normativa y porque existe una concepción amplia de los conceptos de objeto del contrato y vinculación con el objeto contractual.

²⁵ Otra cláusula controvertida en relación con las condiciones de empleo es la estudiada por la STSJ Baleares, de 9 de junio de 2015 (R.º 75/2015) en virtud de la cual se extiende sobre los trabajadores por cuenta del contratista los beneficios sociales previstos para los empleados públicos del ayuntamiento en cuestión. Aunque el Tribunal admitió la condición, la resolución se dicta en un proceso laboral entre la empresa adjudicataria y una trabajadora (Pozo Bouzas 2018).

salario base estipulado en el convenio colectivo de sector estatal. Entiende el Tribunal que dichas cláusulas ni limitan la libre competencia ni son desproporcionados, sino que, en los contratos donde prima el factor trabajo o mano de obra, garantizar unas adecuadas condiciones laborales redundan en mayor calidad del servicio.

Ambas cláusulas, sin embargo, también fueron consideradas no ajustadas a Derecho por la citada STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018, remitiéndose a los argumentos ya otorgados en la sentencia de 7 de junio de 2017. Sus fundamentos jurídicos señalan que los pliegos vulneran el sistema de fuentes de la relación laboral, pues contempla el contrato público como fuente de derechos y obligaciones de las relaciones laborales, vulnerando el derecho a la negociación colectiva. Además, consideran que puede ocasionar una discriminación injustificable entre los trabajadores de la misma empresa, pues los que vayan a prestar el servicio en la contrata podrían tener un salario superior al resto. La misma dinámica se pudo apreciar en la RTARC-M 319/2017, de 2 de noviembre, y su contrapartida anulatoria de la STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2019 (R.º 1/2018).

La mejora salarial respecto de lo establecido en el convenio colectivo aplicable (y, por supuesto, de la ley) ha sido también abordada por los tribunales administrativos de la Junta de Andalucía, en la resolución 257/2019 (contrato de servicio de ayuda a domicilio), y el de Castilla y León, en la resolución 94/2019 (contrato de servicio de limpieza). En la primera ocasión se rechaza la validez de un criterio de adjudicación de ese tipo por considerar que no contribuye a mejorar la calidad de la prestación, ni en sí misma ni por mejorar el desempeño laboral de las personas que intervienen en la ejecución. En la segunda, sin embargo, se condiciona la validez de un sistema de incentivos económicos en favor de los trabajadores a la constancia en el expediente de una justificación adecuada y suficiente de los motivos que llevan a su inclusión y de los criterios para su cuantificación. En el concreto supuesto se invalida la cláusula en liza, pero deja la puerta abierta a su justificación y proporcionalidad.

La RTACRC 355/2017, de 21 de abril, aborda una cláusula con tal finalidad respecto de los servicios de vigilancia de seguridad de instalaciones museísticas:

“Se valorará hasta un máximo de 20 puntos las ofertas de las empresas licitadoras que impliquen un avance en las condiciones laborales y salariales respecto a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad en vigor, y que dichos avances se apliquen a todo el personal adscrito a la ejecución del contrato y durante toda la vigencia del contrato.

Estos avances laborales y salariales podrán incluir además de aspectos retributivos otros referidos a la jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar, avances en la prevención de riesgos laborales, avances complementarios, las prestaciones de la Seguridad Social, tales como seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones etc.”²⁶

²⁶ Concretaba la cláusula los criterios del siguiente modo:

“a) Avances de naturaleza salarial: hasta un máximo de 10 puntos; b) Avances en jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar: hasta un máximo de 6 puntos. Avances complementarios a las prestaciones de la Seguridad Social, tales como seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones, etc., hasta un máximo de 3 puntos; c) Avances en la prevención de riesgos laborales: hasta un máximo de 1 punto”.

El Tribunal rechaza la validez de la cláusula argumentando que el pliego puede regular las relaciones entre licitador y adjudicatario con el OC, pero no así las relaciones laborales entre dichas empresas y sus trabajadores por cuenta ajena²⁷.

Se decía al comienzo de este punto que ciertas resoluciones del TACRC eran paradigmáticas a la hora de abordar la validez jurídica de las cláusulas sociolaborales. Se han revelado especialmente importantes las resoluciones que abordan recursos sobre PCA aprobados tras la entrada en vigor de la LCSP, como las resoluciones de TACRC 234/2019 de 8 de marzo; 235/2019, de 8 de marzo; 344/2019, de 29 de marzo; 388/2019, de 17 de abril; 897/2019, de 31 de julio; 907/2020, de 26 de agosto; 858/2020, de 31 de julio; 471/2020, de 26 de marzo; 1672/2023, de 28 de diciembre, entre otras; todas ellas en relación con cláusulas sociales, en general, y con laborales de mejora de condiciones salariales y de tiempo de trabajo, en particular.

Una parte de la doctrina considera que la LCSP, confirmando la línea interpretativa del TACP-Madrid (adoptada en las resoluciones de 5 de mayo de 2016 que se estudia a continuación), acepta la toma en consideración de la mejora de las condiciones laborales como criterio de adjudicación; validando aquellas cláusulas que valoran los compromisos de mantenimiento de condiciones salariales mínimas (Gallego Córcoles 2017a; Gallego Córcoles 2017b).

La importancia de la RTACRC 235/2019, de 8 de marzo, radica, no solo en que fue de las primeras resoluciones en las que el TACRC trataba la incorporación de cláusulas laborales aplicando la Ley 9/2017. Además, junto a sus coetáneas, condensa todos los motivos por los que, en opinión del órgano, debe rechazarse la validez de las cláusulas laborales. Por estas razones se trata de resoluciones ampliamente estudiadas por la doctrina académica y referenciadas en documentos posteriores de múltiples tribunales administrativos y jurisdiccionales.

En la RTACRC 235/2019, de 8 de marzo, se abordan dos criterios de adjudicación en un PCA de un servicio de limpieza de instalaciones: uno sobre la mejor de condiciones salariales (hasta 5 puntos) y otro sobre medidas concretas de conciliación²⁸ (hasta 5 puntos). Junto a los requisitos generales que rigen las cláusulas contenidas en los pliegos y el contrato, y en relación con la naturaleza de los criterios de valoración de ofertas, se añade como condicionante que “no pueden generalizarse, de modo que debe poder evaluar en qué medida un criterio de adjudicación mejora el rendimiento del contrato en términos comparativos”. Llama la atención este último añadido, ya que no tiene por qué tratarse de un requisito más, sino un resultado lógico del cumplimiento de los requisitos previos y de la definición propia de la fase de adjudicación²⁹. Sea como fuere, el TACRC anula los criterios de adjudicación por diversos motivos:

²⁷ Se remite para ello a la resolución 891/2014, de 5 de diciembre donde se señala que los pliegos solo están llamados a regular la relación entre las partes del contrato público.

²⁸ Las medidas de conciliación serían: la ampliación de la edad del menor para solicitar la reducción de jornada, expresado en días; la ampliación del permiso retribuido por maternidad expresado en días; la ampliación del permiso retribuido por paternidad expresado en días; la ampliación del período de excedencia por cuidado de hijos expresado en días; oferta de cheque servicio que facilite la atención de menores, indicado en importe por años y trabajador.

²⁹ Ciertamente su redacción representa la síntesis de la dicción literal de los considerandos 92 y 104 de la Directiva

1. La “imposición” (sic) de una retribución superior a la que señala la ley o el convenio de eficacia general es injusta, pues entiende que lo socialmente sostenible y justo es el nivel mínimo de condiciones laborales que resulten de aplicación.
2. La contrariedad del principio de oferta económicamente más ventajosa y la selección de la oferta con mejor relación calidad-precio.
3. Vulneración de la vinculación con el objeto del contrato entendida de forma directa.
4. Las condiciones laborales están delimitadas o limitadas por las condiciones básicas que, según la directiva 96/71/CE, deben aplicarse a los trabajadores desplazados.
5. Discriminan a las empresas que no pueden pagar mejores condiciones laborales y que cumplen con la normativa laboral.
6. Son una injerencia injustificada en la libertad de empresa.

Por todas estas razones el TACRC niega la validez de las cláusulas sociales sobre salario y conciliación de la vida familiar y laboral, pero el fallo dispone de un voto particular por lo que se refiere a esta última materia. El voto discordante considera que “aunque [...] sea muy indirecta e hipotética su vinculación con el objeto de contrato, pues tampoco se garantiza que vaya a repercutir en una mejora de la prestación, lo cierto es que su establecimiento, visto el pliego y su ponderación, no parece vulnerar ninguno de los principios contractuales de la normativa [...], siempre que guarde la debida proporcionalidad y no produzca discriminaciones [...] respecto de los restantes licitadores”³⁰. La existencia de votos particulares como este, no obstante, no ha producido una modificación doctrinal posterior, como puede apreciarse al analizar resoluciones como la RTACRC 1672/2023, de 28 de diciembre (Fernández Domínguez 2024).

La opinión conclusiva de Palacín Sáenz (2020), tras analizar, entre otras, la RTA-CRC 235/2019, es que el rechazo a las cláusulas sociales y su vinculación con el objeto contractual se produce “bajo un contexto poco favorable a huir de una interpretación estricta del principio economicista de la libre competencia”. Las múltiples interpretaciones contrarias al contenido de la ley deben interpretarse en su conjunto para poder vislumbrar que responden a la hierática y sobredimensionada libertad de empresa, la falta de conocimiento sobre las instituciones jurídico-laborales y a razones políticas y costumbristas de no alterar las instituciones administrativas.

No puede dejar de señalarse que este posicionamiento del TACRC es respaldado y compartido por la JCCP del Estado en sus paradigmáticos y significativos Informes

2014/24/UE al advertir de que los criterios de valoración han de cumplir con esa función de evaluación de la oferta. Con todo, este apunte del TACRC es también adoptado, en sus mismos términos, por foros de contratación como la Junta Consultiva de Contratación Pública (JCCP) de Aragón que, aunque siendo favorable a la adopción de ciertas cláusulas sociales, trata la “evaluación comparativa del rendimiento” como un requisito en sí mismo y rechaza, por ello, cláusulas de índole laboral; lo que podría entenderse un error de categorización.

³⁰ Una posición, la de este voto particular, que expresamente discute el TACP-Canarias, tal y como queda patente en su resolución 200/2021, de 14 de julio, respecto de las medidas de conciliación.

1/2022 y 38/2022. El primero de ellos en el marco de una cuestión planteada por un ayuntamiento acerca de la validez de cláusulas laborales en términos amplios (salario, jornada, conciliación, estabilidad fomento del empleo, seguridad y salud, etc.). El segundo, emitido con motivo de la consulta de un ayuntamiento acerca de la validez de las cláusulas que promueven o exigen la reducción de la jornada laboral de los trabajadores adscritos a la contrata³¹. De cualquier modo, por no resultar excesivamente redundantes, y debido a que su fundamentación jurídica y conclusiones están basadas en las de la RTACRC 235/2019, es conveniente remitirse a ella.

Se trata de una doctrina administrativa que ha sido acogida en el seno de órganos jurisdiccionales como la Audiencia Nacional o, especialmente, el TSJ de Madrid que, desde antes de la entrada en vigor de la LCSP, ya rechazaba en sus componentes esenciales cualquier cláusula como las referidas en este punto y cuyas consideraciones jurídicas se han mantenido prácticamente incólumes tras ella. A modo de arquetipo, se traen a escena las SSTSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 (R.º 318/2016) de 23 de febrero de 2018 (R.º 227/2017) o de 14 de marzo de 2019 (R.º 1/2018), en las que se entiende que las cláusulas laborales, especialmente las salariales y de tiempo de trabajo, son “una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores” y llevan a “ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente”. Finalmente, la SAN de 28 de noviembre de 2018 (R.º 193/2018) asevera que las cláusulas de mejora del salario no mejoran el nivel de rendimiento, son discriminatorias porque favorecen las empresas con mejores condiciones laborales y no están vinculadas al objeto contractual.

El cuerpo doctrinal de contraste a este aluvión de argumentos renuentes a la validez de cláusulas laborales se halla en diversos tribunales administrativos. Véanse, entre otras, las resoluciones del TACP-Castilla y León 192/2022, de 15 de diciembre, del TACP-Cataluña 223/2023, de 29 de marzo y 359/2019, de 28 de noviembre, del TACP-Madrid 208/2019, de 22 de mayo y el acuerdo del TACP-Madrid 33/2019 de 30 de enero. Se toma como modelo expositivo la RTACP-Cataluña 223/2023, por sus elementos fundamentales: fecha de resolución, objeto contractual (servicio intensivo en mano de obra), criterio de adjudicación de mejora salarial y síntesis de argumentos.

Esta resolución aborda un criterio de valoración en materia de mejoras de condiciones salariales en un contrato de limpieza de dependencias municipales del Ayuntamiento de Castelldefels. Su FJ séptimo despliega una serie de consideraciones que llevan a concluir que un criterio de ese tipo es objetivo y no deriva en un acto discriminatorio ni desproporcionado (5 puntos sobre 100), pero, en el supuesto específico, no ha sido justificado debidamente por el OC, lo que conduce a la anulación. La importancia determinante de la motivación y la justificación de las consideraciones sociales que asumen las resoluciones del TACP-Cataluña vislumbra una ventana de oportunidad que niegan generalmente el TACRC y la JCCPE.

³¹ En el caso concreto, en el marco de una prestación de servicios de atención a personas dependientes, se trata de una cláusula de reducción de la jornada laboral hasta las 35 horas semanales, frente a la jornada de 39 horas del convenio sectorial.

De cualquier modo, podrían no considerarse válidos los argumentos expuestos, ya que la justificación específica y cualificada que exige solo es necesaria cuando así se exprese en la ley o se derive del carácter extraordinario o excepcional de la cláusula. Efectivamente, si la legislación contempla expresamente la posibilidad (y a veces la obligación) de que el procedimiento tome en consideración aspectos sociolaborales de las personas adscritas a la contrata, queda fuera de toda duda que la regla general es su procedencia.

3.2. *La terna doctrinal del TJUE*

La relación jurídico-política en el seno de la UE entre los derechos sociales y las libertades del mercado único europeo se han decantado tradicionalmente, en mayor medida, por la protección de la libertad procompetitiva en detrimento de las instituciones tuitivas del Derecho del trabajo y de lucha contra el *dumping social* (Guamán Hernández 2008; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2001). Esta dinámica se refleja paradigmáticamente en la doctrina del TJUE en torno al papel de las cláusulas salariales en los PCA en los casos *Rüffert*, *Bundesdruckerei* y *RegioPost*; todos ellos resueltos bajo la vigencia de la Directiva 2004/18/CE (Martínez Fons 2014). Las resoluciones resuelven varias cuestiones prejudiciales relacionadas con el establecimiento de un salario mínimo que deben respetar las empresas adjudicatarias de un contrato público y sus subcontratistas.

La STJUE de 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06, *Rüffert*) partía de un supuesto de hecho en el que una empresa alemana adjudicadora de un contrato de obra subcontrataba a una empresa polaca para la ejecución del contrato. Pues bien, la ley del Land alemán en el que se adjudicó el contrato, y en el que se llevaba a cabo la ejecución, establecía que las entidades adjudicadoras solo podían adjudicar contratos a aquellos operadores privados que abonasen a sus trabajadores el salario determinado en los convenios colectivos del lugar en el que se ejecuta la obra. Además, obligaba a aplicar la misma regla en caso de que la empresa adjudicataria decidiera subcontratar la prestación: mandato que esta no cumplió, motivo por el cual la entidad pública alemana resolvió el contrato.

El TJUE consideró no ajustada al Derecho de la UE ni la norma ni la decisión de la administración. En primer lugar, el Tribunal toma en consideración la Directiva 96/71/CE para afirmar que esta norma europea establece que las condiciones salariales de los trabajadores desplazados deben garantizarse conforme a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y convenios colectivos de aplicación general³². Sobre esta premisa, se pronuncia negando, por un lado, que la ley del Land sea considerada disposición legal a efectos de la directiva, pues no establece directamente cuantía mínima salarial. Por otro lado, niega que el convenio colectivo aplicable sea de aplicación general al tener únicamente aplicación en el ámbito de la contratación pública (párrafos 23-30). Con estas condicio-

³² Estos convenios son aquellos que deben respetar todas las empresas pertenecientes al sector o a la profesión aplicables en el ámbito territorial. A falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios, la directiva contempla la posibilidad de basarse en aquellos convenios que produzcan efectos generales pertenecientes al sector de que se trate o los convenios celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas en el plano nacional y que sean aplicados en el conjunto del territorio nacional (arts. 3.1 y 8 Directiva 96/71).

nes dadas no puede exigirse a la empresa del Estado de origen que aplique las condiciones del convenio en cuestión del Estado de destino (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2009).

El colofón de estas consideraciones jurídicas es la apreciación que realiza sobre vulneración de la libertad de prestación de servicios, pues entiende que la norma en discordia puede “imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida” (párrafo 37). Además, haciendo un juicio valorativo, considera que esta medida no podría justificarse ni considerarse de protección laboral, por cuanto el convenio sólo se aplica a las empresas que contraten con el sector público. Estas últimas consideraciones parecen presagiar la posición que adoptaría unos años más tarde en el *caso Bundesdruckerei*.

En la STJUE de 18 de septiembre de 2014 (asunto C-549/13, *Bundesdruckerei*), a diferencia del caso *Rüffert*, ni los trabajadores de la empresa subcontratista realizan el servicio íntegramente en Polonia ni el Tribunal aplica la Directiva 96/71/CE, sino la Directiva 2004/18/CE, para solventar el litigio. Esta vez la Ley, que sólo despliega efectos en el ámbito de la contratación pública, establece el salario mínimo respecto de los adjudicatarios para los casos en los que la prestación no conlleve la aplicación de la Directiva 96/71. Aunque nada dice la ley sobre la aplicación respecto de los subcontratistas, el OC sí formula tal exigencia. El Tribunal entiende que se opone al Derecho de la UE por dos motivos. En primer lugar, señala que la disposición “puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”, vulnerando la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE. Razona que a pesar de que tal medida podría estar justificada para evitar el *dumping social*, su aplicación únicamente respecto del sector público sirve de argumento para rechazar que esté justificada. En segundo lugar, la cláusula es considerada desproporcionada, al desarrollarse la prestación íntegramente en otro Estado con un salario mínimo inferior (Miranda Boto 2016).

El último paso de esta tríada judicial se dio con la STJUE de 17 de noviembre de 2015 (asunto C-115/14, *RegioPost*), en la que se dilucida si es conforme a Derecho la aprobación de una ley por parte de un Land alemán que establece un salario mínimo para todo el sector, con el fin de impedir las distorsiones en la competencia derivadas del empleo de mano de obra barata y menores cuotas de SS. Este salario mínimo debía ser respetado tanto por las empresas adjudicatarias como por sus subcontratistas. En esta ocasión, aunque no interviene *de facto* ningún elemento transfronterizo, se da un pronunciamiento sobre la compatibilidad de la norma con la Directiva 96/71/CE y con la libre prestación de servicios reconocida en el art. 56 TFUE³³. En esta resolución se

³³ Parece responder así el TJUE tanto a las conclusiones del Abogado General como a la inquietud del tribunal remitente, que se pregunta sobre “los efectos de la norma nacional controvertida en el asunto principal sobre las empresas establecidas fuera del territorio alemán que hayan podido tener interés en participar en el procedimiento de adjudicación del contrato público considerado y que hayan podido analizar la posibilidad de desplazar a sus trabajadores a ese territorio, dado que esas empresas pueden haber renunciado a esa participación a causa de la obligación que se les imponía de comprometerse a respetar el salario mínimo establecido [...]”.

admite que la norma enjuiciada es válida por cuanto tiene carácter imperativo y eficacia general y, además, resulta apropiada y proporcionada (Moreno Morcillo 2016).

Como puede observarse, son la libertad de empresa y de competencia los principios que se erigen en la doctrina del TJUE como baluartes de la libre prestación de servicios. Si bien puede apreciarse que las directivas de cuarta generación difuminan, en cierto modo, el significado de estos pronunciamientos, el contenido de aquellas sigue dejando algunos escollos interpretativos. El considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE parece advertir de la importancia de los casos *Rüffert*, *Bundesdruckerei* y *RegioPost*, en tanto en cuanto señala que las cláusulas sociales deben aplicarse conforme a la Directiva 96/71/CE según es interpretada por el TJUE y, por ello, sin discriminar a los empresarios de otros EM. Asimismo, señala que “los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo [...] como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos”.

Por otro lado, no se halla en el articulado ninguna referencia a la doctrina del TJUE como sí se realiza en el considerando 98. Por lo demás, solo se advierte, en el art. 18 de la Directiva 2014/24/UE, que debe entenderse que la competencia se restringe de forma artificiosa si el proceso de contratación se diseña con la intención de “favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”. Frente a una posible interpretación reduccionista o sesgada de estas líneas, Molina Navarrete (2016, p. 100) es del parecer de que “la nueva Directiva debería hacer reconsiderar o revisar esa tajante visión mercantilista”.

La interpretación de la Directiva de contratos conforme a la doctrina expuesta del TJUE da lugar a dos limitaciones básicas. Por un lado, reduciría la virtualidad de las cláusulas sociolaborales como un mecanismo para superar los estándares legales y convencionales. Por otro lado, conllevaría un obstáculo al desarrollo de mecanismos jurídicos para combatir el *dumping social* en el ámbito de la contratación pública.

Trasluce en estos análisis que la aplicación de un sector de la normativa orientada a la protección y promoción de la libre circulación de mercancías, servicios y capitales y de la libertad de competencia se manifiesta, en cierto modo, como un contexto desfavorable a la CPSR (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2016). Tanto es así que no comparto que sean los principios de la contratación los que supongan “un recorte importante en la virtualidad de aquellas” (Burzaco 2016, p. 289). Más bien, el muro de contención lo representa la interpretación economicista de algunos principios y reglas de extracción ordoliberal. A pesar de ello, el contenido de la Directiva 2014/24/UE, el *soft law* del PE y de la Comisión, la dinámica del Pilar Social Europeo y la LCSP, entre otras instancias, suponen una enmienda normativa y axiológica a la mentada doctrina.

3.3. La inocuidad de los impulsos de la Directiva de salarios mínimos

La importancia nuclear del salario mínimo es reconocida de forma clara en el principio 6 del *Pilar Europeo de Derechos Sociales* (2017) proclamado por el Parlamento Europeo, el

Consejo y la Comisión Europea. Consecuentemente, el *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales* (2021) ha contribuido a la aprobación de la *Directiva 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE* (2022)³⁴, basada en el deber de apoyo y complemento que el art. 153.1, b) TFUE le encomienda a la UE en materia de condiciones de trabajo. Estas referencias normativas generales de salario mínimo disponen de alusiones al papel de este en el ámbito de los contratos del sector público.

Los sistemas de salarios mínimos no implican, según el parecer de la Comisión plasmado en el informe inicial sobre la propuesta de Directiva, que los trabajadores no estén expuestos a salarios bajos y a una deficitaria protección social. La Directiva parte de esta premisa y del respeto a los mecanismos legales o convencionales empleados por los Estados para establecer y garantizar las cuantías salariales mínimas³⁵. La Directiva insiste en la necesidad de establecer un marco de fijación del salario mínimo que tome en consideración “el poder adquisitivo en función del coste de la vida; el nivel, la distribución y la tasa de crecimiento de los salarios; y la productividad nacional”.

Considera el estudio que acompañaba a la propuesta que la Directiva es coherente con otras propuestas de calado social, como la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, El contenido respecto de la contratación pública no es innovador. El mandato no es otro que el de conminar a los Estados a controlar el cumplimiento de las disposiciones convencionales o legales en materia de salario mínimo en la ejecución de contratos públicos. No en vano, se trata de un aspecto que se encuentra en la génesis de las preocupaciones sociales en torno a las implicaciones laborales de la contratación pública a nivel internacional, como se muestra en la *Guía práctica de la OIT (2008) sobre el Convenio n.º 94 y la Recomendación n.º 84 sobre las cláusulas de trabajo en contratos celebrados por las autoridades públicas*; ambos, convenio y recomendación, con más de medio siglo de historia.

En resumen, los últimos impulsos europeos en materia de sistemas de salarios mínimos siguen una senda en materia de remuneración con una incidencia limitada en el escenario de la contratación pública. El art. 9 del capítulo de disposiciones horizontales, relativo a los salarios mínimos en los contratos del sector público, no es más que una reiteración de lo señalado en las directivas de contratación pública, sin aportar información o posicionamientos novedosos (Díaz de Atauri 2022). La Directiva no conlleva originalidades ni en el marco de los contratos del sector público ni en las políticas de SMI españolas. A pesar de ello, el hecho de afirmar que la Directiva no trae grandes novedades para algunos ordenamientos jurídicos internos avanzados en la materia, como el español, no obsta para reconocer en ella un “valor simbólico” que revela la importancia política y

³⁴ Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE.

³⁵ Se trata de una materia abordada por múltiples convenios de la OIT, lo que ha conducido a la adopción de la *Guía de la OIT sobre políticas en materia de salario mínimo*, en consonancia con el Estudio sobre sistemas de salarios mínimos, *Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos*.

normativa de garantizar el acceso a una remuneración suficiente y adecuada en Europa (Almodóvar Iñesta 2022, p. 151).

4. Modulación de facultades empresariales de ejercicio unilateral

El Derecho del trabajo articula un sistema de normas jurídicas sustantivas y formales, a través de mecanismos heterocompositivos y autocompositivos, con un carácter tuitivo, ínsito axiológicamente en su naturaleza, para con el factor trabajo. Esta esencia encuentra trasuntos en múltiples facetas de intervención. Entre ellas destacan los mecanismos de normas de derecho necesario mínimo y de derecho necesario absoluto o imperativo que limitan la capacidad de derogación convencional y contractual y de disposición por las partes de derechos reconocidos por ley, reglamento o convenio colectivo estatutario³⁶.

Este mecanismo es el resorte jurídico creado para proteger al trabajador de presiones o decisiones unilaterales del empleador que mermen o eliminen derechos laborales³⁷. Por ello se trata de una, al menos, “aparente inversión del principio civil de validez de la renuncia a derechos” (López Terrada 2014, p. 26). Incluso, cuando la legislación procesal permite transacciones en el juego, por ejemplo, de una conciliación judicial (art. 84 LJS), los límites los sitúa la ley en la lesión grave a los derechos, el fraude de ley, el abuso de derecho o la contrariedad al interés público.

Se encuentran, entre el tratamiento doctrinal académico y judicial, dos ámbitos en los que estas instituciones garantistas pueden verse en coyunturas de tensión: la cesión de terreno en derechos en el contexto de la negociación de convenios colectivos y en la solución extrajudicial o autocompositiva de conflictos³⁸. Pues bien, las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia en torno a estos casos pueden servirnos de apoyo para entender qué “renuncias” empresariales a poderes reconocidos en el ET pueden tener lugar para poder presentar una oferta en una licitación pública. Cabe preguntarse si existe en la CPSR el riesgo de desvirtuar, no tanto las normas de derecho necesario mínimo, sino las de derecho imperativo.

³⁶ En sentido amplio se entiende por negocio jurídico dispositivo aquel que transforma, modifica o extingue un derecho subjetivo existente, a través de la enajenación, la constitución de gravámenes o la renuncia abdicativa (Díez Picazo 1996). También los derechos son irrenunciables e indisponibles cuando se recogen con tal naturaleza en el convenio colectivo, ya sea porque así se declara expresamente, ya sea porque desarrolla los límites del derecho necesario mínimo; aunque surgen conflictos interpretativos notables en este sentido (López Terrada 2014). Véanse, asimismo, las SSTs de 11 de junio y de 22 de septiembre de 1987, de 27 de abril de 1999 (R.º 4985/1997, Sala de lo Social), de 28 de octubre 1999 (R.º 877/1999, Sala de lo Social), de 6 de febrero de 2000 (R.º 1394/1999, Sala de lo Social).

³⁷ Tanto la doctrina académica (Ramos Quintana 2002) como la constitucional (SSTC 34/1984, de 9 de marzo de 1984; 142/1993, de 22 de abril de 1993; 105/1992, de 1 de julio de 1991; o 208/1993, de 28 de junio de 1993) fundamentan garantía limitación en el principio de igualdad formal y real (arts. 14 y 9.2 CE) y en los intereses colectivos o generales, entre otros extremos.

³⁸ Sobre la indisponibilidad de los derechos y la conciliación en las relaciones laborales, señala Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2003, p. 31) que “lo que no se puede transigir no se puede conciliar, pero, a contrario sensu, lo que se puede conciliar se puede transigir, y si ello puede ser dentro del proceso, también lo podrá ser fuera de él. Además, lo que se puede transigir es susceptible también de arbitraje”.

Por lo que se refiere a los actos dispositivos en el marco de la solución extrajudicial de conflictos, se traen a colación las palabras de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2003, p. 31) al expresar la ampliación de los márgenes de alteración y disponibilidad de la norma legal y convencional al afirmar que “cuando en un área en que no juega la autonomía privada, como en el Derecho administrativo, se han abierto paso los acuerdos transaccionales o se permiten soluciones arbitrales en la contratación administrativa, o [...] como en el derecho al consumo, se utiliza [...] la puesta a disposición de mecanismos arbitrales [...], no tiene sentido dejar en el ámbito laboral el juego de la autocomposición a la asistida por el órgano judicial o en la fase prejudicial por el órgano administrativo”. Estas palabras sirven para plantear qué capacidad tienen las partes, sobre todo del lado empresarial, para disponer de derechos propios en un ámbito tan sensible como los conflictos entre trabajador y empleador.

Junto a este ámbito, se encuentran los instrumentos de negociación colectiva en los que las fronteras de lo negociable no están absolutamente definidas. Aun partiendo de los apuntes realizados sobre la inderogabilidad e irrenunciabilidad de derechos por parte del trabajador, los representantes de los trabajadores tienen capacidad negocial, por ejemplo, para regular mecanismos de resolución de conflictos prejudiciales o extrajudiciales a los que obligatoriamente habrían de someterse las partes, del mismo modo que puede regularse la paz social y la correspondiente renuncia al ejercicio del derecho de huelga durante la vigencia del acuerdo o convenio. Es decir, se vislumbra un perímetro de la autonomía negocial colectiva que permite condicionar, incluso, el ejercicio de derechos fundamentales. Pero en este punto lo que resulta realmente relevante es conocer la capacidad de que disponen los empresarios para renunciar a sus propias capacidades.

Las concepciones unitaristas y autoritarias de la época franquista instituyeron poderes unilaterales y autocráticos empresariales. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 contemplaba la nulidad de los pactos de renuncia a derechos civiles y políticos de los trabajadores, pero solo prohibía la renuncia por la parte empresarial ante casos contrarios al orden público (Villa Gil 2006)³⁹. La cuestión clave radicaba en que el orden público implicaba el ejercicio de unas potestades empresariales que respondían a una funcionalidad del sistema de relaciones laborales y permitían disciplinar el trabajo; el Estado se reservaba, en ciertos supuestos, la actuación si el empleador no las ejercía (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 1984). A su vez, la Ley 38/1973, de 19 de diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo previó en su art 4 la prohibición de que los convenios recogieran cláusulas que disminuyeran la libertad individual y las facultades inherentes a la dirección de la empresa, lo que ha podido dejar un poso interpretativo ajeno al sustrato axiológico constitucional vigente en el siglo XXI.

Tras la aprobación de la CE y del ET se ha planteado, por una parte de la doctrina académica, que existe un núcleo esencial de la configuración constitucional y legal de la figura del empleador que se considera irrenunciable por contravenir la libertad empresarial (Bejarano Hernández 2010; Montoya Melgar 1985).

³⁹ Las limitaciones al poder dispositivo empresarial no radicaban solo en la Ley de Contrato de Trabajo, sino en el art. 6 CC.

Existe un punto de encuentro básico en las consideraciones doctrinales académicas y judiciales: las facultades empresariales unilaterales contenidas en el ET relativas al *ius variandi* ordinario o extraordinario no pueden ser ampliadas por contrato o convenio (CCNCC 2010). La pregunta que se plantea es si los empresarios pueden renunciar a potestades de ejercicio unilateral. Los convenios colectivos pueden prever, además de limitaciones a las facultades ordinarias empresariales de organización, dirección, control y disciplina, restricciones al *ius variandi* extraordinario que le reconocen preceptos del ET como el 39 (movilidad funcional), 40 (movilidad geográfica), 41 (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo), 51 (despido colectivo), 52 (extinción por causas objetivas) u 82.3 (inaplicación del convenio de sector). Efectivamente, la regulación convencional puede concretar o complementar requisitos formales, pero también puede restringir la adopción de despidos colectivos o de extinciones por causas objetivas (Ramos Quintana 2002; CCNCC 2010; Bejarano Hernández 2010).

Por lo que se refiere a las cláusulas convencionales que bloquean la posibilidad de activar una inaplicación de convenio conforme al art. 82.3 ET han existido divergencias doctrinales. De un lado, un sector de la doctrina se ha opuesto a cláusulas que nieguen o reduzcan drásticamente la inaplicación por entender que contravienen la finalidad y la literalidad de la norma (Vallejo Dacosta 2002; Alfonso Mellado, Sala Franco y Pedrajas Moreno 1995). De otro lado, entendiendo que se trata de un aspecto de derecho mínimo y en aras de la autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, otro sector ha considerado válido negar en convenio tal posibilidad (Baylos Grau 1994; Casas Baamonde 1995). Existen posiciones intermedias que afirman la validez de la reducción convencional de este poder legalmente atribuido sin llegar a su eliminación completa (Alarcón Caracuel y Baylos Grau 1994).

Cuando estas cortapisas vienen dadas en un convenio de empresa su validez ha sido menos discutida por cuanto la unidad de negociación dispone de una especie de legitimidad inmediata y directa. Incluso, hay quien opina que podría llegar al punto de “suponer una casi total dispositivación del régimen contenido en la norma legal” (Bejarano Hernández 2010, p. 12) aun compartiendo que “en ningún caso podría suponer una renuncia pura y simple a la facultad del empresario” (Rivero Lamas 1988, p. 887).

Al margen de la autolimitación en el marco de la negociación colectiva, es posible trasladar el debate a cláusulas laborales discrecionales que reduzcan los poderes unilaterales del empleador durante la contrata. A modo de ejemplo, es posible citar una recomendación realizada por las directrices sobre CPSR aprobadas por el Ayuntamiento de Sevilla (edición de 2016) o el Ayto. de Barcelona (edición de 2016) consistente en incluir en los PCA una condición de ejecución consistente en que la empresa mantenga durante el contrato las condiciones laborales de las personas trabajadoras empleadas en la ejecución según el convenio que sea de aplicación.

Sobre el particular, la RTACRC 160/2016, de 19 de febrero, rechazó dos condiciones especiales de ejecución que conllevaban, por un lado, la obligación de someter a autorización de la Alcaldía las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reguladas en el art. 41 ET y, por otro lado, en caso de despido improcedente de personal

con contrato indefinido, la readmisión de dicha persona salvo que esta optara por la indemnización, previa aprobación por el Pleno. Pues bien, se rechazan por no responder a los objetivos sociales que enumeraba el RD-Leg. 3/2011, cuando la realidad es que la lista tenía un carácter de *numerus apertus*. Además, se apunta que se vulnera la libre autonomía de las partes del contrato laboral, sin aludir en ningún momento al carácter acotado del contrato público cuyos efectos se limitan al personal de la contrata (Pozo Bouzas 2018).

En la misma línea, el Informe 7/2015, de 15 de noviembre, de la Junta Superior de la Comunidad Valenciana, analiza la posibilidad de introducir una condición ejecutiva consistente en prohibir a la adjudicataria minorar unilateralmente las condiciones de jornada y salario que regían al momento de presentarse la oferta, salvo que medie acuerdo explícito con la representación de los trabajadores. La Junta entendió que excedía las posibilidades que brindaba el art. 118 RD-Leg. 3/2011⁴⁰ y que no solo contrariaba la normativa laboral, sino que suponía una intervención injustificada en las relaciones laborales del adjudicatario y con finalidades ajenas a los fines institucionales que son propios de la entidad adjudicadora.

Contrasta con esta posición el IJCCP-Aragón 16/2014, de 1 de octubre. Este órgano entendió que el art. 118 RD-Leg. 3/2011 tenía una disposición abierta debido a la expresión “podrán referirse, en especial...”, lo que impedía exigir que la cláusula se correspondiera con alguna de las categorías del precepto. En segundo lugar, consideraba que el Derecho de la UE en materia contractual daba la cobertura suficiente a este tipo de dispositivos. Por último, la cláusula permitía un pacto en contrario de las partes y salvaguardar la autonomía colectiva. Por todo ello, y aunque señala algunas cortapisas⁴¹, entendió que no se vulneraba el Derecho europeo ni nacional.

Una vez expuestos estos ejemplos y sus correspondientes análisis, puede aseverarse que son múltiples los fundamentos jurídicos que sustentan la capacidad empresarial para autolimitar contractualmente algunos de sus poderes de ejercicio unilateral en un proceso de contratación pública. Cuestión distinta sería una “dejación de responsabilidades empresariales”; aspecto que, a todas luces, resultaría contrario a la legalidad. Asimismo, una vez sentada su cobertura legal en abstracto, considero pertinente apuntar que las cláusulas de esta naturaleza gozan de mayor justificación y proporcionalidad si se parte de una legislación laboral, como la derivada de las reformas laborales de 2010 y 2012⁴², que relaja las causas para que el empleador ejerza unilateralmente modificaciones, suspensiones o extinciones sin contrapartidas efectivas de seguridad laboral (Goerlich Peset

⁴⁰ El apartado primero del artículo 118 RD-Leg. permitía establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato referidas, en especial, “a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo [...], o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT”.

⁴¹ Afirma la Junta que “la inclusión de una condición especial de ejecución social como la que se propone en una concreta licitación, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal” (apartado V *in fine* de consideraciones jurídicas).

⁴² Reales Decretos-ley 10/2010, de 16 de junio y 3/2012, de 10 de febrero.

2012). Por ello, la modulación a la baja en cláusulas sociolaborales de las facultades empresariales de ejercicio

o unilateral puede gozar de mayor proporcionalidad en contextos normativos como el vigente.

5. Conclusiones

La LCSP consolida legalmente la concepción socialmente responsable de la contratación pública y da cobertura para adoptar cláusulas sociolaborales de diversa índole; incluidas las orientadas a mantener o mejorar los derechos laborales de los trabajadores adscritos a la contrata. A pesar de ello, se puede constatar una reacción, por parte del TACRC, de la JCCPE y de algunos de sus homólogos autonómicos, tendente a negar de forma generalizada la validez jurídica de cláusulas laborales e, incluso, a impugnar la conveniencia y oportunidad política de estas y de la regulación vigente.

Las cláusulas relativas a las condiciones salariales se erigen en “caso límite” que aglutina la mayor parte de las impugnaciones en términos cualitativos. Y, sin duda, la legislación cuenta con ciertas deficiencias que pueden justificar una argumentación jurídica más exigente. Sin embargo, la normativa es suficientemente clara en la dirección de atribuir potestades regladas y discrecionales a los OC y a las AAPP. La vaguedad y ambigüedad de algunas de las disposiciones legislativas, tanto de la Directiva 2014/24/UE como de la legislación interna, no deben servir para llegar a conclusiones *contra legem* como las manifestadas con contumacia por el TACRC y el JCCPE.

Como máxima preliminar puede afirmarse que ningún valor, principio, regla o derecho constitucional impide que la finalidad natural, histórica y arraigada de la contratación pública sea compatible con finalidades sociolaborales complementarias. En consecuencia, no considero correctas las objeciones esgrimidas por el TACRC y la JCCPE contra los fundamentos de la CPSR legalmente configurada. Esto no obsta para afirmar que pueden plantearse precauciones derivadas de las ramas jurídicas el juego.

En primer lugar, de la normativa de contratos se deriva que las cláusulas han de responder a una formulación objetiva que evite la arbitrariedad de los OC; estar motivada su adopción; y, en definitiva, resultar proporcionadas, cuantitativa y cualitativamente. Sin embargo, ninguno de estos condicionantes ordinarios son, *per se*, un impedimento para adoptar disposiciones laborales plenamente válidas y eficaces.

En segundo lugar, de la normativa laboral se extraen limitaciones, sobre todo, en orden a prohibir que los pliegos y el contrato modifiquen o anulen instituciones jurídico-laborales de Derecho mínimo o indisponible o generen intromisiones injustificadas o desproporcionadas en la negociación colectiva estatutaria.

En tercer y último lugar, las directivas recuerdan, aunque de forma imprecisa y vaga, que la jurisprudencia del TJUE (que evoca de forma indirecta a los casos *Rüffert*, *Bundesdruckerei* y *RegioPost*) puede constituir un límite de primer orden. A mi parecer, esta línea argumental es la que permitiría confrontar con ciertas cláusulas salariales o de

tiempo de trabajo si no se tratara de un corpus judicial obsoleto, incoherente con la normativa vigente y deudor de una perspectiva economicista que atenta contra los aspectos más básicos del Pilar Europeo de Derechos Sociales; por no hablar de la confrontación con la Constitución Española.

No obstante todo lo afirmado, existe una realidad normativa que puede justificar una parte de las precauciones en la aprehensión de cláusulas laborales. Y es que, nos encontramos ante la aparición en escena de una rama del Derecho autónoma y consolidada como es el Derecho del trabajo y esto suscita en los operadores administrativos una suerte de barrera cognoscitiva a la hora de articular cláusulas que aborden derechos laborales. En segundo término, el derecho a la negociación colectiva podría plantear argumentos para matizar la discrecionalidad de los OC en materia laboral. En efecto, desde una perspectiva colectiva, la negociación colectiva puede verse afectada, aunque no necesariamente amenazada, por cláusulas laborales. Con todo y con eso, tampoco estas advertencias deben ser entendidas como obstáculos, sino como márgenes que no soslayan la potencialidad de la CPSR.

Considero que, además de los sesgos ideológicos extrajurídicos que subyacen a algunos posicionamientos de los tribunales administrativos y juntas consultivas, son muchas las aseveraciones argumentales de estos que no se compadecen con la realidad jurídica. El TACRC, la JCCPE y otros órganos ya citados no asumen la normativa vigente: la reivindicación que realiza del enfoque estratégico; la resignificación del requisito de la vinculación con el objeto del contrato; las referencias a cláusulas sociolaborales en las enumeraciones no exhaustivas en las que se incluye una letanía de aspectos relacionados con condiciones laborales; la obligatoriedad sancionada por la LCSP de atender a criterios sociales (o medioambientales) en todos los procesos, etc. En fin, los condicionantes jurídicos propios de las ramas concurrentes en esta materia tan solo plantean precauciones teóricas y prácticas, pero no impedimentos generales y apriorísticos a las cláusulas laborales, en general, y las remuneratorias, en particular.

Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y BAYLOS GRAU, Antonio, *La reforma laboral de 1994*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, SALA FRANCO, Tomás y PEDRAJAS MORENO, Abdón, Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial, *Relaciones laborales*, n.º 2, 1995, 1429-1435.
- ALMODÓVAR IÑESTA, María, Los criterios sociales de adjudicación. Especial referencia a la doctrina de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 60, 2022.
- BALLINA DÍAZ, Diego y GIL VAN BEBEREN, Marc, *Guía práctica de resoluciones e informes contractuales para minimizar los riesgos de recursos*, Madrid, 2021.

- BAYLOS GRAU, Antonio, «Cláusulas de descuelgue» en la negociación colectiva. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Wolters Kluwer España, 1994, pp. 322-340.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés, Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 147, 2010, pp. 639-659.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel, Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º extra-10, 2008, pp. 211-252.
- BURZACO, María, La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial, *Asamblea Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 23, 2010, pp. 169-108.
- BURZACO, María, Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación en la consecución de objetivos sociales, *CIRIEC-España*, n.º 86, 2016, pp. 281-310.
- CANALES GIL, Álvaro, HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, CANALES MENÉS, Patricia y HUERTA MÉRIDA, Carlos, *Aclaraciones a la Ley 9/2017, de contratos del sector público: enfoque científico-práctico*, Madrid, BOE. Estudios jurídicos, 2022.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, «Descuelgue» salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II), *Relaciones laborales*, n.º 1, 1995, pp. 23-38.
- CCNCC, *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Colección Informes y Estudios, 2010.
- DE HEREDIA RUIZ, Ignasi Beltrán, 2019, Ley de Contratos del Sector Público, precios, costes laborales y subrogación de empresa: ¿prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o del sectorial? *ignasibeltran.com* [en línea], Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/12/02/ley-de-contratos-del-sector-publico-precios-cos-tes-laborales-y-subrogacion-de-empresa-prioridad-aplicativa-del-convenio-colectivo-de-empresa-o-del-sectorial/#condiciones>, [consulta: 15 diciembre 2024].
- DÍAZ DE ATAURI, Pablo, La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* [en línea], n.º 6, 2022, Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/article/view/22750/20141>.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I*, 5a ed. Madrid: Civitas, 1996.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, Mejores salarios como cláusula social en la fase de adjudicación de un contrato público: ¿misión imposible?: Comentario a la Resolución 1672/2023, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 480, 2024, pp. 200-207.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n.º 4, 2017a, pp. 92-113.

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación, *Contratación Administrativa Práctica. La Ley Digital 14739/2017*, n.º 152, 2017b.
- GARCÍA LUENGO, Javier, *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, 1ª edición, Madrid: Iustel, 2022.
- GOERLICH PESET, José María, 12. La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, *Reforma Laboral 2012*, n.º 1, 2012, pp. 291-322.
- GOERLICH PESET, José María y NORES TORRES, Luis Enrique, Descentralización en el Sector Público y condiciones de trabajo: pliegos administrativos y cláusulas sociales, En BLASCO PELLICER, Ángel, y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 559-604.
- GORDO CANO, Diana, Desafíos y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria* [en línea], n.º 127, 2023, Disponible en: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=127&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=2&locale=es>.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Pamplona, Aranzadi, 2008.
- LESMES ZABALEGUI, Santiago, Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral, *Lan harremanak*, n.º 13, 2005, pp. 53-86.
- LÓPEZ TERRADA, Eva, La indisponibilidad de los derechos laborales en el ordenamiento español y su interpretación jurisprudencial, *Il diritto dei lavori*, vol. VIII, n.º 3, 2014, pp. 25-35.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel, Las restricciones a las cláusulas sociales en la contratación pública impuestas por la libre prestación de servicios. Comentario a la STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/13, *Iuslabor* [en línea], n.º 3, 2014. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/285075>.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David y CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, Cláusulas sociales, subrogación por pliegos y otras cuestiones laborales en la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 209, 2018, pp.129-148.
- MIRANDA BOTO, José María, Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea, *Lex social* [en línea], vol. 6, n.º 2, 2016, Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1975.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de «legitimidad» al de sus «límites», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, pp. 79-110.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, Dirección y control de la actividad laboral. En: E. BORRAJO DACRUZ (ed.), *El Estatuto de los Trabajadores: Derechos y deberes contractuales*. Pontevedra, EDERSA, 1985, pp. 99-152.

- MORENO MORCILLO, Juana, Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 47-48, 2016, pp. 180-209.
- PALACÍN SÁENZ, Bernabé, La difícil vinculación de los criterios sociales al objeto del contrato, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 2, 2020, 20 págs.
- POZO BOUZAS, Eduardo, Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, *DerechoLocal.es*, 2018.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores: (Inderogabilidad e indisponibilidad)*, 1a ed. Valladolid, Lex Nova, 2002.
- RIVERO LAMAS, Juan, Modificación de las condiciones de trabajo, *El Estatuto de los Trabajadores*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1988, pp. 125-206.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. La apuesta por la mejora de las condiciones laborales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales* [en línea], vol. 20, n.º 2. 2017. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/59007>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 1, 1984, pp. 50-67.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Derecho del Trabajo y disciplina de mercado. *Relaciones laborales*, n.º 2, 2001, pp. 89-102.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales, *Temas Laborales*, n.º 70, 2003, pp. 23-42.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del trabajo, *Temas Laborales*, n.º 100 (II), 2009, pp. 517-550.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Cláusulas sociales y contratación pública, *Diario La Ley*, n.º 8766, 2016.
- ROJO, Eduardo, 2017. ¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la Ley de contratos del sector público (frente a la de los convenios de empresa en la Ley del Estatuto de los trabajadores). *eduardorojotorrecilla.es* [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/10/el-inicio-de-la-contrarreforma-laboral.html>, [consulta: 15 de diciembre de 2024].
- SÁNCHEZ OCAÑA, José Miguel, La subrogación laboral ex pliego ante la sucesión de contratistas: una posibilidad vedada por la ley, *Revista de Derecho Social*, n.º 90, 2020, pp. 91-108.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, Novedades laborales de la Ley de contratos del sector público, *Revista Gallega de Administración Pública*, n.º 56, 2018, pp. 401-410.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, 2024, Los pliegos administrativos no generan derechos a los trabajadores ni cuando son mejoras por encima del convenio colectivo (STS

- 5/3/2024), *Argumentos en Derecho Laboral* [en línea], Disponible en: <https://adriantodoli.com/2024/05/16/los-pliegos-administrativos-no-generan-derechos-a-los-trabajadores-ni-cuando-son-mejoras-por-encima-del-convenio-colectivo-sts-5-3-2024/>, [consulta: 15 de diciembre de 2024].
- VALLECILLO GÁMEZ, M.^a Rosa, Aspectos sociolaborales de la nueva ley de contratos del sector público: innovaciones y puntos críticos, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 417, 2017, pp. 179-208.
- VALLEJO DACOSTA, Ruth, *Modificaciones de las condiciones de Trabajo*, Madrid, CES, Colecciones Estudios, 2002.
- VILLA GIL, Luis Enrique, El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, En: PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y GARCÍA-PERROTE, Ignacio (eds.), *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*. Madrid, CEF, 2006, pp. 281-340.