

Las empresas adjudicatarias de contratos públicos deberán aplicar el convenio del sector y no el de la empresa

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GA_P

Las condiciones laborales —especialmente, las salariales— aplicables en la adjudicación de contratos en el sector público han sido objeto de debate parlamentario. Finalmente, se ha impuesto la obligación de respetar las condiciones establecidas en el convenio del sector y no en el convenio «que resulte de aplicación» en la empresa adjudicataria. Se intenta evitar así una posible reducción en las condiciones laborales —particularmente, las salariales— en la adjudicación de contratos en el sector público.

1. En su sesión de 19 de octubre, el Congreso de los Diputados rechazó por 171 votos en contra y 164 votos a favor tres enmiendas introducidas en el Senado al Proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/12/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero del 2014.

Las tres enmiendas introducidas en el Senado se refieren, respectivamente, a los artículos 122.2, 149.4 y 202.2; en todos ellos se pretendía sustituir la referencia a los Convenios Colectivos sectoriales de aplicación por otra distinta, en concreto, al Convenio Colectivo «de aplicación», sin adjetivar si debía ser éste sectorial o empresarial. La razón aportada para la introducción de dicha modificación es la de alcanzar una redacción armonizada con lo dispuesto en el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores que, como es sabido, permite a las partes la elección del ámbito de aplicación del convenio pactado.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

La cuestión no es baladí, pues en buena parte de las empresas y tras las sucesivas reformas laborales de los últimos años, el Convenio Colectivo aplicable, atendiendo a las normas de prioridad aplicativa, es el de la empresa y no el del sector, o bien, como consecuencia del «des-cuelgue» —reglas de inaplicación—, las condiciones laborales son distintas —normalmente más desfavorables— en algunas empresas. Sin embargo, las enmiendas incluidas en la redacción del proyecto en el Senado han sido rechazadas definitivamente por el Congreso, por lo que prevalecerá la redacción inicial remitida por éste.

- 2 La redacción definitiva obligará pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 del proyecto de ley, a que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se introduzcan, entre otros aspectos, los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia y de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; y la previsión de cesión del contrato, salvo en los casos en que ésta no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1.

Pero, por lo que a la cuestión laboral interesa y además de la referencia general ya transcrita a las «consideraciones sociales y laborales», el adjudicatario deberá cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación (el Senado pretendía incluir un inciso distinto, en concreto, «la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo que sea de aplicación»). Conviene advertir que los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cláusulas que se consideran parte integrante de ellos.

3. Por su parte, el artículo 149 regula las ofertas anormalmente bajas. Y, así, en los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, sólo podrá excluirla del procedimiento de licitación si antes se ha tramitado el procedimiento establecido. En este sentido, la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación deberán identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo recogerse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal. En el caso de presentar ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo (en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio), para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad se tomará únicamente la que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurran en unión temporal.

La mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación, deberá requerir al licitador o licitadores que hubieren presentado estas ofertas para que, mediante la presentación de la información y de los documentos que resulten pertinentes, justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, costes o cualquier otro parámetro conforme al cual

se haya definido la anormalidad de la oferta. Pero de forma expresa la norma reconoce que los órganos de contratación deberán rechazar las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas, porque vulneran la normativa sobre subcontratación o porque no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluido el incumplimiento de los Convenios Colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201 —también aquí el Senado introdujo la referencia «al incumplimiento de los convenios colectivos aplicables vigentes»—.

No obstante, cuando una empresa incurra en presunción de anormalidad hubiere resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para efectuar un seguimiento pormenorizado de la ejecución de aquél con el objetivo de garantizar que no se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.

4. Finalmente, el artículo 202 del proyecto de ley regula las condiciones especiales de ejecución del contrato, entre otras, de carácter social (también ético, medioambiental o de otro orden). En atención a lo dispuesto por este precepto, los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estén vinculadas al objeto de éste en el sentido del artículo 145, que no sean directa o indirectamente discriminatorias, que sean compatibles con el derecho comunitario y que se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. En todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que enumera el apartado siguiente. Estas condiciones podrán referirse, en particular, a consideraciones de tipo económico, medioambiental, social o relacionadas con la innovación.

En este sentido, se indica que las consideraciones de tipo social o relativas al empleo podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social, mediante empresas de inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; fomentar la participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; impulsar la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los Convenios Colectivos sectoriales y territoriales aplicables —aunque el Senado se refiriera únicamente a los «Convenios Colectivos aplicables»—; adoptar medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea;

y garantizar el respeto de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables, tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

5. La explicación aportada para justificar la introducción de estas enmiendas en el Senado es que, comoquiera que se está tramitando paralelamente la reforma del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores para fijar un nuevo régimen laboral en materia de contrata y subcontratas, la norma que definitivamente se apruebe deberá resultar asimismo de aplicación en el contexto del sector público. Por lo tanto, la referencia del Senado al Convenio Colectivo aplicable permitiría una mejor adaptación a la citada reforma.

Pero este argumento no ha sido aceptado por la mayoría de los grupos parlamentarios en el Congreso y las iniciativas del Senado han sido rechazadas por diferentes razones. La primera, porque la ponencia que salía del Congreso había sido consensuada ya en un porcentaje muy alto del clausulado de la ley; la segunda, porque se entiende que la contratación a través de la Administración Pública debe introducir valores transversales —como el respeto a las condiciones laborales en todo el sector— que en la economía privada no se observan con carácter general; en tercer término, porque se considera que constituye ésta una «excelente ocasión» para que aquellos grupos parlamentarios contrarios a la última reforma laboral reviertan parcialmente sus efectos y, por último, porque se estima que esta redacción transpone el contenido de la normativa europea de manera más precisa.

En efecto. De conformidad con la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de los trabajadores, deberán aplicarse los criterios de adjudicación a las condiciones de ejecución de un contrato de manera que los aspectos sociales deban respetar las condiciones básicas reguladas en dicho texto legal, como las cuantías de los salarios. Asimismo, esta norma dispone que los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, o por Convenios Colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. En concreto, el artículo 3.8 de la directiva indica que por Convenios Colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general se entenderán aquellos Convenios Colectivos que deben respetar «todas las empresas pertenecientes al sector o profesión de que se trate correspondientes al ámbito de aplicación territorial de éstos».

Con una redacción como la que finalmente ha sido aprobada, se considera que las cláusulas sociales impregnan todo el desarrollo de la ley. Y, así, se consigue la reserva de contratos para entidades de economía social, se garantizan los salarios de los trabajadores —no en vano, se considera causa de resolución del contrato el impago de salarios—, se establece la obligación

de las Administraciones Públicas de retener los pagos en caso de impagos de salarios de los contratistas a los trabajadores y trabajadoras y se afianza el trámite de consulta a las organizaciones sociales durante el trámite de adjudicación. En cuanto a las pymes, son también muy importantes los avances logrados al generalizar la posibilidad del pago directo a los subcontratistas, también rebajando criterios de solvencia para empresas de primera creación y generalizando los efectos de la división por lotes. En definitiva, los grupos parlamentarios que con su mayoría han impulsado la redacción última de esta norma pretenden lograr una «contratación pública socialmente responsable basada en criterios sociales y medioambientales, que favorezca el acceso de las pymes y la protección del subcontratista; para que el criterio de adjudicación no sea exclusivamente el precio, sino que prime en la adjudicación la oferta económicamente más ventajosa según la relación calidad-precio; y para que se tenga en cuenta el coste de los salarios en aquellos contratos donde el objeto principal del servicio sea la mano de obra».

6. Con todo, el dato más relevante de esta reforma en relación con los tres preceptos aquí analizados es que se impide tanto la prioridad aplicativa del convenio de empresa como el «descuelgue» o inaplicación del convenio por parte de los subcontratistas. Con la redacción aprobada, la empresa adjudicataria no podrá evitar la aplicación del Convenio Colectivo sectorial, normalmente con mayores garantías que el Convenio Colectivo de la empresa. En el interés de sus defensores se encuentra, fundamentalmente, impedir *de facto* una competencia con rebaja de precios a cambio de devaluar las condiciones laborales en la adjudicación de contratos en el sector público, «corrigiendo» de este modo los efectos de la última reforma laboral que permitía la prioridad del convenio de empresa.
7. Pero, con ser importante, el impacto de esta reforma puede no ser tan significativo como pretende. Por varias razones. La primera, porque conviene considerar los límites introducidos por la Ley de Presupuestos (por ejemplo, en su disposición adicional 26.^ª) en cuanto a la incorporación del personal de los contratistas en el sector público. La segunda, porque normalmente las actividades subcontratadas en el ámbito público se rigen por la subrogación convencional, esto es, la obligación establecida en los convenios de sector para que las nuevas empresas adjudicatarias se subroguen en la posición de la antigua respetando las condiciones laborales —también las salariales— de sus trabajadores. Y, la última, porque nada impide que, una vez subrogadas, las nuevas empresas acudan a los mecanismos legales establecidos para la inaplicación o modificación colectiva de las condiciones laborales. La redacción de los pliegos de contratación podrá impedir estos efectos, lo que permitirá a la Administración adjudicadora fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por la empresa adjudicataria, fundamentalmente en defensa de la calidad del servicio prestado.