



Lehiaren
Euskal Agintaritza

Autoridad Vasca
de la Competencia

INFORME DEL CONSEJO VASCO DE LA COMPETENCIA (CVC) CON RELACIÓN A LA CONVENIENCIA DE IMPUGNAR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA LA “NORMA FORAL 4/2013, DE 17 DE JULIO, DE INCORPORACIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CONTRATOS DE OBRAS DEL SECTOR PÚBLICO FORAL”.

Indice

I.- OBJETO DEL INFORME	1
II.- BASE JURÍDICA Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL CVC.....	2
III. CONTENIDO RELEVANTE DE LA NORMA	2
IV. ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DE COMPETENCIA DEL TEXTO DE LA NORMA FORAL.....	4
1. El mercado en las licitaciones.	4
2. Concepto de “cláusula social”.....	5
3. Normativa sobre incorporación de cláusulas de carácter social.	5
4. Incorporación de cláusulas de carácter social y compatibilidad con la normativa laboral.	9
5. El Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa	10
6. Posible afectación a la Competencia de la Norma Foral.	11
V. PLAZO PARA LA POSIBLE IMPUGNACIÓN.....	14
VI. CONCLUSIONES	14

Consejo Vasco de la Competencia

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Presidente

Dña. Natividad Goñi Urriza, Vocal

D. Rafael Iturriaga Nieva, Vocal

D. Ibon Álvarez Casado, Secretario

El Consejo Vasco de la Competencia (CVC), con la composición arriba indicada, ha adoptado el siguiente Informe.

I.- OBJETO DEL INFORME

1. El 22 de julio de 2013 se ha publicado en el Boletín Oficial de Gipuzkoa la Norma Foral 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del Sector Público Foral (en adelante NFICS). Su objeto



es, según consta en su artículo 1, determinar el contenido de las cláusulas de carácter social que deben incorporarse en los procedimientos de contratación de obras públicas que celebren los órganos de contratación de las entidades que integran el Sector Público Foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

2. Este CVC a través del presente Informe realiza un análisis de la compatibilidad con las normas de competencia de la referida Norma Foral.

II.- BASE JURÍDICA Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL CVC.

3. La Ley 1/2012, de la Autoridad Vasca de la Competencia, establece en el párrafo cuarto de su artículo 3 que la Autoridad Vasca de la Competencia podrá impugnar ante la jurisdicción competente los actos sujetos al derecho administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley, de las Administraciones Públicas autonómica, foral y local de la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuando de ellos se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. Se exceptúan de dicha competencia las normas forales fiscales de las Juntas Generales de los territorios históricos.

En virtud de esta normativa el CVC procede a abordar el análisis de la citada Norma Foral bajo la perspectiva de la normativa de defensa de la competencia, con el fin de concluir la pertinencia, o no, de impugnar la misma ante la jurisdicción contencioso-administrativa correspondiente.

III. CONTENIDO RELEVANTE DE LA NORMA

4. La norma foral analizada limita su ámbito de aplicación a los contratos de obras –calificados así de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del TRLCSP- que tengan un valor estimado igual o superior a la cuantía establecida para su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad (artículo 2.1 y 2.2 de la NFICS).

Esta norma obliga a todos los órganos de contratación de las entidades que integran el Sector Público Foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa (artículo 3 de la NFICS).

La norma exige la incorporación de ciertas cláusulas de carácter social en los contratos de obras que entran dentro de su ámbito de aplicación. Esta incorporación se lleva a cabo obligando a la introducción en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los procedimientos de contratación de obras.



En primer lugar, en el anuncio de la licitación y en la carátula de los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluye un subapartado indicando que el contrato se somete *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*.

En segundo lugar, conforme al artículo 5 de la NFICS, los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán necesariamente entre otras, la siguiente cláusula:

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, (...)”**

En tercer lugar, exige en su artículo 6 la incorporación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una mención sobre los criterios de adjudicación para el supuesto de que se presente una proposición desproporcionada o anormal.

Se considerarán, en principio como desproporcionadas o anormales las ofertas que sean inferiores en más de un 10% a la media aritmética de todos los precios de las ofertas admitidas.

Además, el apartado quinto de este mismo precepto considera como 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*.

Finalmente, en el artículo 7.4 de la NFICS se obliga a las empresas contratistas a cumplir con la obligación de disponer de un porcentaje mínimo del 30% de trabajadores con contrato indefinido, con el fin de garantizar la estabilidad laboral.

Todas estas obligaciones se consideran condiciones especiales de ejecución y deberán ser acreditadas en el marco de la ejecución del contrato (artículo 7.6 de la NFICS).



IV. ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DE COMPETENCIA DEL TEXTO DE LA NORMA FORAL

1. El mercado en las licitaciones.

5. La norma foral establece que su ámbito objetivo de aplicación está integrado por todos “aquellos contratos calificados como contratos de obras de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del TRLCSP”. En concreto establece la norma que estarán a ella sujetos aquellos contratos de obra que tengan un valor estimado igual o superior a la cuantía establecida para su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad.

Respecto del ámbito subjetivo de aplicación, la norma establece que será de aplicación a todos los órganos de contratación de las entidades que integran el sector público foral del territorio histórico de Gipuzkoa.

6. A los efectos de determinar el mercado relevante en las licitaciones interesa tomar en consideración las características de cada licitación, existiendo algunas que, por su relevancia, constituyen un mercado en sí mismas y otras que forman parte de un mercado más amplio¹. El ámbito de aplicación de la norma afecta en cualquier caso a la contratación de obra pública en el territorio histórico de Gipuzkoa. Al tratarse de obra pública, ésta se instrumenta por medio de licitaciones y en consecuencia la competencia se verifica por el mercado y no en el mercado y por lo tanto la afectación que se produce en la licitación, tiene efecto durante toda la existencia del contrato y su ejecución. Partiendo de estas premisas, la cuestión planteada en este informe es de especial relevancia, dado que el acceso al mercado se da únicamente en la licitación.

Debe subrayarse que el artículo 1 de la LCSP establece como “objeto y finalidad” de la norma:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y **no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos**, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la

¹ ...Desde un punto de vista económico, el que una licitación o un concurso puedan constituir en sí mismo un mercado relevante depende fundamentalmente de la naturaleza del producto que se licita, su grado de diferenciación y la frecuencia con la que sale al mercado. Cuando lo que se saca a concurso o subasta consiste en un producto muy diferenciado y además ello ocurre con un carácter muy esporádico, las condiciones de competencia serán muy específicas o pueden variar mucho de una vez a otra. En esos casos puede tener justificación definir cada licitación como un mercado.



adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la **salvaguarda de la libre competencia** y la **selección de la oferta económicamente más ventajosa**".

2. Concepto de "cláusula social"

7. El concepto de "cláusula social" se emplea para referirse al hecho de que la inversión pública que acompaña la contratación pública tome en consideración, promueva o impulse objetivos de política social en sentido amplio. Consiguientemente, puede decirse que son cláusulas sociales aquellas estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general.

La cláusula social constituye una estipulación añadida al cumplimiento de la obligación contractual principal —y autónoma a ella— por cuanto que, con carácter general, dicha cláusula nada tiene que ver con las especificaciones técnicas exigidas para la ejecución del contrato.

3. Normativa sobre incorporación de cláusulas de carácter social.

8. La Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea, de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, indicó un abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario para integrar aspectos sociales en la contratación pública². La citada comunicación pretendía contribuir al desarrollo sostenible, concepto éste que combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto del medio ambiente. Tal y como se expresa en su introducción, la Comunicación está destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en este tipo de contratos.

La introducción de esta norma establece que la política de contratación pública es uno de los componentes de la política del mercado interior, estando destinadas las directivas en la materia a garantizar la libre circulación de

² Com 2001 (566 final), que puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0566:FIN:ES:PDF>



mercancías y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública³.

La realización de dichos objetivos pasa por la coordinación de los procedimientos de contratación pública. De esta forma, los poderes adjudicadores pueden, en principio, obtener la mejor relación calidad-precio, siempre que respeten una serie de normas, tales como la selección de los candidatos con arreglo a requisitos objetivos y la adjudicación del contrato en función, bien exclusivamente del precio, bien de la oferta económicamente más ventajosa, es decir, de un conjunto de criterios objetivos.

Afirmado lo anterior, se matiza que la política del mercado interior incluye la consecución de otros objetivos y, entre ellos, los de la política social. Además, si bien reconoce que las actuales Directivas sobre contratos públicos no contemplan expresamente la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público, afirma que la normativa comunitaria de contratación pública ofrece todo un abanico de posibilidades que, convenientemente aprovechadas, permiten alcanzar el resultado buscado.

9. La citada Comunicación interpretativa reconoce a los poderes adjudicadores las siguientes posibilidades.

- a) optar por bienes, servicios u obras que se ajusten a sus preocupaciones sociales, siempre que esta elección no dé lugar a un acceso restringido al contrato en detrimento de los licitadores de otros Estados miembros.
- b) imponer especificaciones técnicas que definan con mayor precisión el objeto de la compra o de la prestación, siempre que éstas se atengan a las indicaciones dadas en las directivas y que no tengan por efecto el eliminar o aventajar a un licitador.
- c) excluir a cualquier licitador que no esté al corriente en el pago de las cotizaciones de la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o del país del poder adjudicador.

³ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18.6.1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14.6.1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14.6.1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificadas por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14.6.1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, modificada por la Directiva 98/04/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.



d) excluir a cualquier licitador que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional o que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar.

e) exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos, en caso de que el contrato requiera aptitudes específicas en materia social.

f) utilizar criterios que integren aspectos sociales para determinar la oferta económicamente más ventajosa, siempre que comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato.

g) aplicar cláusulas contractuales o «condiciones de ejecución del contrato», siempre que se ajusten al Derecho comunitario y, en particular, que no tengan un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros.

10. La Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procesos de adjudicación de los contratos de obras, de suministros y de servicios, contempla la posibilidad de que los poderes adjudicatarios puedan regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades propias de las categoría de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios de las obras, suministros y servicios objeto del contrato⁴.

Así, su artículo 26 establece que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales de tipo social y medioambiental en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Por su parte, su artículo 27 establece que el poder adjudicador podrá señalar, en el pliego de condiciones, el organismo del que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, a las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato. El poder adjudicador que facilite dicha

⁴ Véase DOUE de 30 de abril de 2004, accesible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:ES:PDF>



información solicitará a los licitadores que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección y condiciones de trabajo en el lugar donde vayan a realizarse las prestaciones.

Esta última disposición se aplica sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 que establece:

Si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta. Dichas precisiones se pueden referir, entre otras cosas *al respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación.*

11. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, prevé varios mecanismos para introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social así como medioambiental⁵.

Así, su artículo 117 establece que las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Asimismo, su Disposición adicional decimoctava establece que en el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

12. El Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema “La modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente” expresa, en su párrafo 20, que *“Coincide con la Comisión Europea en que los entes públicos pueden aportar una importante contribución al logro de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, usando su poder adquisitivo para procurar bienes y servicios con un mayor «valor societal» como, por ejemplo, en términos de fomentar la innovación, o*

⁵ <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887>



de respetar el medio ambiente y luchar contra el cambio climático, o reduciendo el consumo de energía, o mejorando el empleo, la sanidad pública y las condiciones sociales, o promoviendo la igualdad, al tiempo que se mejora la inclusión de los grupos desfavorecidos. Es preciso encontrar un equilibrio entre dichos objetivos, objetividad y no discriminación, en pos de una competencia equitativa, permitiendo un acceso justo para las PYME. Además, en sus licitaciones los entes descentralizados han de poder imponer criterios más estrictos que los requisitos mínimos de la UE, sin poner en peligro la libre competencia. El Comité pide, sin embargo, a la Comisión que, en la elaboración de las nuevas directivas sobre contratación pública, conceda una cierta dosis de libertad de elección a los poderes adjudicadores. Esto podría realizarse, por una parte, requiriendo a las autoridades públicas que fomenten determinados servicios de «valor societal» en su contratación pública, y, por otra, concediéndoles la libertad de elegir una o más de entre una lista de opciones.»⁶

4. Incorporación de cláusulas de carácter social y compatibilidad con la normativa laboral.

13. Reciente ha entrado en vigor la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁷. Dicha Ley modifica los artículos 84.1 y 84.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que quedan redactados del siguiente modo:

“1. 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.”

El apartado 2 del artículo 84 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda redactado como sigue:

“2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

⁶ C 192/4, DOUE 1 de Julio de 2011, también accesible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:192:0004:0009:ES:PDF>

⁷ BOE 162, de 7 de julio.



- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.....”

La aplicación - como condición de ejecución de un contrato público- de un convenio colectivo territorial determinado podría ir en contra de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa. La norma foral que ahora se analiza podría constituir una limitación de la autonomía colectiva de las empresas en la medida en que podría coartar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios en los términos previstos en la Ley (art. 37 CE).

5. El Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa

14. El artículo 1, párrafo primero del Convenio Colectivo de la Construcción y obras públicas de Gipuzkoa 2007-2009 establece que será de aplicación obligatoria *en el Territorio Histórico de Gipuzkoa en todas las obras y centros de trabajo de las empresas a que se refiere su ámbito funcional (...).*

En el párrafo segundo de ese mismo precepto prevé la posibilidad de que los trabajadores que sean desplazados desde su centro de trabajo en el TH de Gipuzkoa a otro TH o provincia, puedan someterse a otro Convenio distinto vigente en el momento del traslado. Esta disposición no exige que las condiciones laborales previstas en el otro convenio sean más favorables que las contenidas en el Convenio de Gipuzkoa para que los trabajadores desplazados puedan someterse al primero. Esta posibilidad nos lleva a



cuestionar si las normas del Convenio de Gipuzkoa pueden ser consideradas disposiciones imperativas de protección mínima.

6. Posible afectación a la Competencia de la Norma Foral.

15. Las barreras de entrada se conceptúan como todas aquellas dificultades y costes que desalientan o directamente imposibilitan la entrada de nuevos operadores en un determinado mercado⁸.

Entre estas barreras de entrada distinguimos las legales, las técnico-económicas y las derivadas de la posición consolidada que disfrutaban las empresas ya presentes en el mercado⁹.

16. En caso de que las Administraciones públicas establezcan barreras de entrada legales que restrinjan o impidan el acceso a un mercado, dichas barreras deben reunir los requisitos de no discriminación, necesidad (que la limitación esté justificada por una razón imperiosa de interés general) y proporcionalidad (que sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado)¹⁰.

La norma foral impone -para la empresa adjudicataria de cualquier licitación, para un contrato de obra de cualquier órgano de contratación del Sector Público Foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa- la aplicación de las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios colectivos que lo revisen. La aplicación obligatoria de un concreto convenio colectivo a empresas licitadoras a las que no les es inicialmente de aplicación, por hallarse fuera de su ámbito geográfico, funcional o subjetivo, puede producir el efecto de eliminar o desincentivar a un licitador.

Las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa incluyen cuestiones tales como: restricciones a la posibilidad de concertar contratos por tiempo cierto; restricciones a las causas

⁸ Informe del TDC del Expediente de Concentración Económica C89/05 Igualatorios Médicos.

⁹ Criterios establecidos en el apartado 71 de las Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:es:PDF>

¹⁰ Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE nº 283, de 24 de noviembre)



por las que se puede desplazar a un trabajador (y se fija el régimen de dicho desplazamiento); indemnización por finalización del contrato en las empresas; las retribuciones con las tablas salariales; las subvenciones y gratificaciones; la jornada laboral; las vacaciones, y las licencias...

Todas estas cuestiones influyen directamente en el coste social de las empresas. La igualación de todas esas condiciones -de diversa entidad y naturaleza- mediante la imposición de un determinado convenio colectivo puede implicar una carga injustificada y producir el efecto de disuadir a ciertas empresas de concurrir a la licitación. Igualmente puede reducir los elementos que permiten distinguir las ofertas entre sí y hacerlas más competitiva.

La existencia de barreras legales que no reúnan los requisitos de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios y, en consecuencia, un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado afectado, que requiere la intervención de las autoridades de defensa de la competencia, bien ejerciendo sus facultades de promoción, bien las de impugnación.

17. En el presente caso, procede analizar si la exigencia de la aplicación de un convenio colectivo concreto a la empresa que resulte adjudicataria de una licitación pública, es discriminatoria, necesaria y proporcionada al objetivo que se persigue.

La exigencia de imponer las condiciones de trabajo del Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa o de los sucesivos convenios colectivos que lo revisen, puede resultar **discriminatoria** porque constituye una obligación extraordinaria para cualquier empresa que por la razón que sea no esté sometida en origen a las condiciones laborales de ese concreto Convenio Colectivo. (Por ejemplo las empresas situadas en Gipuzkoa, por haber pactado otras condiciones en un convenio colectivo de empresa o las empresas de otros territorios históricos que se rijan por un convenio colectivo territorial distinto). A todas ellas se les impone el sometimiento a unas condiciones laborales que no les son de aplicación atendiendo a los requisitos de la legislación laboral. Por el contrario el propio Convenio Colectivo de Gipuzkoa permite, atendiendo a su ámbito de aplicación, que los trabajadores guipuzcoanos se sometan a otras condiciones cuando son desplazados fuera del TH.

El análisis de la **necesidad** de la medida para determinar si ésta está justificada por una razón imperiosa de interés general. En el caso de trabajadores desplazados desde otros territorios a Gipuzkoa, éstos siempre estarían protegidos por las condiciones de su propio convenio —de empresa, sectorial o provincial—. Por ello no se produciría una falta de protección de



condiciones laborales que exigiera la actuación de las autoridades. Además, la exigencia de un convenio concreto no asegura, de por sí, la mayor de las protecciones a los trabajadores de la empresa adjudicataria, pudiendo ser más favorable, en algunas cláusulas, y más desfavorable en otras. No creemos que las todas condiciones laborales incluidas en el Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Gipuzkoa puedan considerarse disposiciones imperativas de protección mínima cuya aplicación se extienda a los trabajadores desplazados por la empresa adjudicataria al territorio de Gipuzkoa.

La **proporcionalidad** debe ser entendida como el hecho de que no exista otro instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue. En este sentido procede concluir que la exigencia de la aplicación de la totalidad un convenio colectivo concreto no resulta proporcional al objeto que se pretende en la medida en que el convenio contiene referencias a cuestiones que no se pueden considerar disposiciones imperativas de protección mínima.

18. Por tanto, no considerándose ni necesaria ni proporcional la exigencia de la aplicación de un convenio colectivo concreto a la empresa que resulte adjudicataria de una licitación pública, esta exigencia debe considerarse una barrera de entrada no justificada al mercado de las licitaciones públicas.

19. La Norma Foral 4/2013 contiene otras exigencias que pueden incentivar una igualación de los costes de las ofertas que presenten las empresas licitadoras (por ejemplo la consideración como temeraria recogida en el artículo 6 de cualquier oferta que sea inferior en más de un 10% de la media de las admitidas). Este tipo de disposiciones reducen un elemento de competencia entre las posibles licitadoras y generan por tanto un problema en la competencia por el mercado.

20. Si bien la iniciativa de la JJGG puede ser loable en términos sociales porque busca alcanzar objetivos laborales a través de la citada contratación pública, en particular, evitar el dumping social y garantizar a todos los trabajadores una igualdad salarial según los estándares retributivos, puede, tal como está diseñada, producir el efecto de otorgar ventajas a determinadas empresas.



V. PLAZO PARA LA POSIBLE IMPUGNACIÓN

21. El artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada.

No obstante debe tenerse en cuenta que durante el mes de agosto no corre el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 128.2 de la citada Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

22. El artículo 185 de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, establece que los plazos procesales se computarán con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil. El artículo 5 del Código Civil establece que si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en el cómputo del plazo de fecha a fecha, dado que se inicia al día siguiente de aquél que se toma como referencia, el día final es siempre el mismo ordinal del día que se esté tomando en consideración¹¹.

23. En el presente caso el plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo se inicia el día siguiente de la publicación de la Norma Foral en cuestión, que se produjo el 22 de julio de 2013. No obstante el cómputo de dicho plazo se ha visto interrumpido durante el mes de agosto en virtud de lo dispuesto por el artículo 128.2 de la Ley 29/1998, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Reanudado el cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo, debe señalarse que éste expira a las veinticuatro horas del día 22 de octubre de 2013.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA: La incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública está permitida por las legislaciones comunitaria y estatal en materia de

¹¹ Entre otras, sentencias de 3 de octubre de 1990 y de 3 de junio de 1994.



contratos públicos. Dicha incorporación está sometida por la normativa de contratación pública al respeto de los principios de la libre competencia.

SEGUNDA: El contenido de la Norma Foral 4/2013 (en especial la referencia a la inclusión del Convenio Colectivo en todo aquello que no pueda considerarse disposición imperativa de protección mínima, el artículo 6 y el 7.4.a) incluye obligaciones que pueden constituir una barrera de entrada no justificada al mercado de las licitaciones de obra pública en el Territorio Histórico de Gipuzkoa, que restringiría la libre competencia en dicho mercado.

TERCERA: La Autoridad Vasca de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la Norma Foral 4/2013, en virtud de lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 3 de la Ley 1/2012, de la Autoridad Vasca de la Competencia, dado que la citada Norma Foral es una disposición general de rango inferior a la ley que no reúne la condición de norma foral fiscal.

CUARTA: El plazo para impugnar la citada Norma Foral concluye a las veinticuatro horas del día 22 de octubre de 2013.

En Bilbao, a 17 de septiembre de 2013

PRESIDENTE

MARIA PILAR CANEDO ARRILLAGA

SECRETARIO

IBON ALVAREZ CASADO

VOCAL

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

VOCAL

RAFAEL ITURRIAGA NIEVA