

Jornadas formativas  
Madrid, 28 de noviembre de 2019



# **LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

**Su certificación por terceros**

**Eduardo G. Pozo Bouzas**





## 1.- INTRODUCCIÓN

Contexto normativo y visión general



## 2.- CLÁUSULAS SOCIALES y CICLO CONTRACTUAL

Preparación, adjudicación y ejecución del contrato



## 3.- ALGUNAS CUESTIONES LABORALES ESPECÍFICAS

Régimen salarial, subrogación de personal y otras cuestiones



## 4.- EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES



## 5.- RECAPITULACIÓN y CONCLUSIONES

# Marco normativo



## Directivas 2014

- En vigor desde 2016
- Directamente aplicables



## Ley 9/2017

- En vigor desde 9/3/2017
- (\*) regulaciones autonómicas

## OBJETIVOS

Eficiencia, integridad y carácter instrumental

Contratación de soluciones de calidad

Simplificación de trámites

Contratación electrónica

Social, medioambiental e innovadora

# ¿Por qué las cláusulas sociales?



# Contratación pública responsable: objetivos (1)



# Contratación pública responsable: objetivos (2)



# Contratación pública responsable: ventajas



## Visión general

Necesaria vinculación del clausulado social al contrato de que se trate

Problemática de clausulados generales

Los compromisos sociales se incorporan al contrato con plenos efectos jurídicos

Prohibición de incurrir en discriminación o ventaja a competidores

Limitaciones competenciales EE.LL.

# Algunas experiencias municipales



Ayuntamiento de  
**Pamplona**

Instrucción de contratación  
pública estratégica y  
socialmente responsable  
Ayuntamiento Pamplona



Ayuntamiento de  
**Valladolid**

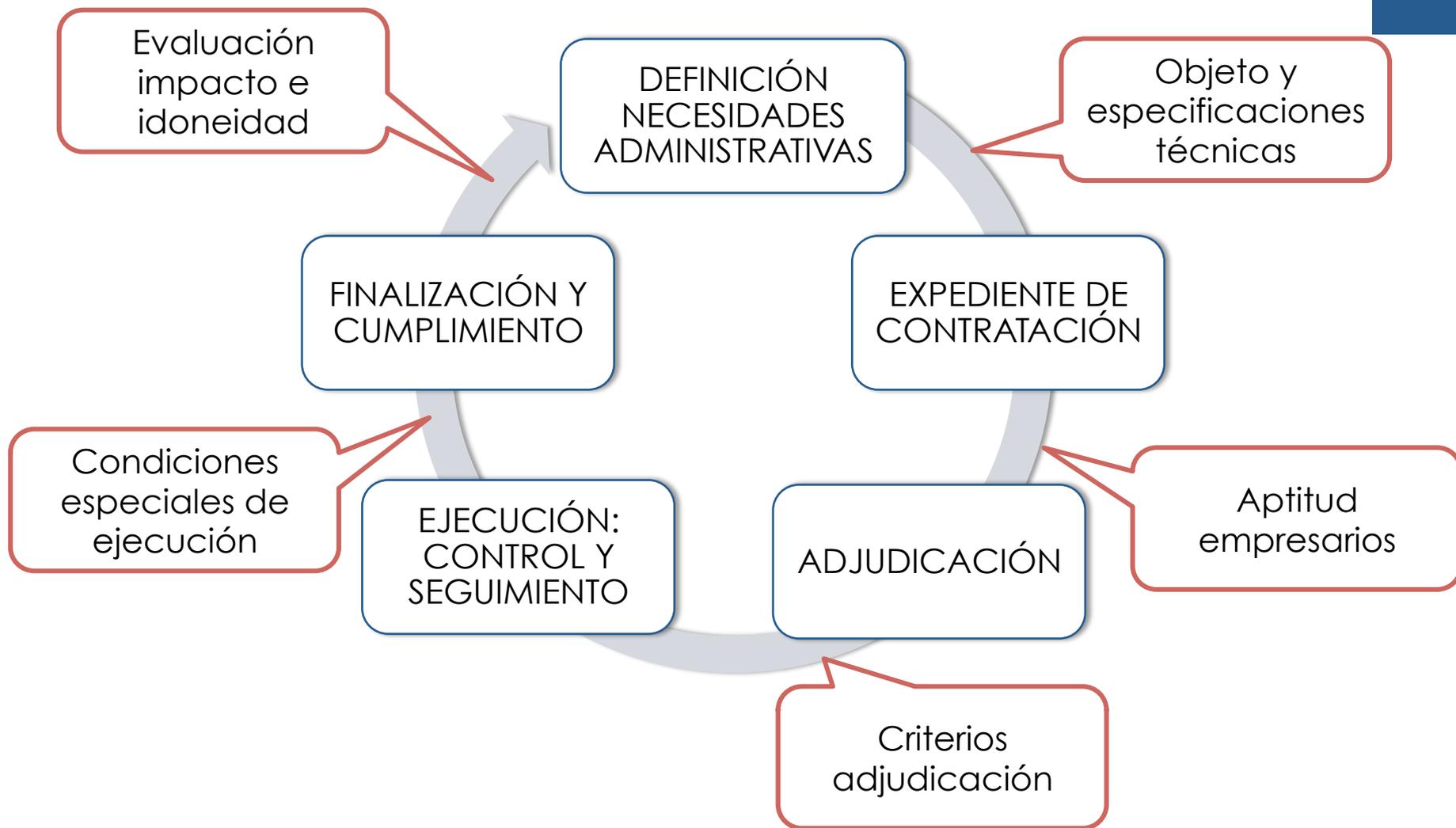
Instrucción 1/2018, para impulsar la  
contratación socialmente eficiente:  
estratégica, íntegra y sostenible en el  
Ayuntamiento de Valladolid  
y las entidades de su sector público



**AJUNTAMENT  
DE VALÈNCIA**

Instrucción de contratación  
pública responsable y guía  
inclusiva de clausulado social y  
sistema de verificación de  
cumplimiento del Ajuntament  
de València (2019)

# Cláusulas sociales y ciclo contractual



## Cláusulas sociales y objeto del contrato

Art. 99.1 LCSP: el objeto del contrato puede incorporar innovaciones tecnológicas, sociales y ambientales

Principio general de libertad de pactos (art. 34.1 LCSP)

No puede suponer discriminación (Informe JC Aragón 16/2015)

La inclusión en objeto social depende del objetivo que se pretende conseguir

## Expediente de contratación

El PCAP es el instrumento para su introducción sin habilitación previa

Aplicación a contratos menores

Posibilidad de realizar consultas preliminares al mercado (art. 115) para preparar la licitación e informar de sus planes a los operadores económicos

Art. 100.2: obligación de recoger costes salariales (género y categorías)

# Expediente de contratación y costes salariales



Se anula una licitación por no incluir de forma desglosada y con desagregación de género los costes de la licitación  
RTCRC 632/2018

no basta la remisión al convenio colectivo (debe incluirse costes directos e indirectos) RTCRC 861/2018

no se anula la licitación porque la información se deduce de los Pliegos RTCRC 284/2018

aunque el convenio sectorial se tome para el cálculo no impide que la oferta se verifique según convenio de empresa RTCRC 1175/2018



el presupuesto debe ajustarse a los costes que se derivan de los Convenios Resol. 191/2018



información es precisa para licitadores y adjudicataria Resol. 231/2018 y 232 /2018



no basta una remisión a la información suministrada por el contratista Resol. 46/2018



Jurisdicción Social competente para determinar convenio aplicable Resol. 116/2018

# Etiquetas



Concretan el alcance social y medioambiental del contrato

Acreditación por terceros cumplimiento requisitos, adjudicación o ejecución

Deben ser accesibles a todas las partes

Obligación de admitir variantes que cumplan los requisitos (equivalencia)

No si obligado cumplimiento (norma UE)

## Aptitud: Prohibiciones y solvencia

Nulidad de cualquier condición adicional de aptitud. Prohibiciones según LCSP

Excepto supuestos legales de reserva de contratos (DA 4ª y DA 48ª)

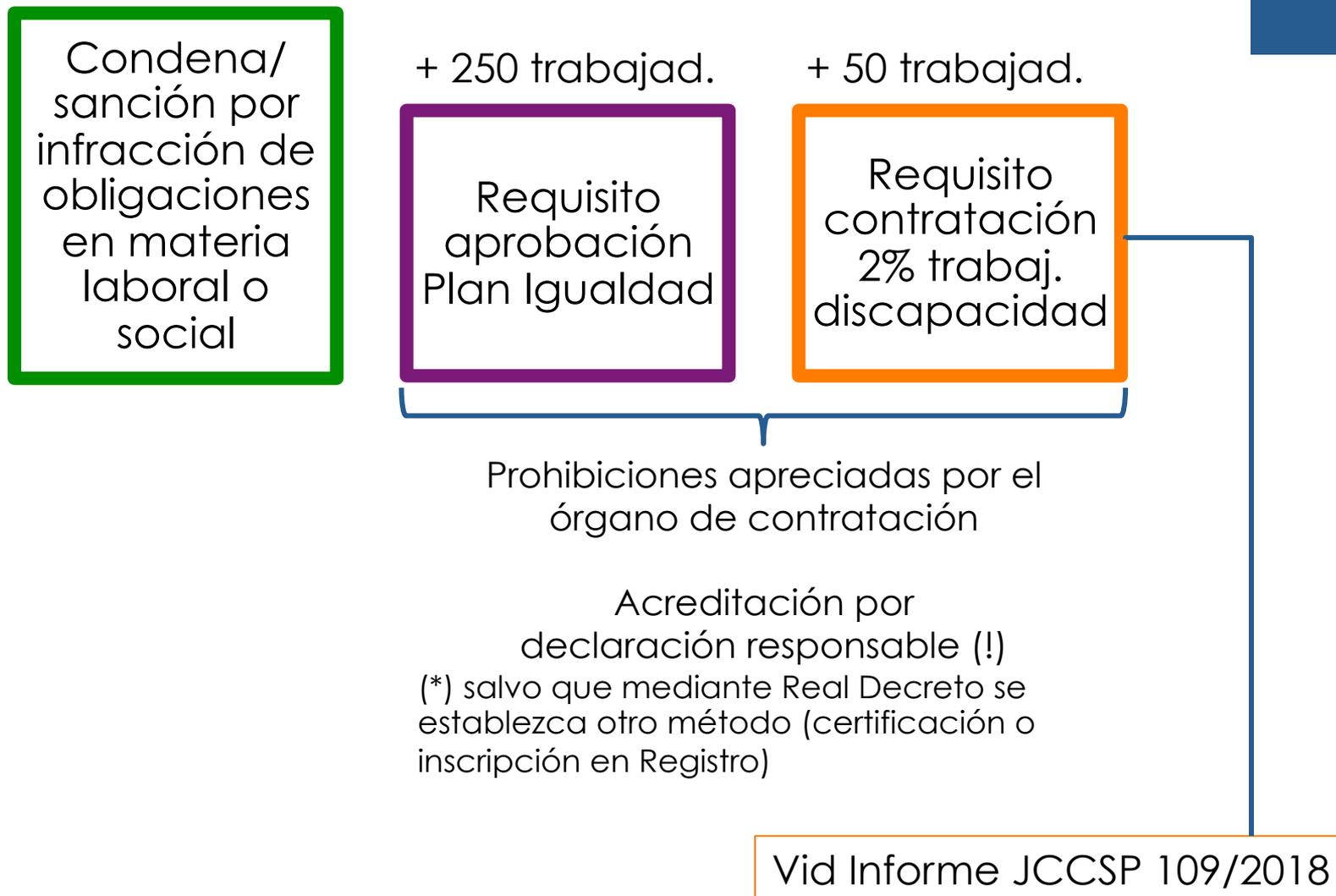
No cabe primar naturaleza Entidad

Solvencia: catálogo cerrado

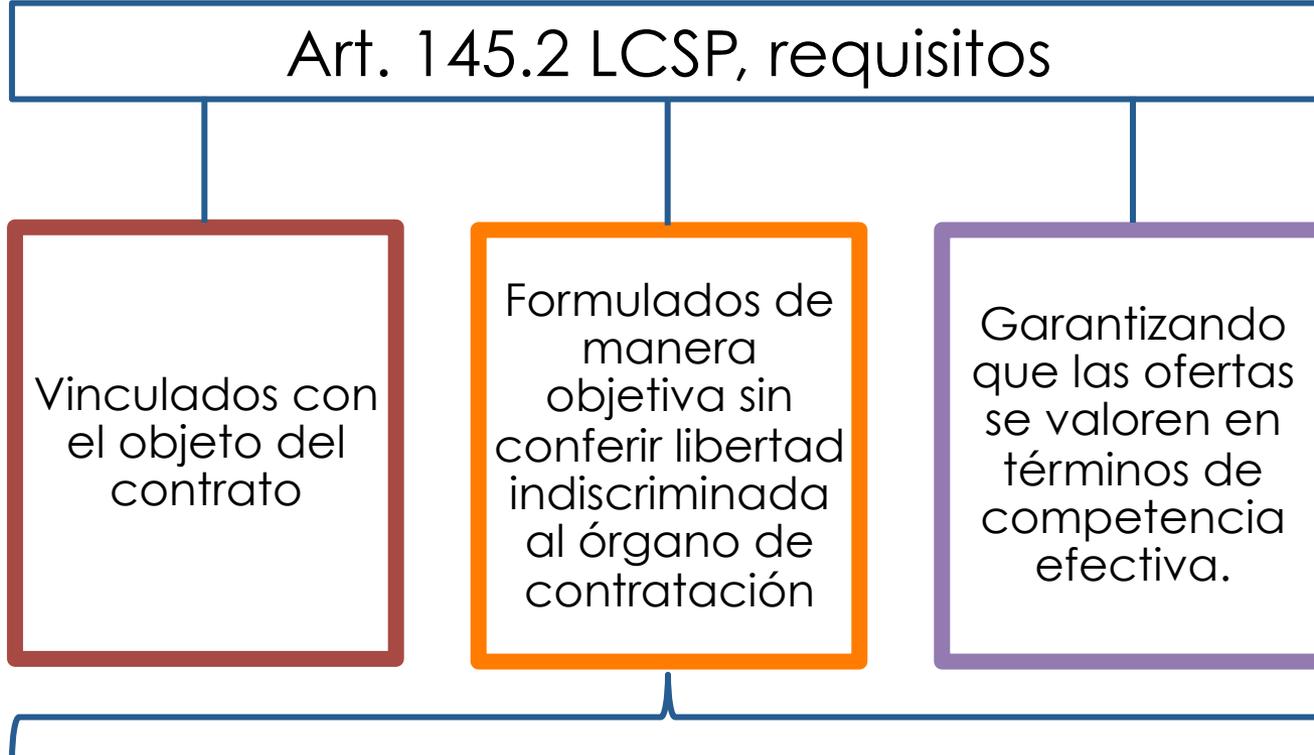
No referencias sociales sobre solvencia

La solvencia exigida debe estar vinculada con objeto del contrato

# Prohibiciones de contratar “sociales” (art. 71)



# Criterios de adjudicación



## PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN ENTRE LAS EMPRESAS

- Arraigo territorial
- Tributación en un lugar determinado
- Valoración de la experiencia previa, con la única excepción de que la experiencia resulte relevante a efectos de la ejecución de la prestación contratada (vid. Informe JCCSP 108/2018 y resolución TCRC 803/2019). En caso de subrogación, el personal subrogado computaría (vid reso. TCRC 1131/2019)

## Criterios: vinculación con objeto

Dvas. 2014 y LCSP 2017 incluyen los aspectos sociales.

No obligatorios por Ley (Acuerdo 67/2018 Tribunal Aragón).

Vinculados a la prestación del contrato si referidos a cualquier fase del ciclo de vida del servicio/producto

No incidir en política general de responsabilidad social de la empresa

Según TCRC un criterio está vinculado si puede evaluar en relación con el nivel de rendimiento del contrato tal y como está definido en los Pliegos (TACRC reso 235/2019)

# Vinculación con el contrato



## CRITERIOS NO ADMISIBLES

Cualidades de la empresa

Plan de Igualdad en la empresa (TCRC 660/2018; 338/2019 y 719/2019)

50% de mujeres en plantilla (TCRC 660/2018)

No aporta valor al contrato (!)

Mujeres en equipo de ejecución (Tribunal Navarra 45/2016)

Mujeres en dirección servicio (TCRC 378/2019)

Medidas de conciliación (TCRC 235 y 679/2019)

Empleo de discapacitados en contrato (TCRC 378/2019)

No se puede acreditar

Subcontratación personas colectivo LGTBI (T. Galicia 67/2018)

# Valoración de certificados de calidad

## “REFORMULACIÓN” DOCTRINA TCRC



### ADMISIBLES SÓLO SI

Vinculados con el objeto del contrato, cuando se integre en la prestación contratada, es decir debe venir referida al producto o servicio objeto del contrato (TCRC 456 y 1102/2019)



### DIFICULTADES PRÁCTICAS

¿Cómo se acredita el certificado previo a la adjudicación?

¿Qué ocurre si una vez adjudicado no se acredita?



### NO ADMISIBLES SI

Se refieren a la empresa en su conjunto pero carecen de relación con el objeto del contrato, por ejemplo:

Distintivo de igualdad (TCRC 388 y 811/2018)

Adhesión a Estrategia Empleo Juvenil (TCRC 811/2018)

Certificados de seguridad y salud en el trabajo (TCRC 996/2019).

## Criterios de adjudicación: valoración

Necesidad de ponderación (si criterio social, peso deberá ser proporcionado)

Precio no puede ser único criterio en contratos de “mano de obra intensiva” (art. 145.3 LCSP)

Servicios de limpieza o portería (resol. 702; 738 y 1048/2018)

Oferta baja: exclusión si incumplimiento normas laborales (art. 149.4 LCSP)

La adjudicación condiciona posibles modificaciones del contrato

## Criterios de desempate (art. 147)

Criterios de preferencia solo en caso de igualdad de ofertas

Escasa virtualidad práctica

Criterios voluntarios, deben estar relacionados con el objeto del contrato

La documentación necesaria para resolver el empate se debe requerir tras su constatación

# Criterios de desempate

## CRITERIOS DE DESEMPATE (art. 147 LCSP)

### VOLUNTARIOS VÍA PCAP

- a) % trabajadores discapacidad > normativa
- b) empresas de inserción
- c) empresas sin ánimo de lucro
- d) organizaciones de comercio justo
- e) medidas que favorezcan igualdad oportunidades

### EN DEFECTO DE PCAP

- a) mayor nº trabajadores discapacidad o exclusión
- b) menor % de contratos temporales
- c) mayor % de mujeres empleadas
- d) sorteo

## Reserva de contratos (Disp. Ad. 4ª)

La DA 48ª establece una reserva voluntaria para contratos de servicios sociales, culturales y de salud

Restricción a la licitación por razón de la naturaleza de las empresas

Obligación de reservar % mínimos de reserva a participar en determinados contratos

Reserva fijada por acuerdo

A favor de Empresas de Inserción y Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social

Aún sin acuerdo previo se puede ejercer la reserva (JC Aragón 19/2018)

La exclusión de los CEE de iniciativa empresarial no es contraria a la legislación comunitaria (Reso TCRC 860/2018)

No cabe extender la reserva a CEE de iniciativa empresarial (Reso TCRC 510/2019).

## Condiciones especiales de ejecución

Art. 201 LCSP garantía de cumplimiento normativa laboral, medioambiental...

Art. 202 LCSP obligación de condiciones especiales de ejecución (innovación, medioambiental y social)

Requisitos: publicidad, no discriminación y vinculadas con prestación contrato

Se incorporan al contenido contractual con independencia de lo ofertado

Obligatorias en todo contrato (Inf. JCCSP 28/2018)

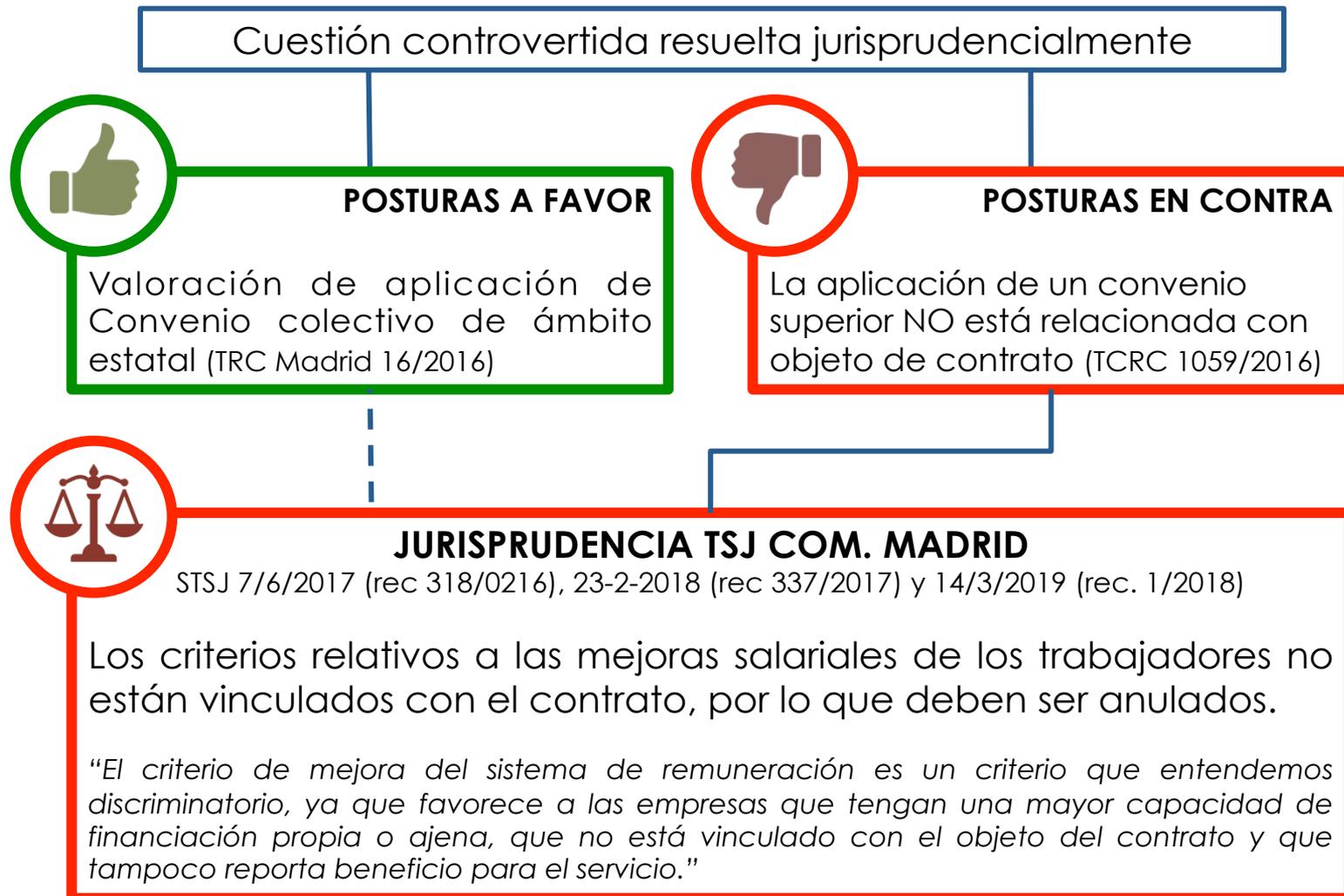
No necesariamente sociales (T. Madrid reso 285/2018)

No deben reiterar obligaciones legales (OA País Vasco 64/2017)

Establecidas caso por caso y con claridad (TCRC 1071/18)

No pueden imponer conductas en el mercado ajenas al contrato (TCRC 1065/2017)





# Mejoras salariales y contratación pública (2)

RESO TACRC 1116/2019

Si una **empresa** parte desde un principio con unas **condiciones salariales mejores** que las del convenio respecto de otra empresa, el esfuerzo para mejorar las condiciones salariales según el criterio impugnado será mayor en la oferta de esta última empresa

RESO TACRC 1071/2018

La imposición de un salario mínimo vía condición especial de ejecución es **discriminatoria** salvo si esa condición está establecida como **obligatoria y general** en una norma legal o un convenio colectivo declarado de aplicación para todo el sector de actividad.

RESO TACRC 344/2019

El incremento de salario aunque beneficia a los trabajadores **no influye en la calidad final** de la prestación contratada.

RESO TACRC 235/2019

Las mejoras salariales **no mejoran el rendimiento del contrato** ni contribuyen a la mejor ejecución del servicio o el mejor valor de la oferta. El pago de mayores retribuciones **no es útil** a los efectos de **evaluar** la relación calidad precio (...) Retribución justa es la que proceda legalmente según convenio

RESO TACRC 235/2019

Mejores salarios **no equivalen a mejores servicios** en términos de rendimiento definido en el PPT.



# Subrogación de trabajadores

Pliegos, función informativa u orientadora si viene impuesta legal o convencionalmente, sin imponer en ningún caso la obligación de subrogación (TACRC 779/2019)

A diferencia de art. 100.2 no es preciso desagregación por género (TACRC 1164/19)

## **Artículo 130.** *Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo.*

1. Cuando una **norma legal** un **convenio colectivo** o un **acuerdo de negociación colectiva de eficacia general**, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación (...)

Es decisión del adjudicatario asumir el personal o incorporar su propio equipo e indemnizar (TACRC 1156/2018)



ADEMÁS...

- Acción directa en caso de impagos
- Subrogación si reversión de servicios



### ¿QUÉ OCURRE SI HABIENDO SUBROGACIÓN SE REDUCE EL SERVICIO?

Al definir las condiciones la Administración no está vinculada por los contratos anteriores y en tales casos el adjudicatario puede optar por despedir o por asignarles otras funciones. En casos de despido, los costes indemnizatorios serán asumidos por el adjudicatario, sin que puedan formar parte del precio (TACRC 156/2019)

# Otras cuestiones laborales: doctrina órg. recursos



TCRC 1071/2018

El cumplimiento de **obligaciones tributarias** NO se puede configurar como condición especial de ejecución, porque no refiere a la ejecución del contrato



TCRC 879/2019

La contratación de personas con **dificultades de inserción** en el mercado laboral SÍ puede ser condición especial de ejecución



TCRC 378/2019

Contratar **discapacitados** para la ejecución del contrato SÍ puede ser condición especial ejecución



TCRC 549/2019

Ofertar un precio unitario inferior al **precio/hora del convenio** NO supone incumplimiento a priori



Ac. TRCyL 6/2018

Valorar que el servicio se ejecute por **voluntarios** es contrario a la libre competencia



TCRC 932/2019

En un contrato de suministro NO cabe establecer como condición especial de ejecución medidas de **prevención de riesgos laborales**



TCRC 722 y 933/2019

El tiempo de trabajo que se fije en el Pliego no vulnera la **jornada** laboral pactada en el convenio. Exigir la prestación del contrato por tiempo superior a la jornada máxima no supone incumplimiento del convenio

## Control y seguimiento del contrato

La efectividad de la incorporación de cláusulas sociales depende del control

Afección en la eficiencia del gasto y en la consecución de los objetivos

Incumplimiento condiciones equivale a incumplimiento contrato

Importancia del diseño

No puede depender del contratista

# Un caso práctico



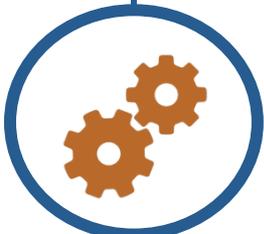
## 2012: LICITACIÓN

Entre los criterios de adjudicación se prevé la contratación de trabajadores desempleados



## 2013: ADJUDICACIÓN

La empresa adjudicataria había obtenido la máxima puntuación en el criterio contratación desempleados



## 2013-2015: EJECUCIÓN

El servicio se presta con “normalidad”. Nadie se preocupa en controlar las altas de nuevo personal



## 2015: LIQUIDACIÓN

La Intervención formula reparos por no acreditarse el cumplimiento de las condiciones del contrato

# Control de la ejecución



## ¿CÓMO?

Necesidad de vinculación con el objeto del contrato

Importancia de la acreditación documental

Determinación de indicadores de cumplimiento y criterios de verificación

Alcance temporal de las condiciones que se establezcan



## ¿QUIÉN?

Amplio margen de discrecionalidad.  
Posibles alternativas:

- 1.- Asignación a responsable (p.ej. director de obra).
- 2.- Unidades admvas. específicas en la organización
- 3.- Prestación por terceros especialistas de confianza a través de un contrato servicios

EL IMPACTO DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES DEPENDE DE SU CONTROL

# El control de cláusulas sociales por terceros



## PROFESIONALIZACIÓN

Incorporación de perfiles especializados aportando valor al contrato desde diseño hasta evaluación



## NO ES UNA PRÁCTICA NOVEDOSA

Ejemplos análogos de figuras de control (correduría de seguros, control de calidad en obras y servicios)



## INDEPENDENCIA DEL CONTRATISTA

El control recae en una figura “confiable”. Necesario respeto a las reglas sobre incompatibilidad



## AHORRO DE COSTES EN PERSONAL

Se ahorra costes de formación, permite centrarse en su trabajo y evita restricciones incorporación

# Problemas en la aplicación



## TÉCNICOS DE LA ADMÓN

Dificultad de implantación por escasez de medios (sobrecarga de trabajo)

Carencia de recursos formativos y modelos efectivos

Necesidad de cambio de verificación y control

Dependencia del voluntarismo



## EMPRESA

Falta de seguimiento por la Admón. No efectividad

Proclamaciones de intenciones sin exigibilidad real

Desventaja para las PYMES (requisitos que se exigen en relación con el volumen del contrato y el tamaño de las empresas)



## SINDICATOS y 3er SECTOR

Demanda de mayor compromiso que generalice su utilización

La eficacia del sistema depende de su diseño

Necesidad de que el sistema responda a una planificación en torno a objetivos

*Fuente: Consejo Económico y Social, Región de Murcia*

# Propuestas de mejora



## MEJORA DEL MARCO REGULATORIO

Aclarar las obligaciones sobre cláusulas sociales para rebajar la conflictividad y la inseguridad jurídica



## SIMPLIFICACIÓN

La normativa debe adaptarse a las necesidades de las Entidades Locales de menor tamaño y PYMES



## PROFESIONALIZACIÓN

El cambio de paradigma obliga a formar perfiles especializados con visión integradora del Derecho



## SISTEMA ORIENTADO AL IMPACTO

Superar la visión formalista de las cláusulas sociales por una que mida el alcance real de los objetivos

# Conclusiones



## CARÁCTER OBLIGATORIO

Las cláusulas sociales no son un artificio decorativo sino un elemento propio de cualquier contratación



## PLENOS EFECTOS JURÍDICOS

Las cláusulas sociales se incorporan al contrato en los términos de otras condiciones como precio o plazo



## IMPORTANCIA DEL DISEÑO

La fase de preparación del contrato debe anticipar cualquier eventualidad respecto las cláusulas sociales



## NECESIDAD DE CONTROL

El impacto de las cláusulas sociales y el cumplimiento de los contratos depende de los sistemas de control

**MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN**

**eduardo.pozo@castello.es**