



Roj: **STSJ PV 3937/2014 - ECLI: ES:TSJPV:2014:3937**

Id Cendoj: **48020330012014100569**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **30/12/2014**

Nº de Recurso: **643/2013**

Nº de Resolución: **603/2014**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3937/2014,**
STS 2639/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 643/2013

ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 603/2014

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

En Bilbao, a treinta de diciembre de dos mil catorce.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 643/2013 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugnan los artículos 4.2; 5; 6; 7.4.a) y concordantes, de la Norma Foral de las Juntas Generales de Gipuzkoa 4/2.013, de 17 de Julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : La ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representado y dirigido por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

- **DEMANDADA** : JUNTAS GENERALES DE GIPUZKOA, representadas por la Procuradora Doña CONCEPCIÓN IMAZ NUERE y dirigidas por el Letrado Don GORKA GOROSTIZA ARBULU.

-**OTRA DEMANDADA**: La DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, representada por la Procuradora Doña CONCEPCIÓN IMAZ NUERE y dirigida por el Letrado Don JUAN RAMÓN CIPRIÁN ANSOALDE.

-**OTRA DEMANDADA**: El sindicato LANGILE ABERTZALEEN BATZORDEAK, LAB representado por la Procuradora Doña IDOIA GUTIÉRREZ ARECHABALETIA y dirigido por la Letrada Doña MARÍA PAZ GARCÍA ORTEGA.



-OTRA DEMANDADA: La CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CC.OO. DE EUSKADI, representada por la Procuradora Doña MARGARITA BARREDA LIZARRALDE y dirigida por la Letrada Doña ELIA PÉREZ HERNÁNDEZ.

-OTRA DEMANDADA: El sindicato ELA, representado por la Procuradora Doña MARTA EZKURRA FONTÁN y dirigido por el Letrado Don HAIMAR KORTABARRIA ARENAZA.

-OTRA DEMANDADA: METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN DE INDUSTRIA (MCA-UGT), representado por el Procurador Don JUAN CARLOS RUIZ GUTIÉRREZ y dirigido por el Letrado Don ZIGOR AGUIRREBEITIA CASTAÑO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de octubre de 2013 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO actuando en nombre y representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, interpusieron recurso contencioso-administrativo contra los artículos 4.2; 5; 6; 7.4.a) y concordantes, de la Norma Foral de las Juntas Generales de Gipuzkoa 4/2.013, de 17 de Julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral. (B.O.G nº 139, de 22 de Julio de 2.013); quedando registrado dicho recurso con el número 643/2013.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

TERCERO .- En los escritos de contestación presentados, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

CUARTO.- Por Decreto de 24 de julio de 2014 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- Por resolución de fecha 24 de noviembre de 2014 se señaló el pasado día 27 de noviembre de 2014 para la votación y fallo del presente recurso.

SEXTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente proceso se formula por la Autoridad Vasca de la Competencia, procesalmente representada y dirigida por los Servicios Jurídicos de la CAPV, contra los artículos 4.2; 5; 6; 7.4.a) y concordantes, de la Norma Foral de las Juntas Generales de Gipuzkoa 4/2.013, de 17 de Julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral. (B.O.G nº 139, de 22 de Julio de 2.013).

El recurso, que no hace expresa alusión a otros presupuestos procesales, después de transcribir disposiciones que entiende contrarias a derecho y de desarrollar la incidencia del principio de libre competencia en las licitaciones de obra pública y sus fundamentos básicos Constitucionales y de Derecho comunitario europeo, se articula en torno a los siguientes planteamientos seguidamente resumidos:

-La legislación laboral vigente como premisa de aplicación de la normativa de competencia. Se alude a las medidas urgentes de reforma del mercado laboral contenidas en la Ley 3/2.012, de 6 de Julio, que modifican los arts. 84.1 y 2 del TR del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo. (En adelante, ET). Se alude así a que los artículos 4.2 y 5.1 de la Norma Foral, "*incluidos en una norma de carácter reglamentario*" contradirían tanto la posibilidad de descuelgue en los términos de la legislación laboral como la prioridad aplicativa del convenio de empresa en tales preceptos establecida.

-Interpretación jurisprudencial en Derecho comunitario de la aplicación de cláusulas sociales abiertas. Se alude en este apartado a la Directiva 96/71/CE y a su trasposición al ordenamiento jurídico español por Ley 45/1.999, de 29 de Noviembre, cuyo artículo 3 en sus puntos 1, 4 y 5 es destacado, deduciendo que el Convenio Colectivo que se impondría en la Norma Foral impugnada no queda subsumido en el marco indicado por no poder ampliar las materias que se consideran disposiciones imperativas de protección mínima. Se hace seguidamente una amplia referencia a las Sentencias del entonces TJCE de 18 de Diciembre de 2.007 , - C-341/05-, ("*Laval*"), y de 3 de Abril de 2.008 en el C-346/06, ("*Rüffert* ?).

-Afectación a la libre competencia. Se sostiene por medio de este fundamento que la Norma Foral impugnada, sin rango de ley, al imponer obligaciones a las empresas adjudicatarias de obras del Sector Público Foral



y la aplicación obligatoria de la totalidad de un convenio, más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima, contraviene la normativa laboral y comunitaria y genera un sobrecoste en las empresas que quieren acceder a ese mercado y no están sometidas con carácter general a dicho Convenio, generando situaciones de ventaja a las sometidas al mismo con respecto a las que se rigen por otro diferente. Dicho convenio incluye condiciones restrictivas en diversas materias (indemnizaciones, retribuciones con tablas salariales, vacaciones, etc...) y la igualación a ellas puede implicar una carga injustificada y disuasoria de la concurrencia a la licitación. Se ahonda asimismo en otros aspectos impugnados, como el artículo 6º que exige la incorporación a los pliegos de cláusulas administrativas particulares una mención sobre los criterios de adjudicación en caso de proposiciones desproporcionadas o anómalas, en que el parámetro objetivo lo constituye indicar un precio inferior a los costes salariales mínimos por categoría profesional según el mencionado Convenio. También el artículo 7.4.a), que impondría otro sobrecoste mediante la obligación de contar con un porcentaje mínimo del 30% de trabajadores con contrato indefinido: todo ello, se insiste, con ventaja para las empresas que aplican habitualmente dicho convenio, constituyendo una barrera de entrada para las empresas licitadoras que no lo apliquen ordinariamente y barrera que no cumpliría con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, según finalmente se argumenta.

Se oponen a dicho recurso tanto las Juntas Generales como la Diputación Foral e igualmente tres de las cuatro centrales sindicales personadas como partes codemandadas. Resultando procesalmente antieconómico y desmesurado reproducir la integridad de los extensos argumentos desarrollados en oposición a los planteamientos de la autoridad vasca de la competencia por todas y cada una de dichas partes, se va a proceder seguidamente a un resumen significativo que describa las concordancias de planteamiento, (en general, muy acusada), que los escritos de contestación ofrecen en sus rasgos fundamentales, tomando la directriz principal de lo expuesto por las partes principales a los efectos del artículo 21.1.a) LJCA, sin dejar de mencionar las singularidades que en los otros fundamentos, de tono más adhesivo, puedan destacarse de las partes comparecidas en función del artículo 21.1.b).

-En esa línea de propósito se destaca que la exigencia de los artículos 4 y 5 de la NF encuentra amparo legal en el Convenio nº 94 de la OIT sobre esa materia de cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por Administraciones Públicas, ratificado por España en 1.971 y publicado en el B.O.E de 25 de mayo de 1.972, cuyo artículo 2º señala que los contratos deben contener cláusulas que garanticen a los trabajadores interesados salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo *no menos favorables* que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la industria interesada de la misma región bien sea por convenio colectivo, laudo arbitral o por la legislación nacional. (JJ.GG; LAB; CC.OO; ELA y DFG).

-Acomodación al derecho comunitario de las cláusulas sociales amparadas por el artículo 118.1 del TRLCSP, con referencia a la Directivas 2.004/18/CE del Parlamento y el Consejo, de 31 de Marzo, y, respecto de los trabajadores desplazados de un estado miembro a otro, la Directiva 96/71/CE, (artículos 3º) con su transposición al derecho español interno mediante Ley 45/1.999, de 29 de Noviembre, cuyos arts. 3º y 4º igualmente se detallan y desarrollan.

-No incidencia contraria de las Sentencias "Laval" y "Rüffert": En este extremo se recogen muy extensas, pormenorizadas y a veces críticas fundamentaciones de algunas de las partes demandadas en relación con el estado de la cuestión en el derecho comunitario y en relación con el Convenio nº 94 de la OIT. (Así, escrito de contestación de la representación del Sindicato ELA, a los folios 231 a 241 de los autos, o de la DFG, a los folios 249 a 254).

-Otras particularidades argumentales en relación con los arts. 6º y 7.4.a) de la Norma Foral, a que en su momento se aludirá.

SEGUNDO.- La Autoridad Vasca de la Competencia, actuando en el proceso a través de los Servicios Jurídicos de la CAPV, ejercita sus pretensiones con amparo en el artículo 12.3 de la Ley 15/2.007, de Defensa de la Competencia y 3.4 de la LCAE 1/2.012, de 2 de febrero, reguladora de dicho órgano de control del País Vasco, para cuestionar las ya citadas previsiones establecidas en normativa foral guipuzcoana, y en el ejercicio de facultades a las que no se ha opuesto objeción de contrario, pero, dado que parece experimentarse una mutación de legitimación formal en el curso del litigio, (al asumir en el escrito de demanda el *ius litigationis* la propia CAPV en cuanto tal), debe ahora mantenerse la perspectiva de que la impugnación se asienta en la apreciación de que contiene la citada normativa "*disposiciones que restringen la competencia en el mercado de las licitaciones de la obra pública en el Territorio Histórico de Gipuzkoa*", de acuerdo con el informe del Consejo Vasco de la Competencia que se aportaba como documento nº 4 del escrito de interposición.

De esta manera, el enclave de esa legitimación habrá de encontrarse en el artículo 19.1.d) LJCA, y siempre en la medida en que el País Vasco ostenta, de acuerdo con la propia E. de M. de dicha ley vasca, la competencia sobre "*comercio interior*" que le reconoce el artículo 10.27 del EAPV y que le dota de competencia ejecutiva



en materia de libre competencia dentro del ámbito intracomunitario y territorial autonómico, a cuyo objeto el precitado artículo 3.4 le atribuye a la AVC esa legitimación procesal para impugnar, entre otros, los actos y disposiciones emanadas del poder público foral de que se deriven obstáculos al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. Es corolario de todo ello, -y de inverso-, que la referida autoridad no aparecerá legitimada para impugnar actos o disposiciones de las instituciones forales del País Vasco que puedan ser susceptibles de incurrir en otras infracciones del ordenamiento jurídico en sentido amplio.

Dicho esto, los enunciados de la Norma Foral 4/2.013, de 17 de Julio, a que directamente afectan los fundamentos desarrollados en el proceso son;

-El artículo 4.2. que dice que *"En el anuncio de licitación así como en la carátula de los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras deberá incluirse un subapartado en el que se indique que dicha contratación estará sometida al cumplimiento de condiciones especiales de carácter social. Su contenido será el siguiente:*

«Este contrato se halla sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, seguridad social, y seguridad y salud en el trabajo y, en particular, al último texto existente en cada momento del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa (BOG).

Asimismo, se halla sujeto al cumplimiento de las obligaciones de carácter social en materia de subcontratación, en materia de fomento de empleo de personas con discapacidad, y en materia de promoción de igualdad entre mujeres y hombres que se especifican en el pliego»

-Del artículo 5 se destaca la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una cláusula conforme a la cual,

«1.ª La empresa contratista deberá cumplir todas las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, seguridad social, y seguridad y salud en el trabajo. En particular, deberá aplicar las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios colectivos que lo revisen,..."

-Del artículo 6 se impugna que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras deban incorporar la siguiente mención en la cláusula relativa a los criterios de adjudicación para el supuesto de que en el procedimiento de licitación se presente una proposición desproporcionada o anormal, considerándose, en principio, como tales las ofertas que sean inferiores en más de un 10% a la media aritmética de todos los precios de las ofertas admitidas, que se considere un parámetro objetivo para apreciar que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la indicación de un precio inferior a los costes salariales mínimos por categoría profesional, según el convenio colectivo vigente.

-Por último respecto del artículo 7 de la N.F, se dice que, *" obliga a las empresas contratistas"* a disponer de un porcentaje mínimo del 30% de trabajadores y trabajadoras con contrato indefinido, con el fin de garantizar la estabilidad laboral.

TERCERO.- Esta Sala, en consonancia con lo que simultáneamente considera en la Sentencia que recae en el R.C-A nº 630/2.013 , sobre la misma Norma Foral 4/2.013, parte de la base de que lo que se examina en este proceso no es el contenido de disposiciones normativas en materia jurídico-laboral que incidan de manera directa e imperativa sobre la esfera jurídica de los particulares y empresas, cuya adopción en el ámbito competencial de las instituciones forales guipuzcoanas sería por demás plenamente implantable.

Lo que viene a establecer la Norma Foral es un conjunto de condiciones contractuales o clausulado general dirigido al sector público que está subordinado a dicha institución representativa foral, de manera tal que la afectación a las empresas operantes en el mercado de la licitación de obras públicas tan solo se ha de llegar a producir por la fuerza del contrato que eventualmente se suscriba y a título de obligaciones surgidas del mismo, - artículo 1.091 del Código Civil -, y no a título de obligaciones surgidas de la Ley (o del reglamento jurídico), - artículo 1090 CC -. En el derecho común, y ejemplificativamente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1.998, de 13 de abril, en su artículo 1.1 califica a esas figuras como *"cláusulas predispuestas"*.

El matiz es esencial porque, si de una parte el reglamento es fuente de derecho, innova el ordenamiento jurídico y no puede ser singularmente derogado, - artículo 52.2 LRJ-PAC -, la cláusula general no crea derecho sino que es ella misma la que a su vez constituye aplicación del mismo. La Administración autonómica recurrente presupone en el primero de sus motivos impugnatorios que los artículos combatidos constituyen un desarrollo reglamentario *"contra legem"* respecto del nuevo contenido de los apartados 1 y 2 del artículo 84 del ET que comportan medidas urgentes de reforma del mercado laboral contenidas en la Ley 3/2.012, de 6 de Julio,



que modifican el TR del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1.995, de 24 de marzo, pero la Norma Foral impugnada no establece normas ni desarrolla el Estatuto de los Trabajadores, limitándose a ejercitar una habilitación que se reconoce y comprende exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo de la contratación del Sector Público, por lo que, lo mismo que carece del potencial normativo de obligar a empresas en el conjunto de toda su actividad ya sea dentro o fuera del Territorio Histórico y *predispone* tan solo el marco de determinadas figuras contractuales en la medida en que las empresas licitadoras lleguen a resultar adjudicatarias, no aspira a desarrollar e integrar al completo el ordenamiento laboral vigente ni la totalidad de excepciones o previsiones de detalle, ni, por tanto, puede representar la falta de explícita mención en él de una determinada norma laboral la derogación de la misma, quedando reconducido su carácter sintético a la simple interpretación contractual, en la que el artículo 25.1 del TRLCSP consagra la libertad de pacto dentro de la licitud y acomodación al resto del ordenamiento jurídico.

Entendemos, en esa perspectiva, que el hecho de que el artículo 4º arbitre una cláusula que señala que el contrato se halla **sujeto al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, seguridad social, y seguridad y salud en el trabajo** y, en particular, al último texto existente en cada momento del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa, se coloca en idéntico plano y posición ante su validez que en el que se encontraría la cláusula misma cuando llegue a plasmarse, y en la que se descubre la general remisión entre otras, a las disposiciones legales vigentes en materia laboral, entre las que se comprenden por tanto las particularidades sobre convenios de empresa y "descuelgues".

De esta manera, remitida la cláusula en bloque a la legislación vigente, como principio general y predominante, la mención de cierre que "en particular" se hace al convenio de la construcción y obras públicas que esté vigente en cada momento, ha de ser debidamente contextualizada y no entendida contradictoriamente como una derogación de la ley (o tentativa *de facto* al respecto), pues dicho convenio de ámbito sectorial y territorial sigue representando la regla general y situación de base en el ámbito al que la cláusula se dirige y su sola mención referencial, (se llegaría al mismo resultado con el conjunto del texto en tanto remite al régimen convencional vigente), no altera sustancialmente su contenido, más allá de hacerlo prudencialmente más operativo, eficaz y transparente.

En suma, ni hay norma jurídico-laboral de carácter reglamentario, ni las cláusulas previstas, (a salvo de interpretaciones y prácticas efectivas que resultasen opuestas a su sentido general), impedirían el juego de la salvedad del artículo 84.2 ET de que concurra o afecte a una determinada empresa contratista con el sector público un convenio colectivo de ese nivel. Inacogible resulta en cambio que, siendo el convenio colectivo, -como dice la Administración recurrente-, la premisa de aplicación del derecho de la libre competencia, la sola existencia de salvedades a la aplicabilidad de los de ámbito territorial y de rama, tenga que llevar inexorablemente a la eliminación de dicha condición primaria en la contratación pública. Todo lo que cabe añadir es que el alcance último de los eventuales desplazamientos regulatorios de la relación laboral que respecto de la aplicabilidad del Convenio Colectivo de ámbito sectorial y territorial se lleguen a producir habrá de quedar definidos en función de los propios preceptos del ET respecto de los convenios colectivos y de la jurisprudencia social que los interprete en base a la ley y a los Tratados internacionales, sin que a este fuero le corresponda ahora ir más lejos de verificar que las cláusulas predisuestas por la normativa foral no entorpecen ni contrarían ese régimen, con lo que no se concluye en su invalidez general a los efectos prejudiciales pertinentes.

CUARTO.- El segundo fundamento que la Administración de la CAPV desarrolla es el alusivo a la contradicción de dichas cláusulas sociales del contrato con la regulación a nivel comunitario europeo representada por la Directiva 96/71 CE para el supuesto de que trabajadores de un Estado miembro presten servicios transnacionales en otro de los de la Unión Europea.

Como se ha anticipado, las partes demandadas se atienen a lo que establece el artículo 3º de dicha Directiva respecto de las condiciones de empleo, que serán las fijadas por disposiciones legales, reglamentarias, y convenios colectivos y laudos arbitrales declarados de aplicación general, e igualmente se resalta que la Ley de Cortes Generales 45/1.999, de 29 de Noviembre, procedió a transponer al derecho español interno dicha Directiva.

Y siendo así, el artículo 3.1 de dicha ley, plenamente vigente al día de hoy, señala como condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, las previstas por la legislación laboral española relativas a:

- a) El tiempo de trabajo, en los términos previstos en los artículos 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.
- b) La cuantía del salario, en los términos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley.
- c) La igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta (...)



- e) La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores.
- f) La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial.
- g) El respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.
- h) La libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión.

Más adelante, el artículo 3.4. establece que *"A los efectos de esta Ley, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en las disposiciones legales o reglamentarias del Estado y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate."*

Todo ello, sin perjuicio de la aplicación a los trabajadores desplazados de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo.

Respecto a cuantía mínima salarial el artículo 4º.1, sanciona que; *"Los empresarios que desplacen trabajadores a España deberán garantizar a éstos la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos a que se refiere el artículo 3.4 para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado"*.

En consecuencia, las cláusulas que por la Norma Foral 4/2.013 se predisponen no conllevan conocida vulneración de dicho régimen según la transposición de la Directiva llevada a cabo por el derecho nacional, a cuya presunción de legitimidad ha de estarse en tanta mayor medida si se ha articulado por medio de disposiciones con rango de ley. Por ello, muy al margen de que en el proceso se discuta ampliamente por algunas partes sobre el sentido de las Sentencias del TJCE que se han mencionado, considera este Tribunal que la traslación de ese marco al ámbito de las cláusulas sociales a regir en el campo de la contratación administrativa, no puede requerir del órgano jurisdiccional, (pues la propia Ley sería en ese caso también contraria al derecho de la UE), otras apreciaciones que las concernientes a su aparente acomodación y ausencia de conflicto con el artículo 3º de la Directiva y de su transposición al Derecho nacional, que es la única perspectiva en que una cláusula o condición general, -y no ya siquiera, insistimos, una hipotética disposición general sobre trabajadores desplazados-, puede ser valorada como válida condición de su existencia, cuando no se está ante el examen de un supuesto concreto que, con la hipotética consulta prejudicial a los órganos judiciales de la Unión, llevara a zanjar las concretas dudas que surgieran. Pero, aún así, habrá que destacar que cualquiera que sea contenido legalmente aplicable de acuerdo con la Ley 45/1.999, o incluso el discutido sentido que la doctrina del TJUE haya abrazado en los precedentes que se citan, - especialmente en la denominada Sentencia *Rüffert* de 2.008-, mal podría cualquier cláusula social a incorporar a los contratos del sector público acoger una estructura distinta que la que se deriva del propio lugar institucional que el Convenio Colectivo ocupa en la determinación de las condiciones de trabajo en el derecho nacional, -como el propio Estatuto de los Trabajadores-, lo que el Derecho de la Competencia no está en condiciones de poner en cuestión con carácter general, en tanto en cuanto no evidencia ante el órgano jurisdiccional interno una diferente Directiva que permita certificar una mutación estructural y general de las exigencias de la referida 96/71.

QUINTO.- En el tercero de los planteamientos impugnatorios, como se ha adelantado, la representación de la CAPV, lo que plantea en primer término es un problema de estricto derecho de los convenios en el que, respecto del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de ámbito territorial guipuzcoano, parece diferenciar una parte conteniendo *disposiciones imperativas de protección mínima*, (que obligaría a todas las empresas que acceden al mercado de las licitaciones en dicho territorio foral), y aquella otra parte que comprendería condiciones añadidas y más específicas en diferentes materiales, (así, restricciones al desplazamiento, indemnización por finalización del contrato; jornada laboral, vacaciones o licencias...), lo que, siempre a juicio de la parte recurrente, conllevaría un incremento de costes para las empresas no procedentes de Gipuzkoa ya sean vizcainas, alavesas o de otra procedencia. erigiéndose en una barrera de entrada contraria a la libre competencia para dichas empresas que no aplican tales condiciones en su actividad ordinaria, al no tratarse de barreras que no discriminen, sean necesarias ni proporcionales. Se alude a que esa barrera podría ser discriminatoria en tanto obligación extraordinaria para cualquier empresa que, por lo que sea, no esté sometida a las condiciones laborales de dicho Convenio, (como las de otros Territorios Históricos vascos).

No obstante, el referido planteamiento solo ofrecería alguna consistencia si efectivamente la aplicación del Convenio Colectivo del lugar de ejecución del contrato administrativo no fuese de observancia imperativa para tales empresas licitadoras o si esa obligatoriedad recayese tan solo sobre una parte de *mínimos* dentro



de su articulado. De no ser así, la argumentación actora equivaldría a impugnar el sistema de convenios colectivos y la legalidad por la que se rigen, en contra precisamente de la premisa mayor que la parte recurrente dice asumir, pues si, por definición, lo que se denomina barrera injustificada contraria a la competencia no es más que la consecuencia de la aplicación de la legalidad laboral, habría que decir igualmente, y a título puramente ejemplificativo, que tal barrera discriminatoria operaría contra quien habitualmente no paga debida o completamente los tributos si es obligado por la ley y la Administración tributaria a hacerlo, y mal cabe decir que con ello se origine discriminación alguna en su contra sino que, antes bien, se restablecen con esa medida las condiciones materiales de igualdad entre los contribuyentes, y *mutatis mutandi*, las condiciones de la igualdad entre los licitadores concurrentes. Las ventajas comparativas nunca podrían fundarse en la ilegalidad y solo cabría hablar en ese marco comparativo, por contra, de la patente desventaja competitiva de quien cumple las condiciones laborales más onerosas que la legalidad le impone frente a quien las incumple.

Pero, como decimos, el artículo 82.3 ET 3. establece que *"los Convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia"*. añadiendo el artículo 84.1 sobre concurrencia, que *"Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente."* Es decir, que con la salvedad de los convenios de empresa, no cabrá invocar frente al convenio sectorial y de ámbito territorial de que se trata, la sujeción del empresario que intervenga en la licitación, -a supuesto título individual o *ratione personae* o por su procedencia -, a otro distinto convenio de ámbito real diferente, como pudiera ser el vigente en otros territorios del País Vasco o de fuera de él.

En consecuencia, tal y como oponen las parte demandadas, el Convenio Colectivo al que las cláusulas 4.5 y 5 hacen referencia sería actualmente el de Construcción y Obras Públicas 2.007/2.009, publicado en el B.O.G nº 171, de 31 de agosto, cuyo artículo 1º extiende su ámbito a todas las obras y centros de trabajo de las empresas constructoras y de obras públicas, -así las JJ.GG al folio 158-, y nada cuestiona la Administración recurrente respecto de esa eficacia general en el ámbito guipuzcoano, a la par que tampoco puede deducirse que su contenido obligatorio se pueda compartimentar en condiciones y previsiones mínimas y otras de mayor alcance, pues esa imperatividad, en las claves del derecho interno en las que se plantea, resulta plena e incondicionada.

En lo que afecta a las cláusulas y prescripciones de los artículos 6º y 7º.4.a) de la normativa recurrida, todo lo que se ha puesto de manifiesto hasta ahora ha de ser nuevamente refrendado, en la medida en que la parte recurrente las pone en cuestión desde la misma perspectiva de resultar susceptibles de generar un sobrecoste para las empresas licitadoras. La primera de ellas, que las partes codemandadas ven amparada por el artículo 152.2 del TR de la Ley de Contratos de 2.011, no cuenta con un desarrollo impugnatorio específico en el proceso.

Lo propio cabe decir de la cláusula contemplada por el artículo 7.4, que menciona obligaciones legales referidas a la subcontratación, en función de lo dispuesto por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, y cuyo apartado a) se remite a la obligación de verificar que toda empresa que subcontrate cumple, entre otras, con la obligación de disponer de un porcentaje mínimo del 30% de trabajadores y trabajadoras con contrato indefinido, con el fin de garantizar la estabilidad laboral. Nada innova ni añade dicha cláusula, fiel reflejo de obligaciones laborales legalmente impuestas con generalidad, que la introducción de la razón de la libre competitiva no puede llegar a alterar ni distorsionar.

SEXTO.- La desestimación del recurso que todo lo hasta ahora considerado comporta, supone la preceptiva imposición de costas a la parte recurrente, bien que, de acuerdo con el artículo 139.3 de la LJCA, esta ha de quedar limitada a las causadas a las Juntas Generales autoras de la actuación recurrida, entendiéndose que la voluntaria incorporación de variados litisconsortes pasivos, aun sin resultar irrelevante en ocasiones, no debe ser asumida por el litigante activo como gravamen adicional independiente de su voluntad impugnatoria objetiva.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso del pleito, la Sala, emite el siguiente,

FALLO

QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA A TRAVÉS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA C.A.P.V, CONTRA LOS ARTICULOS 4.2 ; 5 ; 6 ; Y 7.4.a) DE LA NORMA FORAL 4/2.013, DE 17 DE JULIO. DE LAS JUNTAS GENERALES DE GIPUZKOA, DE INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS DE OBRAS



DEL SECTOR PÚBLICO FORAL, Y CONFIRMAMOS DICHOS INCISOS EN LO QUE A ESTE PROCESO AFECTA , CON IMPOSICIÓN DE COSTAS EN LOS TERMINOS DEL F.J. SEXTO.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS** , contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0643 13, de un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se dejará testimonio completo en los autos, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

Voto Particular

que en el Recurso Ordinario nº 643/2013 emite el Ilmo Sr Magistrado D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

Considero que los argumentos que debieran haberse utilizado para resolver el recurso son los que paso a exponer y que conducen inexorablemente a su estimación íntegra y consiguiente anulación de la disposición general impugnada.

Debo no obstante efectuar una consideración previa cual es que en este Voto Particular se van a utilizar argumentos similares a los que planteo en el Recurso Ordinario nº 152-2014 por la identidad de razón que entre ellos aprecio ya que se hubiesen o no opuesto por la demandada los mismos motivos de oposición la Sala siempre se hubiera podido recurrir al planteamiento de la tesis ex art. 65 de la LJ en lógica coherencia con la argumentación que creo debió haber presidido la Sentencia a dictar en el el Recurso Ordinario nº 152-2014 puesto que el prius para resolver todas las cuestiones que expresamente se planteen por los litigantes es el verificar si las Juntas Generales ostentas la competencia para regular las materias de trabajo, seguridad social y régimen de contratos administrativos.

Desde tal premisa comienzo la exposición.

PRIMERO.- El planteamiento del recurso presenta coincidencias importantes con el sentenciado recientemente por la Sala registrado bajo el número de recurso ordinario 777-2013. Es importante recordar ahora parte del texto de la Sentencia que se dictó en aquel recurso como instrumento para contextualizar el presente; consciente de que la ratio decidendi que en él empleamos es diferente a la que procede en éste, pues allí fue el insuficiente rango del instrumento utilizado, mi intención es otra, concretamente contextualizar la situación e inferir también una suerte de actuación polifónica de las Instituciones Forales de los tres Territorios Históricos para enervar a través del dictado de sus propias disposiciones normativas determinados aspectos de la última reforma laboral que, en el desempeño de sus legítimas atribuciones competenciales, como veremos, ha llevado a cabo el Estado. En este sentido un serio indicio es el hecho de que Instituciones de los tres Territorios dicten disposiciones de carácter general sin una destacable diferencia temporal y con un contenido sustancialmente similar a lo que ha de añadirse que alguna de ellas (así ocurre con el objeto del Recurso Ordinario nº 777-2013) ha reflejado en su la exposición de los motivos que la justifican de forma clara la verdadera intención subyacente.

Contextualicemos pues el supuesto recordando los pasajes más significativos de la Sentencia referida:

"En primer lugar, ni el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma del País Vasco aprobado por la Ley Orgánica 3-1979 ni la Ley 27/1983 de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, normas que junto con la propia Constitución determinan el haz competencial foral, confieren atribución normativa alguna a los Territorios Históricos en materia de Trabajo, Seguridad Social y Contratación. En esta última materia la competencia reconocida se limita a la aplicación de de la propia Ley de Contratos (Real Decreto Legislativo 3/2011 en la actualidad), y no otra cosa que la mera aplicación -no desarrollo ni ejecución reglamentaria- son también actuaciones tales como -así se infiere de los arts. 114 y siguientes y Disposición Adicional Segunda del RDL 3/2011 - la elaboración de los Pliegos de Condiciones y las Bases de las Convocatorias.



En cualquier caso so capa de una hipotética atribución competencial en materia contractual no se pueden regular materias sobre las que se carece en absoluto de competencia.

Consecuencia de todo ello es que los Entes Forales no pueden regular estas materias, trabajo y Seguridad Social, y deben limitarse a aplicarlas a su personal cumpliendo las obligaciones que en ellas se le imponen y a constatar que se han respetado sus dictados en los expedientes de contratación en los términos en que está habilitada por la legislación de contratos, pero nada más, no puede imponer regulaciones ni obligaciones.

El art. 118 de la Ley 3-2011 a lo que se refiere es a fomentar la contratación de determinadas personas, a fomentar la igualdad y el respeto de las condiciones básicas de empleo pero no a la regulación de las condiciones de trabajo ni a determinar qué son condiciones básicas de empleo pues para esto carece de competencia.

3.3 Desarrollaremos ahora los elementos que componen la Instrucción impugnada.

Ya en su Preámbulo ofrece la Instrucción algunos pasajes que nos permiten intuir su contenido. Así, expone que la reforma laboral y más concretamente en la medida en que la regulación de la vigencia de los Convenios Colectivos ha variado crea situaciones complejas respecto del momento en el que ha de considerarse desaparecida la vigencia del Convenio y las consecuencias especialmente retributivas que pueden derivar de ello.

Ante tal situación, y a pesar de reconocer expresamente que carece de competencias al respecto, se pretende dar instrucciones a los órganos de contratación al respecto.

Se pretende así actuar sobre una materia sobre la que se carece de competencia y sobre la que, en principio, nada debe decir la Administración en el curso de un contrato; serán los trabajadores y las empresas afectados quienes lo resuelvan en el marco de sus propias relaciones laborales y, en su caso, la autoridad laboral o la jurisdicción social.

Han de ser otras instancias las que aclaren las dudas de naturaleza exclusivamente laboral -pues a estas es a las que se refiere la Instrucción- y las consecuencias que se deriven de la reforma. Lo cierto es, sin embargo, que tales dudas no existen en realidad pues como vamos a ver a lo largo de la exposición ninguna duda concreta se plantea ni se trata de disipar y antes al contrario lo que se pretende es ilustrar sobre los pasos a seguir para comprobar en qué casos la reforma laboral ha dado lugar a situaciones laborales inferiores a las previas y actuar sobre ellas para intentar recuperarlas o mantenerlas a través de la imposición de obligaciones a los contratistas.

Que la demandada excede de las atribuciones contractuales propiamente dichas se aprecia también cuando en la fundamentación de la Instrucción se expone que la reforma laboral puede dar lugar al empeoramiento de las condiciones laborales y a la reducción de salarios y con ello incrementar la conflictividad laboral y la reducción del consumo, y a afectar a los contratos en los que el coste laboral sea el más relevantes, contratos en los que puedan estar empleadas personas susceptibles de una especial protección. De este contenido se puede inferir sin dificultad que la finalidad de la Instrucción más que contractual es la laboral y social.

A continuación, tras describir las situaciones reseñadas se manifiesta que se trata de intervenir en aquellos casos en los que la reforma laboral implique pérdida de las condiciones laborales anteriores al efecto de mantenerlas, en suma, se pretende neutralizar las consecuencias de la reforma y si bien se dice que tal actuación se lleva a cabo dentro de las atribuciones que la Ley de Contratos le asigna es evidente la falta de coherencia entre el medio y los fines pues las atribuciones no facultan ab absoluto para incidir en la regulación de materias tales que permitan alterar las consecuencias de la reforma laboral. Se desvela así la finalidad última que se persigue con la Instrucción, esto es, neutralizar los efectos del ejercicio por el Estado de su propia competencia y ello bajo el pretexto de la utilización de una propia que ni regula ese objeto ni confiere atribuciones que permitan incidir en él.

En sus últimos párrafos vuelve a aparecer la intención última de la Instrucción cuando dice que se pretende atemperar los efectos de la reforma laboral. Y a pesar de que se indica que se trata de atemperar tales efectos en cuanto a la contratación respecta se debe insistir en que la legislación de contratos no le asigna a la demandada competencia alguna para modificar la regulación laboral estatal.

En el articulado, y comenzando por el art. 1, se dispone que los criterios que recoge se aplicarán en aquellos supuestos en los que los contratistas decidan unilateralmente aplicar medidas que restrinjan los derechos laborales hasta entonces vigentes una vez finalice el plazo de ultraactividad de los Convenio.

Fácilmente se infiere que la Instrucción contiene en este precepto elementos de regulación destinados a terceros, a los contratistas, y elementos de regulación en tanto en cuanto que norma, innovando el ordenamiento, las consecuencias que la actuación de éstos va a producir a través de la creación de una nueva



regulación conforme a la cual el contratista puede mantener las condiciones del contrato o de la oferta si renuncia a la aplicación de las consecuencias a las que está facultado por la reforma laboral o bien va a verlas alteradas si no lo hace. Los derechos y obligaciones de los terceros se ven afectados con la Instrucción y se ven afectados en razón a que la demandada introduce una nueva regulación con incidencia directa en materia laboral pues el condicionado y desarrollo del contrato va a depender de las decisiones que se adopten en materia laboral por parte del contratista.

Se pretende dotar de cierta vinculación contractual al artículo diciendo que la merma en las condiciones de trabajo son aquellas en cuya virtud se estableció el precio del contrato. Pero lo cierto es que en la contratación el precio no se determina en atención a las condiciones laborales, el precio de la oferta lo fija la Administración haciendo un cálculo ponderado de los distintos factores que pueden influir y cada empresa a través de sus propias estimaciones y organización interna. La Administración verifica que la empresa cumple con sus obligaciones laborales y de Seguridad Social y estas son contingentes, variables, ni están predeterminadas ni tienen por qué mantenerse en el tiempo, su contenido concreto es fruto a su vez de diversos factores como son las modificaciones legislativas, la contratación colectiva, el contrato de trabajo, etc y salvo en el caso de los derechos adquiridos no puede imponerse el mantenimiento indefinido de las condiciones.

Aparece así más clara aún la innovación normativa que supone el art. 1 al imponer el mantenimiento de las condiciones de trabajo al margen de la regulación propia de la materia.

La alusión a las cláusulas de carácter social que efectúa el art. 1 tampoco representa argumento relevante ya que el art. 118 de la Ley 3-2011 a lo que se refiere es a fomentar la contratación de determinadas personas, a fomentar la igualdad y el respeto de las condiciones básicas de empleo pero no a la regulación de las condiciones de trabajo ni a determinar qué son condiciones básicas de empleo pues para esto carece de competencia.

El artículo nº 4 comienza con una expresión que confirma cuanto venimos diciendo y con ello el mero voluntarismo de la norma, pues se carece de atribuciones para ello, la finalidad perseguida y la intención de regular las actuaciones de terceros innovando el ordenamiento al establecer reglas inexistentes hasta entonces y en materia sobre la que se carece de competencia. Se manifiesta que la Diputación que no es razonable que los empresarios contratistas procedan durante la vigencia de un contrato a rebajar unilateralmente las condiciones de trabajo del personal adscrito al mismo que se tuvieron en cuenta en el momento de la presentación de las ofertas. En suma, olvida la Diputación que carece por completo de competencia en legislación laboral, que ha de respetarse y cumplirse la dictada por el Legislador Estatal o, en su caso, impugnarse, y que las condiciones de trabajo son naturalmente dinámicas, variables a salvo los derechos adquiridos y que por ello durante el devenir contractual pueden verse alteradas dichas condiciones.

Desde esa premisa, que la Diputación no está de acuerdo con las consecuencias de la reforma laboral, es como ha de interpretarse el inciso segundo del precepto, esto es, se pretende con las medidas que a continuación se enumeran el mantenimiento de las condiciones laborales previas a la reforma.

A continuación se van explicando los pasos a seguir para conocer en qué casos se ha podido producir la alteración de contratos laborales dando lugar a condiciones de trabajo inferiores a las previas y las medidas a adoptar, concretamente a la denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esto supone que la demandada se arroga unas facultades de comprobación y denuncia e instaura para ello un procedimiento en materia de trabajo y Seguridad Social sin contar con atribuciones normativas para ello. Realmente está innovando el ordenamiento al crear un procedimiento para verificar cómo se cumplen las normas de trabajo y Seguridad Social por parte de los contratistas careciendo de norma habilitante para ello, y con trascendencia respecto de terceros, tanto sobre los trabajadores como sobre los contratistas.

La relevancia respecto de terceros es más evidente aún cuando en la ampliación de los servicios contratados se va a favorecer a las empresas que mantengan las condiciones y no apliquen los términos para los que la reforma laboral les faculta. Se está así obstaculizando el resultado natural de la legislación laboral y condicionando a terceros".

SEGUNDO.- Centrándonos ya en los aspectos concretos del supuesto en estudio se motiva el recurso en la carencia de atribuciones competenciales de las Instituciones Forales para dictar normas en materia de contratación pública, que únicamente la Comunidad Autónoma está facultada para desarrollar la legislación estatal y que no puede entenderse comprendida una hipotética facultad normativa de la demandada sobre este objeto dentro de su competencia sobre obras públicas. Fundamenta su criterio en la Disposiciones Adicional Segunda y Final Segunda de la Ley 3-2011, en el apartado Tercero de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7-1985 de Bases de Régimen Local y en el art. 7.d) de la Ley autonómica 27-1983 antes referida.



El que la demandada regule aspectos de la contratación careciendo de habilitación normativa para ello -esta le correspondería, como hemos visto y veremos a continuación tras un examen más profundo, a la Comunidad Autónoma- implica que se está conculcando la normativa estatal que distribuye las competencias, en suma, la actuación normativa de la demandada en estas circunstancias está menoscabando la norma estatal que determina quién y en qué caso es competente y de ahí la legitimación actora. Incluso puede estimarse que al no haberse desarrollado por la Comunidad Autónoma las normas básicas estatales y venga por ello en aplicación, supletoria, el derecho estatal -ex art. 149.3 de la CE -, la actuación normativa de la demandada estaría desplazando, al menos intentándolo, a dicha regulación estatal y aparecería de nuevo la legitimación de la actora, por lo demás incuestionada.

Bien, la demandada emplea una argumentación genérica para validar varios de los aspectos que el recurso cuestiona, diciendo que la exposición de motivos explica la finalidad de la reforma y que se puede resumir en que se trata de evitar el denominado dumping social, la utilización de fondos públicos en contrataciones que vulneren las exigencias normativas sociales, etc. A lo que cabe responder, sin necesidad de valorar estos designios, que es necesario para ello, para poder utilizar instrumentos normativos que permitan su logro, el contar con la habilitación normativa de rango suficiente, habilitación esta que la demandada pretende sustentar en sus facultades de autoorganización, en los arts. 37.3.a) de la Ley Orgánica 3-1979 por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, 7.a) de la Ley autonómica de Relaciones entre las Instituciones Autonómica y Forales arts. 114 y 118 de la ley 3-2011 de Contratos.

El argumento de la demanda relativo a que las facultades derivarían de su potestad autoorganizativa no exige mayor desarrollo para su desestimación puesto que lógicamente podrá crear y autoorganizar su propia estructura pero también aquí hay un prius y es que debe ostentar la competencia sobre la materia para cuya gestión se dota de una estructura organizativa. Carece de sentido razonable el crear una organización para gestionar una determinada materia cuando no se titulariza competencia alguna previa sobre la misma. Contravendría las previsiones de los apartados nº 1 y 3 del art. 11 de la ley 30-1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ; el primero, exige que la organización administrativa se determine dentro del propio ámbito competencial de la Administración que la lleva a cabo y el tercero impide crear órganos duplicados -y esto ocurre si se crean por quien carece de competencia en la materia-. Habría, desde luego, muchos más preceptos vulnerados, v gr, el art. 3.1 , 4 , 12.1, etc, de la Ley 30-1992 y, además, se trataría de un supuesto de desviación de poder proscrito por el art. 70.2 de la LJ pues la Administración que así actuase estaría utilizando una potestad autoorganizativa para satisfacer finalidades que no le competen, por lo tanto, distintas a las previstas por las leyes.

Tampoco puede asumirse la defensa de la demandada cuando argumenta que la norma cuestionada únicamente presenta efectos internos a modo de reglamentación autoorganizativa pues de su simple lectura se aprecia la influencia material sobre el desarrollo de los propios contratos y, lo que es más importante, sobre los propios contratistas, que pueden incluso ser sancionados por incumplir las condiciones que el clausulado recoge, entre otras, la observancia de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Por ejemplo el artículo 5 impone el cumplimiento de todas las obligaciones legales, reglamentarias y convencionales en materia de seguridad social, seguridad e higiene en el trabajo y, de modo destacado, el Convenio Colectivo de la Construcción de Álava y el Real Decreto 1627-1997; y, de otro lado, en los artículos sucesivos se crea una Comisión con facultades para verificar que dichas condiciones se cumplen e, incluso, imponer sanciones a causa del incumplimiento. Es nítida pues la eficacia extramuros de la propia autoorganización foral, sirva para ello el mero ejemplo expuesto y baste en cuanto al resto con la mera remisión a la norma.

Pasemos ahora a examinar los preceptos a los que terminamos de referirnos y que los litigantes utilizan como argumento de sus respectivas posiciones a los que añadiremos otros que se utilizan en motivos que veremos posteriormente aprovechando esta exposición ya que participan de naturaleza similar.

Para ello hemos necesariamente comenzar recordando que el art. 149.1.18ª de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica de la contratación administrativa y en apartado distinto, el 24º, le reconoce también competencia exclusiva sobre las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

Se colige del precepto, en primer lugar, que en contratación pública al Estado le compete la legislación básica y a las Comunidades Autónomas su desarrollo y, en segundo lugar, que contratación o obras públicas son competencias diferentes. Con la segunda se decide respecto de la realización de la obra y con la primera respecto del procedimiento contractual para llevarla a cabo.

No puede por ello ampararse una supuesta competencia normativa contractual por el hecho de contar con la de obras públicas. Además, en principio, el desarrollo de la normativa básica le está atribuida a la Comunidad Autónoma.



El art. 149.1 en sus apartados 7º y 17º atribuye también al Estado la competencia exclusiva para legislar en materia laboral y la legislación básica de Seguridad Social. En ambos casos a las Comunidades Autónomas les atribuye la ejecución de dicha legislación.

La Ley Orgánica 3-1979, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, dentro del Bloque de Constitucionalidad, recoge en su art. 11.b) que le corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la Legislación Básica del Estado de contratación administrativa.

En el art. 12 le atribuye a la Comunidad la ejecución de la legislación estatal laboral asumiendo para ello las facultades del Estado en materia de relaciones laboral y algo de notable relevancia en el supuesto de autos cual es, bajo la alta inspección del Estado, organizar, dirigir y tutelar los servicios del Estado para la ejecución de la legislación laboral y procurar que las condiciones de trabajo se adecuen al nivel de desarrollo y progreso social.

Para finalizar con el examen del Bloque de Constitucionalidad, en la Ley autonómica 27-1983 de Relaciones Entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos encontramos que en su art. 7 se reconoce al Territorio Histórico el desarrollo normativo y ejecución de la legislación estatal siempre que se trate de materia reconocida por esta Ley o por el Estatuto de Autonomía a la exclusiva competencia del Territorio Histórico.

También se le reconoce competencia exclusiva en materia de obras públicas, bajo determinadas condiciones, pero ya hemos visto que esta atribución es distinta a la contractual y que respecto de esta última ningún reconocimiento normativo se le reconoce ni el Estatuto ni en la Ley 27-1983 al Territorio Histórico.

Por todo ello, en el Bloque de Constitucionalidad, las atribuciones normativas sobre Contratación, Trabajo y Seguridad Social le corresponden al Estado y a la Comunidad Autónoma en los términos citados.

Ninguna facultad de desarrollo se le reconoce a la demandada.

Continuando con el examen normativo, en los apartados nº 2 y 3 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7-1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local podemos leer que los Territorios Históricos ejercerán las competencias que les atribuyen el Estatuto de Autonomía y la legislación interna de la Comunidad además de las que la propia Ley de Bases atribuye a las Diputaciones Provinciales. Y que en el ejercicio de dichas competencias les corresponderá el desarrollo normativo y ejecución de la legislación estatal.

La Legislación Básica no trata pues sino de remedar cuanto ya reflejaban el Estatuto de Autonomía y la Ley autonómica 27-1983 según hemos visto.

Y, en el Real Decreto Legislativo 3-2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la Disposición Adicional Segunda atribuye, según los casos que detalla, la condición de Órgano de Contratación a los alcaldes, a los presidentes de la entidades locales, al pleno, a las juntas de contratación y a las juntas de gobierno local, atribución esta cuya significación veremos al analizar otro de los motivos del recurso.

El Órgano de Contratación va a ser, como recoge esta Disposición en su apartado nº 7, el que apruebe el expediente y al apertura del procedimiento de contratación. En el mismo apartado se establecen los requisitos previos a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares. Esta disposición es también de considerable importancia en tanto en cuanto que, relacionada con los arts. 109, 114 y 115 del Real Decreto Legislativo 3-2011 asigna las competencias en materia de gestión del expediente del contrato y, exactamente, en cuanto atañe a las condiciones administrativas particulares.

De todo lo expuesto se concluye con la inexistencia de atribución de potestad normativa de desarrollo a la demandada ni en materia contractual, ni laboral ni de seguridad social; la tesis correcta es por ello la defendida por la parte actora. En apartados sucesivos trataremos si se confiere alguna atribución, y de ser así en qué medida, en materia de aplicación de la norma, esto es, en la gestión de los procedimientos contractuales.

TERCERO. - Argumenta la actora, en segundo lugar, que la demandada no está tampoco facultada para imponer mediante una disposición de carácter general el contenido que han de reunir los pliegos del contrato, que esto, en todo caso, es materia que compete al órgano de contratación para cada procedimiento. Se remite para refrendar este criterio al art. 118 del Real Decreto Legislativo 3-2011 y a la naturaleza de acto administrativo de los pliegos.

La demandada se opone a este motivo en términos sustancialmente similares a los que hemos indicado en el apartado anterior y, junto con la respuesta que en él hemos razonado, hemos de añadir lo siguiente.

En primer lugar hemos de tener en cuenta que lo impugnado es una genuina disposición de carácter general de acuerdo con la conceptualización que de las Normas Forales hallamos en el art. 5 de la Norma Foral de 7



de marzo de 1983, de la Organización Institucional del Territorio Histórico de Álava, de rango superior a las disposiciones reglamentarias y resoluciones de la Diputación Foral. Disposición general que, además, ostenta el más elevado rango dentro de la tipología normativa foral a la vista.

Hemos de tener en cuenta, como premisa inicial derivada de sus arts. 2 y 3, que la Norma Foral impugnada impone todos a los órganos de contratación del Sector Público del Territorio Histórico (integrado este por la Diputación Foral, los organismos autónomos forales, las entidades publicas empresariales forales y las sociedades mercantiles de capital íntegramente foral) que en las Cláusulas de Condiciones Administrativas Particulares de los contratos figuren determinados contenidos (los indicados en los arts. 4 y siguientes de la Norma Foral).

Es así que el art. 115 de la Ley de Contratos del Sector Público atribuye a los órganos de contratación, directamente, la competencia para aprobar los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, instrumento este destinado a especificar el contenido obligatorio del contrato de que se trate, es decir, sin perjuicio de que también puedan redactarse no sólo para un contrato en especial sino para regular categorías atendiendo a su similitud, ahora bien, incluso en estos casos la competencia se atribuye al órgano de contratación.

Y otro tanto cabe decir respecto de las Condiciones Especiales de Ejecución del Contrato a la luz del art. 118 de la Ley 3-2011. Es el propio órgano de contratación, en definitiva, quien está facultado para establecerlas.

Este último artículo, por lo demás, en cuanto al caso en estudio atañe, no atribuye competencia normativa alguna en materia de trabajo y seguridad social y su finalidad es muy concreta, se trata de favorecer determinadas contrataciones laborales como las de las personas con dificultades de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades por razón de sexo en el mercado laboral, combatir el desempleo, promover la formación y las finalidades que se establezcan (se remite así al desarrollo reglamentario) así como para garantizar el cumplimiento de Convenciones fundamentales de la OIT (no del resto de la normativa laboral que deberá por eso atenerse a sus propias normas y controles para su observancia). Lo que no hace el precepto en absoluto, en coherencia con la distribución competencial en la materia que antes hemos analizado, es facultar al órgano de contratación para establecer el contenido de la relación laboral, las condiciones de trabajo serán las procedentes según su propio sistema de fuentes.

CUARTO.- No resultaría necesario analizar los restantes motivos del recurso pues el contenido de la Norma Foral es nulo por cuanto hasta ahora hemos expuesto, así, se trata de una disposición general que impone a todos los órganos de contratación una serie de Cláusulas Administrativas Particulares y Sociales cuando estos son los competentes para ello, y crea una organización para su control, organización que ha de correr la misma suerte en tanto en cuanto que es instrumental y causalmente dependiente con relación a lo anterior, se crea para ejercer una competencia de la que se carece.

No obstante esta última conclusión podemos efectuar las siguientes precisiones, a más abundamiento.

4.1 Nos hallamos ante una disposición de carácter general que produce efectos, importantes, respecto a terceros, es decir, no se trata de una mera disposición autoorganizativa.

En este sentido la norma indica qué clausulado han de tener los contratos, qué obligaciones deben respetar los contratistas, crea un órgano específico para su control y prevé las consecuencias que van a sufrir los contratistas que no observen aquellas cláusulas.

No puede interpretarse todo ello como una mera aplicación de la normativa estatal sino que va mucho más allá y parte de la asunción como propias de todas aquellas competencias.

No es necesario el plasmar en las cláusulas contractuales las obligaciones en materia laboral y de seguridad social que deben respetar los contratistas pues dicho contenido está ya previsto por la legislación correspondiente y resulta exigible no por las Instituciones Forales sino por las del Estado y Comunidad Autónoma, que son las realmente competentes en la materia.

Los contratantes, en su caso, lo que deberán hacer es dar cuenta a estos órganos competentes, en su caso, de las deficiencias que observen en la materia.

La introducción de dichas cláusulas y de su organismo de control no hace sino entorpecer la competencia de quien realmente la ostenta y crear confusión jurídica a los contratistas. Si recordamos -por su, mutatis mutandis, analogía- la doctrina constitucional contenida por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 47-2004, 341-2005 y 201-2013, la reiteración por quien carece de competencia del texto de una norma dictada por quien sí la ostenta únicamente puede tener lugar cuando haya competencias concurrentes y cuando se trata de dar coherencia, mayor inteligibilidad al texto de la propia competencia, en el caso no ocurre nada de esto pues se carece de competencia por la demandada y, además pero con un valor sustancial, no se está dotando de mayor claridad a la regulación sino introduciendo un severo factor de



confusión. Nótese que en la Sentencia mayoritaria se pretende la validez de algunas de las cláusulas laborales a través de un importante esfuerzo interpretativo lo que no ofrece dudas de la situación es realmente confusa para los contratistas y para los propios titulares legítimos de la competencia en la materia.

Las atribuciones de la demandada sobre la materia no son ni de desarrollo -carece de atribuciones normativas- ni ejecutivas -como antes hemos visto-, se limitan a estar sujetos, a aplicar en los contratos, las previsiones normativas estatales y autonómicas sobre trabajo y seguridad social como destinataria.

La Ley 42-1997 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en sus arts. 3 y 8 y en la Disposición Adicional Primera enumera las funciones estatales en la materia que da título a la Ley y que, por su parte, las funciones asignadas a la Comisión de Verificación creada por la Norma Foral recurrida permiten inferir que, realmente, se están asumiendo funciones propias del Estado.

Hay que destacar que la creación de un organismo para el control y represión de las cláusulas laborales y de seguridad social, coincidente con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en aspectos esenciales, es un elemento más que demuestra que la demandada está regulando y actuando en materia laboral y de seguridad social pues si crea un organismo para vigilar dicha materia y aplicar las consecuencias que ella misma ha establecido es porque está asumiendo como propia la misma. El único sentido que tiene la creación de este órgano de control es el velar por el respeto de una competencia que se asume como propia.

4.2 La Norma Foral determina qué entidades forales deben acomodar el clausulado de sus contratos a lo previsto por ella incluyendo no solo a las propias Juntas Generales y su organización instrumental sino a las Diputaciones Forales y resto del Sector Público Foral.

Para poder actuar de este modo es necesario que previamente cuente con una atribución normativa, concretamente en materia contractual, y ya hemos visto que carece de ella pues es la propia legislación estatal la que establece qué entidades y qué órganos van a ostentar el carácter de órgano de contratación y qué órganos van a poder dictar las cláusulas administrativas particulares.

Que las Juntas Generales sean el Poder Normativo Foral por excelencia (la organización institucional foral la encontramos tratada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2013-recurso nº 1413/2009 y 3 de abril de 2012-recurso nº 639/2009) no implica que puedan regular omnímodamente aspectos que afecten al resto de Instituciones Forales sino que para ello es necesario que se trate de una competencia foral y que las Juntas se encuentren facultadas para regular las materias concretas de que se trate.

La Ley de Contratos no le asigna tal competencia y tampoco puede producirse una especie de avocación por parte de las Juntas con relación a aquellas otras Instituciones Forales que no están vinculadas a ellas por una relación de jerarquía ni por una previa delegación de atribuciones (se vulneran así los arts. 12 , 13 y 14 de la Ley 30-1992).

4.3 Y, por último, la exigente aplicación del Convenio Colectivo de la Construcción de Álava y los que se dicten en su revisión, como garantía pretendida por la Norma Foral en beneficio de los trabajadores de los contratistas y subcontratistas, en realidad lo que está haciendo es alterar el sistema de fuentes laboral, absolutamente ajeno a sus atribuciones.

Así, de los arts. 3 , 82 a 84 y 86 del Estatuto de los Trabajadores , se desprende que el Convenio de Empresa, de existir, es de preferente aplicación a los superiores, que puede haber descuelgue del Convenio aplicable bajo determinadas circunstancias y que, finalmente, una vez agotada la vigencia del Convenio será el superior el que resulte aplicable y, en su caso, el derecho de mínimos.

Por lo tanto, la imposición del Convenio del Territorio Histórico en todo caso, que es lo que se infiere del texto de la Norma, implica una actuación normativa laboral por parte de una Institución sin atribuciones para ello y además contraria al propio sistema estatal de fuentes.

El texto expreso de la Norma es ilustrativo, se está imponiendo por la demandada la aplicación de un determinado Convenio -que no tiene porque ser el aplicable según el sistema de fuentes vigente- y no puede por la vía de la interpretación intentar salvar tal dicción pues con ello se está poniendo en el texto de la Norma algo que no solo no dice sino que su propia literalidad impide (se vulnera con ello el art. 72.2 de la LJ pues por vía de interpretación se está realmente integrando el texto, contrario a ello, de una norma) y deja a la luz, nuevamente, la confusión jurídica que el texto provoca.

Por todo ello creo que la Sentencia debió haber sido estimatoria con imposición de las costas procesales a la demandada.



Así lo pronuncia el Magistrado disidente JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ, en la Villa de Bilbao a 30 diciembre de 2015

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe en Bilbao, a 30 de diciembre de 2015.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ