

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte: Informe 7/2015

INFORME 7/2015 DE 15 DE NOVEMBRE DE 2015. POSSIBILITAT D'INTRODUIR EN ELS PLECS DE CLÀUSULES ADMINISTRATIVES PARTICULARS DISPOSICIONS QUE EQUIPAREN LES PERCEPCIONS ECONÒMIQUES DELS TREBALLADORS QUE EXERCISQUEN LA MATEIXA ACTIVITAT EN CONTRACTACIÓ PER LOTS. POSSIBILITAT D'INTRODUIR-HI UNA CLÀUSULA QUE IMPEDISCA MINORAR UNILATERALMENT LES CONDICIONS DE TREBALL QUE, EN MATÈRIA DE JORNADA I SALARI S'HAGEN PREVIST EN EL CONVENI COL·LECTIU QUE SIGA APLICABLE EN PRESENTAR-SE L'OFERTA.

ANTECEDENTS

En data 2 de juliol de 2015 ha tingut entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de la Universitat de València, per mitjà del qual formula consulta que diu literalment:

"De conformitat amb el que preveu l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, s'interessa l'informe d'aqueixa Junta Superior de Contractació Administrativa sobre les dos qüestions que a continuació es plantegen:

La Universitat de València té previst promoure la licitació de distints contractes de serveis, en estar pròxima la finalització de la seua vigència. Aquests contractes seran dividits en lots, de manera que és previsible que un mateix contracte siga adjudicat a diferents empreses, i per consegüent es donarà la circumstància que treballadors amb la mateixa tasca tindran distintes percepcions econòmiques, depenent de qui haja sigut l'empresa adjudicatària i del lot i l'oferta realitzada per aquesta.

Partint d'aquesta situació, es plantegen dos qüestions:

1.- Una primera relativa a la possibilitat d'introduir en els plecs de clàusules administratives particulars disposicions que equiparen les percepcions econòmiques dels treballadors que exercisquen la mateixa activitat, però en diferents lots, basant-se en el principi de llibertat de pactes que el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic estableix en l'article 25. Es planteja el dubte sobre si el seu contingut poguera excedir l'àmbit propi dels plecs de clàusules administratives particulars, en sobrepassar l'àmbit subjectiu dels contractes administratius, reguladors de les relacions entre l'Administració i l'adjudicatari.

2.- D'altra banda, i també basant-se en el principi de llibertat de pactes, es planteja la possibilitat d'introduir en els plecs una clàusula amb el contingut següent:

"Durant tot el període d'execució del contracte, l'empresa contractista està obligada a no minorar unilateralment les condicions de treball que, en matèria de jornada i salari s'hagen previst en el Conveni Col·lectiu que siga aplicable al presentar-se l'oferta, així com a incloure qualsevol millora sobre la legislació laboral bàsica que corresponguen en cada moment als treballadors adscrits al contracte, excepte acord

explícit entre l'empresa i els representants dels treballadors".

Es considera que això seria possible, en virtut de l'article 118 del Text refós, al tractar-se d'una condició d'execució de tipus social de les previstes en aquest article.

Juan Luis Gandia Cabedo

Vicerector d'Economia i Infraestructures

Òrgan de Contractació per delegació del rector de 3 d'octubre de 2014. DOCV núm. 7378/10,10,2014"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Les qüestions formulades en la consulta de la Universitat tenen en comú plantejar si, emparant-se en la llibertat de pactes permesa en els contractes del sector públic, poden establir-se condicions especials d'execució d'un contracte, relatives a les relacions laborals de l'adjudicatari amb els seus treballadors, que no responen estrictament a l'objecte del contracte ni estan dirigides a la satisfacció de les necessitats del poder adjudicador o a la consecució dels seus propis fins institucionals.

En relació amb l'esmentada llibertat de pactes l'article 25.1 del Text Refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat per Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, (d'ara en avant TRLCSP) estableix que en aquests contractes *"podran incloure's qualssevol pactes, clàusules i condicions, sempre que no siguin contraris a l'interés públic, a l'ordenament jurídic i als principis de bona administració"*. I, per la seua banda, l'article 115.2 estableix que és en els plecs de clàusules administratives particulars on hauran d'incloure's els pactes i les condicions definidors dels drets i obligacions de les parts del contracte, així com les altres mencions requerides per la llei i les seues normes de desplegament.

El mateix article 25 del TRLCSP estableix que la llibertat de pactes a què es refereix ha d'exercir-se, entre altres, dins dels límits establits per l'ordenament jurídic, la qual cosa en primer lloc obliga a tindre en compte que la seua aplicació ha d'emmarcar-se en les normes i principis establits per la mateixa Llei de Contractes del Sector Públic i les seues normes de desplegament. D'altra banda, encara que la consulta de la Universitat només ho planteja en la segona qüestió de les formulades, ha de tindre's en compte també el que disposa l'article 118 del TRLCSP, norma de caràcter bàsic que, respecte a les condicions especials d'execució del contracte, estableix el següent:

"Article 118. Condicions especials d'execució del contracte.

1. Els òrgans de contractació podran establir condicions especials en relació amb l'execució del contracte, sempre que siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquen en l'anunci de licitació i en el plec o en el contracte. Aquestes condicions d'execució podran referir-se, en especial, a consideracions de tipus mediambiental o a consideracions de tipus social, a fi de promoure l'ocupació de persones amb dificultats particulars d'inserció en el mercat laboral, eliminar les desigualtats entre l'home i la dona en el mencionat mercat, combatre la desocupació, afavorir la formació en el lloc de treball, o altres finalitats que s'establisquen amb referència a l'estratègia coordinada per a l'ocupació, definida en l'article 145 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea, o garantir el respecte als drets laborals bàsics al llarg de la cadena de producció per mitjà de l'exigència del compliment de les convencions fonamentals de l'Organització Internacional del Treball.

2. Els plecs o el contracte podran establir penalitats, d'acord amb el que estableix l'article 212.1, per al cas d'incompliment d'aquestes condicions especials d'execució, o atribuir-los el caràcter d'obligacions contractuals essencials als efectes assenyalats en l'article 223.f). Quan l'incompliment d'aquestes condicions no es tipifique com a causa de resolució del contracte, aquest podrà ser considerat en els plecs o en el contracte, en els termes que s'establisquen reglamentàriament, com infracció greu als efectes establits en

l'article 60.2.e)."

Com pot observar-se, una lectura atenta del precepte anterior permet posar de manifest que les consideracions de tipus social a què aquest es refereix poc o res tenen a veure amb les possibles condicions d'execució objecte de la consulta de la Universitat, ja que aquestes últimes no responen a cap dels fins enumerats en l'apartat 1 de l'esmentat article 118 del TRLCSP. Equiparar les percepcions dels treballadors perquè exercisquen una mateixa activitat en diferents lots (i davall diferents contractes o per a diferents contractistes?), prescindint del cúmul de circumstàncies que poden justificar una retribució diferent, o obligar que l'empresa contractista no pugui modificar la jornada i salari dels seus treballadors, inclús encara que canviaren les condicions pactades en el conveni col·lectiu aplicable, serien en ambdós casos condicions especials d'execució que no s'ajusten al que preveu l'esmentat article perquè no són anàlogues a les que persegueixen promoure l'ocupació de persones amb especials dificultats d'inserció laboral, no contribueixen a eliminar les desigualtats de l'home i la dona en el mercat laboral, no serveixen per a combatre la desocupació ni afavoreixen la formació en el lloc de treball, no responen al que estableix l'article 145 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea¹ i tampoc garanteixen els drets bàsics establits en la legislació laboral i de seguretat social on es compleixen les convencions de l'OIT adoptades fins al moment².

Descartada la possibilitat de considerar les clàusules socials de les previstes en l'article 118 del TRLCSP procedeix, doncs, analitzar la compatibilitat de cada una de les possibles disposicions contractuals sotmeses a consulta per la Universitat amb el que disposa l'article 25 del TRLCSP.

En el cas de la primera qüestió plantejada, relativa a establir clàusules en els plecs que obliguen a equiparar les percepcions econòmiques dels treballadors que exercisquen la mateixa activitat però en diferents lots, ha d'advertir-se, abans que res, que aquesta mesura suposa efectivament intervingre en les relacions laborals de l'adjudicatari del contracte de què es tracte amb els seus treballadors o col·laboradors, açò és, amb terceres persones amb què pot tindre contractes laborals o altres negocis jurídics a l'empara de la legislació laboral o mercantil que podrien veure's afectats per aquesta imposició, la qual cosa excedeix de l'àmbit de la contractació del sector públic, no està expressament emparat en la legislació de contractes del sector públic i s'allunya especialment de la finalitat d'aquests últims, que no és una altra que la de satisfer necessitats per al compliment i realització dels fins institucionals de l'entitat contractant, a aquest únic efecte ha de determinar-se el seu contingut tal com estableixen els articles 1 i 22 del TRLCSP, sense atendre altres motius que li són impropis i la satisfacció dels quals no està expressament permesa o emparada per la legislació de contractes.

En segon lloc, cal assenyalar que la mesura no respon tampoc a principis de bona administració com així ho exigeix l'article 25 del TRLCSP. Des d'aquest punt de vista, l'activitat no té per què ser l'únic factor determinant de les retribucions i tant la normativa laboral com nombrosos règims retributius, producte o no de la negociació col·lectiva, preveuen altres factors com ara l'antiguitat en l'empresa, la formació, l'experiència prèvia, la productivitat del treballador o la diligència i seguretat demostrades en l'exercici de

1 L'article 145 del Tractat de Funcionament de la UE (versió consolidada) estableix: "Els estats membres i la Unió s'esforçaran, de conformitat amb el present títol, per desenvolupar una estratègia coordinada per a l'ocupació, en particular per a potenciar una mà d'obra qualificada, formada i adaptable i mercats laborals amb capacitat de resposta al canvi econòmic, amb vista a aconseguir els objectius definits en l'article 3 del Tractat de la Unió Europea."

2 Fins al moment de redactar el present informe s'han adoptat per l'OIT 189 convencions, l'última d'elles en 2011, sobre el treball domèstic, i que, per exemple, van des dels límits a la jornada de treball i el dret a descans fins a les que insten els estats a adoptar mesures urgents per a impedir les pitjors formes de treball infantil o exigeixen la seua abolició, passant per moltes altres com ara la que exigeix equitat per a homes i dones en treball del mateix valor, la que proclama el dret a sindicat-se i a la llibertat sindical, la relativa a eliminar la discriminació per raons de raça, color, sexe, religió, opinió política, extracció nacional o origen social, la que exigeix el dret a la salut i seguretat en el treball, etc. Espanya és membre de l'OIT i totes elles es troben reflectides o incorporades a l'ordenament jurídic espanyol o constitueixen matèries dels convenis col·lectius.

les funcions encomanades, com a causes que justifiquen que dos treballadors que exerceixen una mateixa activitat perceben retribucions distintes a causa de les diferents circumstàncies que concorren en cada un. A més, resulta difícil de delimitar la qüestió plantejada en la consulta quan s'indica que es tractaria de treballadors que exerceixen una mateixa activitat però en diferents lots. Podria suposar-se que aquesta qüestió es refereix exclusivament a contractes de serveis les prestacions dels quals consistisquen precisament en el desenvolupament d'una activitat durant un temps determinat (per exemple, serveis de neteja), el que exclou tots la resta de tipus de contractes compresos en l'àmbit d'aplicació de la Llei de Contractes del Sector Públic i també els contractes de serveis l'objecte dels quals el constitueix el resultat d'uns treballs, com per exemple la redacció d'un projecte, i no la realització d'una activitat. No obstant això, quan es tracta d'una contractació per lots (per exemple, els serveis de neteja de diferents edificis on la de cada edifici constitueix un lot) pot ocórrer que resulten diversos adjudicataris i que cada adjudicatari ho siga d'un o més lots, i en aquest cas caldria preguntar-se com es pot dur a terme la pretesa equiparació de retribucions entre personal de diferents contractistes si no és establint les esmentades retribucions en el plec i, per tant, limitant la llibertat dels licitadors per a oferir.

Les relacions de l'adjudicatari amb els seus treballadors en règim laboral es regeixen per la seua legislació específicament aplicable, principalment l'Estatut dels Treballadors en el cas de les relacions laborals sotmeses al dret espanyol, i pel que estableixen els respectius contractes subscrits d'acord amb aquest marc normatiu. Tant empresari com treballadors es troben obligats al compliment de la legislació laboral fins i tot encara que el plec d'un contracte administratiu en concret no establira l'esmentada obligació. Així, per exemple, l'article 28 de l'ET prohibeix la discriminació per raó de sexe i disposa que l'empresari està obligat a pagar per la prestació d'un treball del mateix valor la mateixa retribució, satisfeta directament o indirectament, i siga quina siga la naturalesa d'aquesta, salarial o extrasalarial, sense que pugui produir-se cap discriminació per aquest motiu. Igualment, els articles 22 i 24 remeten als convenis col·lectius o, si no n'hi ha, a l'acord entre l'empresa i els representants dels treballadors, per a l'establiment del sistema de classificació professional dels treballadors i el seu ascens o promoció que haurà de fer-se tenint en compte la formació, els mèrits, l'antiguitat del treballador, així com les facultats organitzatives de l'empresari, i, concretament, l'apartat 24.2 estableix, a més, que "els ascensos i la promoció professional en l'empresa s'ajustaran a criteris i sistemes que tinguen com a objectiu garantir l'absència de discriminació directa o indirecta entre dones i hòmens, i podran establir-se mesures d'acció positiva dirigides a eliminar o compensar situacions de discriminació". En conseqüència, està fora de lloc plantejar en el plec de clàusules administratives particulars de qualsevol contracte cap disposició que no s'ajuste a les normes esmentades i, si de cas, a establir la que recorda que l'adjudicatari està obligat a complir el que estableixen les normes de caràcter laboral i la seguretat social, així com si és el cas el conveni col·lectiu que resulte aplicable i, si es considerara necessari o convenient per l'òrgan de contractació, declarar el caràcter essencial de l'esmentada obligació, la qual cosa sí que pertany a l'àmbit regulador dels plecs d'acord amb el que estableix l'article 223 del TRLCSP.

A anàloga conclusió s'arriba respecte de la segona qüestió plantejada en la consulta formulada per la Universitat de València. En aquest cas es planteja la possibilitat d'obligar l'adjudicatari a mantindre -*no minorar*, segons la consulta- durant tot el període d'execució del contracte les condicions de jornada i salari dels treballadors que estigueren previstes en el Conveni col·lectiu vigent en el moment de presentar-se l'oferta, així com a incloure-hi qualsevol millora "sobre la legislació laboral bàsica" que corresponga en cada moment als treballadors adscrits al contracte, llevat que empresa i treballadors acorden expressament una altra cosa. Igual que el cas anterior, per mitjà d'una disposició d'aquesta índole el plec estaria imposant, sense cobertura legal, unes condicions laborals que correspon al contractista negociar i acordar amb tercers que no són part en el contracte administratiu, que es troben ja regulades en la legislació laboral i que, almenys en la consulta, no es justifiquen per les necessitats que es pretenen satisfer amb el contracte ni responen als fins institucionals que són propis de la Universitat.

Concretament, una disposició com la que és objecte de consulta, en imposar l'obligació del contractista de mantindre en tot cas les condicions de jornada i salari previstes en un conveni col·lectiu vigent en un

moment anterior a l'adjudicació del contracte, contravindria el que disposa l'article 41 de l'Estatut dels Treballadors, que estableix la possibilitat de modificar les condicions de treball en determinades circumstàncies i regula detalladament la qüestió del procediment per mitjà, entre altres, de les normes següents:

"Article 41. Modificacions substancials de condicions de treball.

1. La direcció de l'empresa podrà acordar modificacions substancials de les condicions de treball quan hi haja provades raons econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció. Es consideraren tals les que estiguen relacionades amb la competitivitat, productivitat o organització tècnica o del treball en l'empresa.

Tindran la consideració de modificacions substancials de les condicions de treball, entre altres, les que afecten les matèries següents:

a) Jornada de treball.

b) Horari i distribució del temps de treball.

c) Règim de treball a torns.

d) Sistema de remuneració i quantia salarial.

e) Sistema de treball i rendiment.

f) Funcions, quan excedisquen dels límits que per a la mobilitat funcional preveu l'article 39 d'aquesta llei.

2. Les modificacions substancials de les condicions de treball podran afectar les condicions reconegudes als treballadors en el contracte de treball, en acords o pactes col·lectius o gaudides per aquests en virtut d'una decisió unilateral de l'empresari d'efectes col·lectius.

(...)

3. La decisió de modificació substancial de condicions de treball de caràcter individual haurà de ser notificada per l'empresari al treballador afectat i als seus representants legals amb una antelació mínima de 15 dies a la data de la seua efectivitat.

En els supòsits previstos en els paràgrafs a), b), c), d) i f) de l'apartat 1 d'aquest article, si el treballador resulta perjudicat per la modificació substancial tindrà dret a rescindir el seu contracte i percebre una indemnització de 20 dies de salari per any de servei prorratejant-se per mesos els períodes inferiors a un any i amb un màxim de nou mesos.

Sense perjudi de l'executivitat de la modificació en el termini d'efectivitat anteriorment mencionat, el treballador que no havent optat per la rescissió del seu contracte es mostre disconforme amb la decisió empresarial podrà impugnar-la davant de la jurisdicció social. La sentència declararà la modificació justificada o injustificada i, en aquest últim cas, reconeixerà el dret del treballador a ser reposat en les seues anteriors condicions.

(...)

4. Sense perjudi dels procediments específics que puguen establir-se en la negociació col·lectiva, la decisió de modificació substancial de condicions de treball de caràcter col·lectiu haurà d'anar precedida d'un període de consultes amb els representants legals dels treballadors, de duració no superior a quinze dies, que

versarà sobre les causes motivadores de la decisió empresarial i la possibilitat d'evitar o reduir els seus efectes, així com sobre les mesures necessàries per a atenuar les seues conseqüències per als treballadors afectats.

(...)

Quan el període de consultes finalitze amb acord es presumirà que concorren les causes justificatives a què al·ludeix l'apartat 1 i només podrà ser impugnat davant de la jurisdicció competent per l'existència de frau, dol, coacció o abús de dret en la seua conclusió. Això sense perjudi del dret dels treballadors afectats a exercitar l'opció prevista en el paràgraf segon de l'apartat 3 d'aquest article.

(...)

6. La modificació de les condicions de treball establides en els convenis col·lectius regulats en el títol III de la present llei haurà de realitzar-se d'acord amb el que estableix l'article 82.3.

(...)"

D'altra banda, pel que fa als convenis col·lectius, cal tindre en compte, a més, que l'article 84.2 de l'ET estableix que la regulació de les condicions de treball establides per mitjà d'un conveni d'empresa, *que podrà negociar-se en qualsevol moment de la vigència de convenis col·lectius d'àmbit superior*, tindrà prioritat aplicativa respecte del conveni sectorial estatal, autonòmic o d'àmbit inferior, entre altres, en les matèries relatives a la quantia del salari base i dels complements salarials, inclosos els vinculats a la situació i resultats de l'empresa; l'abonament o la compensació de les hores extraordinàries i la retribució específica del treball a torns; l'horari, la distribució del temps de treball i el règim de treball a torns, i l'adaptació a l'àmbit de l'empresa del sistema de classificació professional dels treballadors i dels aspectes de les modalitats de contractació.

Com pot deduir-se dels preceptes anteriors, una disposició com la plantejada en la segona qüestió formulada en la consulta de la Universitat pretendria, precisament, limitar o impedir l'aplicabilitat dels esmentats preceptes imposant, durant tot el temps que durara l'execució del contracte administratiu de serveis, la permanència o inamovibilitat d'unes condicions de jornada i salarials establides en un conveni preexistent al dit contracte administratiu, la qual cosa evidentment aniria en contra del que disposa l'ordenament jurídic laboral.

Finalment, en un altre ordre de coses, cal advertir que les disposicions objecte de la consulta poden afectar la lliure prestació de serveis establida en el Tractat de Funcionament de la Unió Europea i convé recordar que les qüestions de la compatibilitat amb el dret comunitari de les clàusules que en els contractes del sector públic imposen obligacions relatives a les condicions de treball van ser, entre altres, tractades ja fa anys en la Comunicació Interpretativa de la Comissió Europea de 15 d'octubre de 2001 (COM 2001/566), sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitats d'integrar aspectes socials en els esmentats contractes. En aquesta es va posar de manifest l'ampli ventall de possibilitats que, sense estar expressament arrellegats en les directives comunitàries en matèria de contractació vigents en aquell moment, sí que podien considerar-se compatibles amb el dret comunitari i que en gran manera es troben, actualment i en el nostre cas, incorporades en la vigent Llei de Contractes del Sector Públic, especialment, en preceptes com ara el referit article 118 del TRLCSP, pel que fa a condicions especials d'execució del contracte; en l'article 150, pel que afecta els criteris d'adjudicació; en els articles 76 a 79 i 81 pel que fa a requisits de solvència mediambiental dels licitadors, o en les disposicions quarta i quinta pel que fa a la contractació amb empreses que ocupen persones amb discapacitat, o en situació d'exclusió social, i a la contractació amb entitats sense ànim de lucre o amb centres especials d'ocupació.

En relació amb les condicions laborals en l'execució dels contractes i la seua compatibilitat amb el dret europeu, la Comissió, va tindre en compte també la jurisprudència del TJUE i va destacar el següent:

Abans que res, cal recordar que, encara que les directives sobre contractes públics no continguen cap disposició específica en aquest sentit, l'execució dels contractes públics ha d'atindre's plenament a totes les normes i disposicions, tant nacionals i internacionals com comunitàries, que siguin de compliment obligatori en l'àmbit social. Si és el cas, aquestes obligacions es mencionaran en l'anunci de contracte o en el plec de condicions. Les directives sobre contractes públics preveuen ja la possibilitat que els poders adjudicadors, per iniciativa pròpia o perquè així se'ls exigisca, mencionen en el plec de condicions d'un contracte l'autoritat o autoritats nacionals a què els licitadors podran dirigir-se per a obtenir l'oportuna informació sobre les obligacions relatives a les disposicions de protecció i a les condicions de treball que siguin de compliment obligatori en el lloc en què es realitzen les obres o en que es presten els serveis.

Entre aquestes obligacions figura, en concret, la de respectar les normes nacionals derivades de les directives comunitàries en matèria social. En l'àmbit dels contractes públics, són particularment pertinents les directives relatives a la protecció de la salut i seguretat dels treballadors, les referents al traspàs d'empreses i al desplaçament de treballadors (vegeu a continuació l'apartat 3.2.2.2), així com les recents directives en matèria d'igualtat de tracte.

Les esmentades obligacions poden, així mateix, derivar-se de determinats convenis de l'Organització Internacional del Treball (OIT). En el que respecta més concretament a les normes fonamentals del treball reconegudes a nivell internacional, els principis i drets fonamentals en el lloc de treball definits per l'OIT s'apliquen, com és obvi, íntegrament als Estats membres.

Les ofertes dels licitadors que no hagen tingut en compte les obligacions derivades de les disposicions de protecció i les condicions de treball indicades pel poder adjudicador en el plec de condicions no podran considerar-se conformes a aquest últim. D'altra banda, és probable que les ofertes dels licitadors que no hagen tingut en compte convenientment aquestes obligacions resulten anormalment baixes respecte a la prestació, i podran, si és el cas, desestimar-se per això.

(...)

Pel que fa a les normes nacionals, internacionals i comunitàries de compliment obligatori en matèria social, convé fer una distinció entre les situacions d'àmbit transfronterer i les altres situacions (que poden, en principi, considerar-se purament nacionals).

En una situació "nacional", els poders adjudicadors, els licitadors i els contractistes han de complir, com a mínim, totes les obligacions en matèria de protecció i condicions de treball, incloses les que vinguen determinades per drets col·lectius i individuals, que es deriven de la legislació laboral aplicable, de la jurisprudència i/o dels convenis col·lectius, sempre que aquests siguin compatibles amb la normativa comunitària i les normes i principis generals del dret comunitari, i en particular el principi d'igualtat de tracte i no discriminació.

En una situació transfronterera, els proveïdors de serveis hauran de satisfer bàsicament exigències justificades per motius imperiosos d'interés general vigents en el país d'acollida l'inventari d'aquestes normes ha sigut "comunitaritzat" per la Directiva 96 71/CE/sense (...), per això trencar el principi d'igualtat de tracte.

(...)

Atés que l'aplicació de les disposicions pertinents només és possible si aquestes són compatibles amb el dret comunitari, cal preguntar-se quins són els límits i restriccions que aquest imposa.

De la jurisprudència reiterada del Tribunal, resumida en la seua sentència Arblade, es desprén que l'article

49 (ex 59) del Tractat CE no sols exigeix que s'elimine qualsevol discriminació contra un proveïdor de serveis establert en un altre Estat membre per raó de la seua nacionalitat, sinó també que se suprimisca tota restricció, encara que s'aplique indistintament als proveïdors nacionals i els dels altres estats membres, si aquesta pot impedir, dificultar o fer menys atractives les activitats del proveïdor establert en un altre Estat membre, on presta legalment serveis anàlegs. D'altra banda, inclús en absència d'harmonització, la lliure prestació de serveis, com a principi fonamental del Tractat, només pot veure's limitada per normes justificades per motius imperiosos d'interés general que s'apliquen a qualsevol persona o empresa que exercisca una activitat en el territori de l'Estat membre d'acollida, en la mesura que aquest interés no quede salvaguardat per les normes a què estiga subjecte el proveïdor en l'Estat membre en què estiga establert. L'aplicació de les normes nacionals d'un Estat membre als proveïdors de serveis establerts en altres Estats membres ha de ser, així mateix, adequada per a garantir la consecució de l'objectiu que persegueixen, sense anar més enllà del que és necessari per a aconseguir-ho.

Entre els motius imperiosos d'interés general que el Tribunal ha reconegut ja figura, en concret, la protecció dels treballadors, inclosos els del sector de la construcció. Al contrari, les consideracions d'ordre purament administratiu no poden justificar que un Estat membre se sostraga a les normes del dret comunitari, especialment quan això porte a impedir o restringir l'exercici d'una de les llibertats fonamentals consagrades pel Dret comunitari. (...)

Excloure de la participació en un contracte públic una empresa establerta en un altre Estat membre que no haja subscrit el conveni col·lectiu vigent en el país del poder adjudicador en el sector corresponent, no sols seria, per tant, contrari a les directives sobre contractes públics, sinó que podria constituir, a més, una violació del principi de lliure prestació de serveis i, si és el cas, del dret d'establiment.

(...)

D'acord amb la jurisprudència del Tribunal, el dret comunitari no s'oposa que els estats membres facen extensiva la seua legislació o els convenis laborals col·lectius subscrits pels interlocutors socials, en particular en relació amb els sous mínims, a qualsevol persona que realitze un treball assalariat, inclús de caràcter temporal, en el seu territori, amb independència del país en què estiga establert l'ocupador.

Partint d'aquesta jurisprudència del Tribunal i de les disposicions pertinents del Conveni de Roma de 1980, la Directiva 96/71/CE, sobre el desplaçament de treballadors en el marc d'una prestació de serveis, està destinada a coordinar les legislacions dels estats membres, a fi de «comunitaritzar» les normes imperatives d'interés general i transformar les «possibilitats» dels estats membres en obligacions comunitàries en situacions d'àmbit transnacional. Aquest text comunitari pretén garantir a un temps les llibertats fonamentals del Tractat i la protecció dels treballadors, i oferir més seguretat jurídica a les empreses, com a proveïdors de serveis, i als treballadors desplaçats en el marc de la lliure prestació de serveis. Dins del dret laboral comunitari, aquest text aporta als treballadors una protecció considerable. Per a això, la directiva conté una llista comuna de normes de protecció mínima que han d'observar, en el país d'acollida, els empresaris que desplacen treballadors en les circumstàncies abans descrites. En el context de la contractació pública, la directiva permet, així mateix, garantir que s'apliquen les mateixes regles a tots els licitadors i oferir l'oportuna claredat jurídica quant als elements que han de prendre's en consideració al preparar les ofertes.

Aquest «nucli» de normes imperatives de protecció mínima es basa bé en disposicions legals, bé en convenis col·lectius declarats d'aplicació general (segons es defineixen en la directiva), i cobreix els aspectes següents:

- períodes màxims de treball i períodes mínims de descans;
- duració mínima de les vacances anuals retribuïdes;
- quanties de salari mínim;
- condicions de subministrament de mà d'obra (en particular per empreses de treball temporal);
- seguretat, salut i higiene en el treball;

*-mesures de protecció aplicables a les condicions de treball i ocupació de les dones embarassades o que hagen donat a llum recentment, dels xiquets i dels joves;
-igualtat de tracte entre hòmens i dones i altres disposicions en matèria de no discriminació.*

Cal assenyalar que, d'acord amb el que preveu la directiva, les normes fixades per convenis col·lectius declarats d'aplicació general són obligatòriament aplicables en el sector de la construcció. No obstant això, els estats membres poden fer extensiva la seua aplicació a altres sectors. Les normes derivades de disposicions legals s'apliquen a tots els sectors.

La directiva sobre el desplaçament de treballadors introdueix, per tant, una sèrie de «clàusules socials» en les relacions entre el proveïdor de serveis que realitza la seua activitat en un Estat membre i el destinatari de la prestació, que pot ser una entitat pública, situat en un altre Estat membre (Estat membre d'acollida). Tot proveïdor que envie els seus treballadors a l'Estat membre d'acollida ha de respectar un conjunt de prescripcions mínimes de dret laboral vigents en aqueix Estat.

En conseqüència, novament hem d'extraure la conclusió que en els procediments de contractació pública els poders adjudicadors han de limitar-se a exigir als adjudicataris el compliment de les normes vigents en material laboral o social dictades en l'Estat membre a què pertanyen i en les quals es regulen les relacions laborals i s'establisquen les mesures de protecció dels treballadors de forma compatible amb el dret comunitari el que, dit d'una altra forma, ha de presumir-se sempre que els tribunals de justícia no s'hagen pronunciat en sentit contrari respecte d'aquestes normes. En canvi, introduir en els plecs de clàusules administratives particulars que regeixen la contractació pública disposicions com les sotmeses a consulta per la Universitat, suposaria entrar a modificar la regulació establida en l'ordenament jurídic laboral i social -que en el cas espanyol ja arreplega totes les obligacions derivades dels tractats i de les convencions internacionals subscrietes per Espanya- i, a més, córrer el risc d'incórrer en una violació del principi de llibertat de prestació de serveis i igualtat de tracte establits en el dret de la UE.

CONCLUSIONS

PRIMERA. Les relacions de l'adjudicatari d'un contracte administratiu amb els seus treballadors en règim laboral es regeixen per la legislació específicament aplicable en l'esmentat règim, principalment l'Estatut dels Treballadors en el cas de les relacions laborals sotmeses al dret espanyol, així com pels convenis col·lectius que si és el cas siguen aplicables i pel que estableixen els respectius contractes subscrits d'acord amb aquest marc normatiu. En conseqüència, està fora de lloc i no és possible establir en els plecs de clàusules administratives que regeixen qualsevol contracte administratiu de serveis disposicions que pretenguen limitar, restringir o condicionar l'aplicació de l'esmentada legislació laboral i el contingut d'aquests contractes laborals, per excedir les facultats o prerrogatives que, en aquest tipus de contracte administratiu, atorga a l'Administració la legislació de contractes del sector públic.

SEGONA. Amb caràcter general, pot reiterar-se en els plecs de clàusules administratives l'obligació de l'adjudicatari d'un contracte administratiu de complir les obligacions establides en la legislació laboral i social que siga aplicable i, si així es considera convenient o necessari, pot també establir-se el caràcter essencial de l'esmentada obligació als efectes previstos en l'article 223 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic.

TERCERA. En particular, els plecs de clàusules administratives particulars poden també establir condicions especials d'execució del contracte de conformitat amb el que disposa l'article 118 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic i per a les finalitats en aquest detallades o per a finalitats anàlogues emparades per una llei.

El present Informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en aquest últim cas.

Vist i plau EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1 .a)
Orde d'11 de juny de 2001
DOGV 17/07/2001)

LA SECRETÀRIA

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA en data 13 de novembre de 2015.

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA