

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO HERRAMIENTA DE MEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES: POSIBILIDADES, LÍMITES Y LIMITACIONES

ANTONIO DAVID BERNING PRIETO

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

RESUMEN: La presente aportación¹ pretende efectuar una reflexión acerca de las formas en que la contratación pública podría ser un instrumento de mejora de las condiciones laborales de los profesionales archiveros mediante las técnicas que la normativa vigente en materia de contratación pública permite. Adicionalmente, se proponen medidas adicionales en que las asociaciones de este tipo de profesionales podrían conseguir avances en este sentido.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública; convenio colectivo; cláusulas sociales; administraciones públicas; archiveros.

ABSTRACT: This contribution aims to reflect on the ways in which public contracting could be an instrument for improving the working conditions of professional archivists through the techniques that current regulations on public contracting allow. Additionally, additional measures are proposed in which associations of this type of professionals could achieve progress in this regard.

KEYWORDS: Public procurement; collective agreement; social clauses; public administrations; archivists.

¹ La naturaleza del texto, para ser leído durante el Congreso de la Asociación de Archiveros de Andalucía, cuyo origen se encuentra en el Informe elaborado a petición de la entidad para la mejora de las condiciones laborales del gremio, explica la escasa presencia de citas bibliográficas, añadidas posteriormente de forma puntual para mayor claridad de lo expuesto.

1.- Planteamiento general de la cuestión

La contratación pública responde a la principal finalidad de proveer a la Administración de aquellas obras, servicios o suministros que no puede realizar por sus propios medios materiales y personales. No obstante, desde hace años existe una clara tendencia a utilizar la contratación pública para conseguir otro tipo de objetivos de naturaleza medioambiental o social, principalmente, tal y como se desprende de diversos documentos procedentes de instancias europeas².

En el presente trabajo se analizarán las posibilidades que ofrece la contratación pública de mejorar las condiciones salariales en general, de estos profesionales en particular, en relación con las licitaciones que se llevan a cabo por las diversas entidades del sector público en materia de gestión documental y archivística, o las alternativas que ofrece el ordenamiento jurídico para promover dicha mejora.

2.- Las cláusulas sociales en la contratación pública para fomentar las buenas prácticas en el sector de la archivística

La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante), ha previsto distintas herramientas para incluir determinadas previsiones en materia de contratación pública para fomentar las que se han venido a denominar “cláusulas sociales” (junto con las “cláusulas ambientales”), con el fin de fomentar las políticas sociales, a lo que aquí interesa, en la contratación por parte de las entidades del sector público, toda vez que a través de esta vía es posible incidir positivamente en el comportamiento de las empresas licitadoras,

² Entre otros, puede destacarse la Comunicación de la Comisión Europea (2021). *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas* (2ª ed.), así como las obras del mismo organismo: *Executive Agency for Small and Medium-sized Enterprises*. Martignetti, L., Caimi, V. y Daniele, D. (2020). *Buying for social impact : good practice from around the EU*, <https://data.europa.eu/doi/10.2826/8319>, y *Executive Agency for Small and Medium-sized Enterprises, Buying for social impact*, <https://data.europa.eu/doi/10.2826/694344>.

consiguiendo así la adopción por parte de estas de medidas de responsabilidad social.

En este sentido, el artículo 28.2 LCSP dispone que *“las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”*, comprendiéndose en el contenido mínimo del contrato ex artículo 35.1.c) LCSP la *“definición del objeto y tipo del contrato, teniendo en cuenta en la definición del objeto las consideraciones sociales, ambientales y de innovación”*, previsiones que se reiteran en distintos preceptos de la Ley en relación con los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (art. 122.2), de Prescripciones Técnicas (art. 124), como criterios de adjudicación (art. 145.2), como criterio de desempate (art. 147.2), o la posibilidad de solicitar informes técnicos a organizaciones -entre las que podría encontrarse la propia Asociación de Archiveros de Andalucía (en adelante, también AAA)- a fin de informar acerca de la valoración de las proposiciones en lo que se refiere a determinadas condiciones sociales (art. 157.5).

En el ámbito nacional se aprobó la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Igualmente, en el ámbito autonómico andaluz, la Junta de Andalucía, sensible a dicha necesidad, aprobó en 2016 el Acuerdo de 18 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el cual tiene por objeto *“la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos que celebre la*

Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, con el fin de contribuir a la promoción y consolidación de un tejido empresarial sostenible, la apuesta por un empleo de calidad, con un fuerte compromiso social y ambiental así como a la consecución de un sistema de contratación pública sostenible, que aúne política social, balance social y redistribución equilibrada de la riqueza”, para lo cual se establece que en las licitaciones se incorporen tales cláusulas siempre que (i) sea posible de conformidad con el objeto del contrato, (ii) resulten ajustadas a Derecho de la Unión Europea y (iii) se indique en el anuncio de licitación y en los pliegos³.

En este sentido, lo que resultaría más adecuado, para garantizar el cumplimiento de estas cláusulas, sería establecerlas en el PCAP como condición especial de ejecución del contrato, distinguiéndose en tal caso:

- a) Aquellas cuyo incumplimiento daría lugar a la imposición de penalidades ex artículo 192 LCSP.
- b) Aquellas cuyo incumplimiento, al configurarse en el PCAP como obligación de carácter esencial a los efectos del artículo 211.f), podrían dar lugar a la resolución del contrato.
- c) Aquellas que, a pesar de no establecerse de carácter esencial, se tipifican en el PCAP como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 71.2.c) LCSP.

En cualquier caso, de establecerse este tipo de cláusulas, deben efectuarse de forma clara, precisa e inequívoca para resultar ajustadas a Derecho, aspecto en el que debe tenerse especial precaución, describiendo la obligación y el supuesto concreto en el que se produciría el incumplimiento, así como la consecuencia jurídica a que daría lugar. En este sentido, podría establecerse por ejemplo que:

- “Se configura como obligación de carácter esencial a los efectos del artículo 211.f) LCSP la reducción del salario de los trabajadores establecida en la oferta presentada”.

³ Para un estudio detallado sobre esta cuestión, *vid.* HERNÁNDEZ SALGUERO, E. (2018). “Cláusulas sociales en la contratación pública”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dir.). *Tratado de Contratos del Sector Público*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, Tomo III, p. 2381.

- “Se configura como obligación de carácter esencial a los efectos del artículo 211.f) LCSP el incumplimiento de las previsiones del convenio colectivo que resulta de aplicación, concretamente el [...]”.

No obstante, debe advertirse que la principal cláusula social que podría incorporarse para garantizar las condiciones salariales del colectivo de archiveros sería el cumplimiento del convenio colectivo correspondiente, que en este caso es inexistente, por lo que la virtualidad práctica de esta posibilidad quedaría ciertamente reducida, si no anulada, ya que lo único que resultaría posible establecer sería el obligado cumplimiento del Convenio Colectivo del Sector Oficinas y Despachos, en relación con las categorías profesionales previstas en el mismo que se entiendan son equivalentes (o, al menos, se acercan más a la función real del archivero), a sabiendas de que no se corresponden fielmente con este tipo de profesional, al no estar expresamente destinado al mismo.

Otras cláusulas sociales de corte genérico sí se podrían incluir sin inconveniente, tales como la obligación de subrogación de personas trabajadoras, la comprobación del pago de los salarios o la mejora de las condiciones laborales.

En la actualidad, y hasta la concertación de un convenio colectivo para este sector, la única forma de establecer de alguna forma un salario adecuado para el colectivo sería a través del cálculo del presupuesto base de licitación. El artículo 100 LCSP, en relación con el presupuesto base de licitación, establece que *“en el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado”*, para lo cual *“se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación”*, concretándose para el caso que nos ocupa que *“en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución formen parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de*

forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia”.

Adicionalmente, el artículo 101.2 LCSP dispone que *“en el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial”.*

Y, a mayor abundamiento, el artículo 102.3 LCSP exige que *“en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales [como sucede en la mayoría de servicios de naturaleza archivística] deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”*, motivo por el cual se insiste en los beneficios que podría aportar la concertación de este instrumento de negociación colectiva al sector.

Por tanto, entre los conceptos a incluir en el cálculo del presupuesto base de licitación, podrían preverse los siguientes:

- a) Costes directos, entre los que estarán los costes salariales, incluyendo el 30% de cuota patronal.
- b) Costes indirectos.
- c) Beneficio industrial, que podría establecerse en torno al 7-10% aproximadamente.

A pesar de que el contrato debe ejecutarse a riesgo y ventura del contratista, para salvaguardar el buen fin del contrato, no puede obviarse que el adjudicatario puede experimentar durante su ejecución determinadas circunstancias vinculadas directamente a los trabajadores. Y es que, en este tipo de contratos, la mayor parte de su precio corresponde a gastos salariales, lo cual supone que el riesgo de una eventual situación de incapacidad temporal se incremente exponencialmente, caso en que resultaría mermado el equilibrio económico-financiero del contrato.

Para evitarlo, podría valorarse en la práctica la inclusión de un factor de corrección en los costes salariales, por ejemplo, del 1,20 o 1,30%, suponiendo ese incremento aliciente suficiente para hacer frente a cualquier eventual situación de este tipo durante la vida del contrato, y evitando así que la asunción de tales riesgos en la práctica suponga una reducción salarial de los trabajadores, a los que se repercutiría indirectamente dicho riesgo que originalmente corresponde al empresario.

Es posible también incluir como criterio de solvencia técnica determinada experiencia específica del equipo humano o una titulación mínima, ajustándolo a determinadas categorías profesionales contenidas en el Convenio Colectivo que, hasta la fecha, resultaría de aplicación (el de Oficinas y Despachos, *vid. supra*). Así, las cláusulas podrían prever, por ejemplo:

- “Experiencia específica del equipo humano que prestará el servicio con indicación de horas de formación y currículum adecuado a los servicios propios de la archivística, tales como [...]”.
- “Titulación mínima exigida en materia documental o archivística: [...]”.

Otra opción sería imponer límites a la subcontratación, obligando a la adscripción de medios propios a la entidad adjudicataria de los servicios archivísticos, obligando así indirectamente al adjudicatario a tener personal propio para la ejecución del contrato.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el establecimiento de límites a la subcontratación ha pasado históricamente por diversos condicionantes, en función de la perspectiva social que en cada momento histórico se ha dado a este fenómeno. En la actualidad, la legislación en materia de contratación pública no establece apriorísticamente límites a la subcontratación, permitiendo al órgano de contratación su modulación. En caso de establecerse este tipo de límites, debe efectuarse de forma motivada y fundamentarlo en cuestiones técnicas de especialización del personal seleccionado, si bien habrá de estarse al caso concreto, ya que la casuística puede ser muy variada en este sentido y a veces resultará difícil justificar dicha limitación por la propia naturaleza del objeto del contrato el cual, al no constituir una obligación de carácter

personalísimo, sería susceptible de sustitución siempre y cuando el profesional tenga la misma cualificación.

3.- La impugnación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como medio de corrección de situaciones anómalas

Las asociaciones de archiveros son organizaciones representativas del colectivo de archiveros, por lo que eventualmente podrían estar interesadas en recurrir determinados Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares en relación con cláusulas que estime no sean ajustadas a Derecho y vulneren intereses de sus asociados, ya que éstos suelen ser personas físicas y, salvo que participen en el procedimiento de adjudicación, no podrán recurrir la documentación que rige la licitación⁴.

Dicha posibilidad partiría del estudio acerca de la posible legitimación de las asociaciones de este tipo de profesionales para la impugnación de documentos que rijan una determinada licitación e incluso el acuerdo de adjudicación, con especial importancia de aquellas licitaciones susceptibles de recurso especial en materia de contratación pública.

En este sentido, se detectan diferentes criterios en la doctrina administrativa de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales en el tratamiento de la cuestión relativa a la legitimación de las asociaciones para interponer recurso especial en materia de contratación.

⁴ Téngase en cuenta al respecto la Resolución 134/2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que reconoció legitimación activa a algunos trabajadores de una de las empresas licitadoras, que tuvo ocasión de comentar en BERNING PRIETO, A.D. *Legitimación de trabajadores de la entidad contratante para la interposición del recurso especial en materia de contratación. Comentario a la Resolución 134/2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en el Observatorio de Contratos Públicos* (Disponible en: https://www.obcp.es/opiniones/legitimacion-de-trabajadores-de-la-entidad-contratante-para-la-interposicion-del-recurso#:~:text=Pues%20bien%2C%20en%20el%20presente%20caso%20el%20Tribunal,inter%20leg%20de%20las%20recurrentes%20debe%20ser%20protegido.)).

La legitimación, basada en el interés legítimo, para el Tribunal Supremo, como se desprende de sus sentencias de 19 de noviembre de 1993 y 27 de enero de 1998, entre otras, supone *“la titularidad de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar ésta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal de que la obtención del beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética”*.

Partiendo de dicha base de corte general, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC, en adelante) ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación pública de las asociaciones en general, pudiendo citarse sus Resoluciones 122/2012, de 30 de mayo, 257/2012, de 14 de noviembre y 269/2013, de 10 de julio, en las que estableció que el alcance del “interés legítimo”, en caso de terceros no licitadores, aunque la doctrina jurisprudencial en el ámbito administrativo considera el concepto con criterios amplios (lo cual permitiría recurrir a quienes tengan un interés legítimo distinto al de obtener la adjudicación), tal interés ha de ser propio e ir más allá de la mera defensa de la legalidad.

A juicio del TACRC, *“es menester que la resolución administrativa impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre, lo que descarta la acción pública fuera de los casos excepcionales en los que el ordenamiento jurídico la permite”*.

En otra resolución, concretamente la 286/2018, de 23 de marzo, el propio TACRC examina los fines que tiene la Asociación que interpone el recurso especial para determinar si ostentan o no legitimación activa, encontrándose en los Estatutos que uno de ellos sería *“representar y defender los intereses de los asociados”*. Pues bien, el TACRC inadmite el recurso especial contra los Pliegos por no apreciar legitimación activa en la asociación, en tanto en cuanto, a juicio del Tribunal, *“la asociación recurrente no acredita un interés directamente relacionado con el objeto del recurso, tan solo una relación refleja*

con dicho objeto, basada en los fines que defiende esa asociación, de suerte que los efectos de una eventual resolución estimatoria de este recurso no incidirían de por sí sobre su esfera jurídica, pudiendo hacerlo tan solo de forma meramente hipotética o potencial”, sin apreciar por tanto legitimación en este caso a la asociación; en definitiva, no por no poder ostentarla en virtud de sus fines recogidos vía Estatutos, sino por no apreciar interés legítimo en su intervención.

Otras resoluciones posteriores se han pronunciado en el mismo sentido. Así, la 1179/2019, de 21 de octubre, estableció que *“la relación que fundamenta la legitimación debe examinarse entre la Asociación recurrente y el objeto del contrato, así como con el objeto del presente recurso; es decir, la legitimación viene determinada no solo por los intereses colectivos por los que vela la Asociación recurrente, sino también por la relación de estos intereses en el procedimiento de licitación”.*

Por el contrario, el mismo TACRC ha emitido otras resoluciones en las que sí reconocen la legitimación de las asociaciones para la interposición del recurso en defensa de los intereses colectivos, concretamente resoluciones como la 29/2011, de 9 de febrero, la 101/2013, de 6 de marzo, la 918/2014, 12 de diciembre y la 1105/2015, de 4 de diciembre, al considerar que *“parece claro que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la concurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de los actos administrativos”.*

De la resolución 1388/2019, de 2 de diciembre, en la que la Asociación de Archiveros y Gestores de Documentos del Principado de Asturias recurrió los Pliegos de la licitación del “servicio de archivo, custodia y gestión de los fondos documentales de los órganos judiciales en el Principado de Asturias”, se pueden extraer diversas apreciaciones, tales como la necesidad del acuerdo del órgano competente en la Asociación para interponerlo, o que entre los fines de la Asociación previstos en sus Estatutos se encuentre “defender los intereses profesionales de los asociados, la promoción de actividades

formativas, y la reivindicación de mejores condiciones de trabajo en el ejercicio de sus funciones”, no obstante lo cual el Tribunal entiende que *“ninguna de estas finalidades encontraría satisfacción en la estimación de alguno de los fundamentos del recurso”*, habiéndose incluido incluso por la Asociación en su escrito de recurso como motivo que *“se albergan serias dudas de que se haya realizado un análisis y justificación suficientes para que se considere que, no disponiendo la Administración del Principado de Asturias de los medios personales y materiales para ello, sea precisa la contratación de un servicio que suplantaré en su totalidad las funciones de un órgano administrativo, el Archivo Judicial Territorial del Principado de Asturias”*.

Por su parte, de la exhaustiva revisión de las resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía se desprende que existe una mayor flexibilidad y, por tanto, es más proclive a la apreciación de la legitimación activa por parte de asociaciones para la interposición del recurso especial en materia de contratación pública, siendo la regla general su admisión.

Esto resulta ciertamente positivo en la comunidad autónoma andaluza, por lo que se garantiza en cierto modo que, en caso de interposición, sin perjuicio de los motivos de fondo de cada supuesto, tendría elevadas posibilidades de ser reconocida la legitimación activa de la Asociación de Archiveros de Andalucía y, por ende, de ser admitido a trámite el recurso. No obstante, en el resto de asociaciones cuyo ámbito territorial autonómico sea diferente, deberá ser objeto de estudio específico previo en caso de pretender su interposición.

En este sentido, en el seno del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCJA, en adelante) puede destacarse la resolución 225/2014, de 18 de noviembre, en la que se parte de que *“el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses defendidos por este tipo de asociaciones, no pudiendo negárseles legitimación de partida y con carácter general, sin antes analizar aquella incidencia y el modo en que la misma resulta justificada e invocada en el recurso interpuesto”*, de conformidad con la jurisprudencia del

Tribunal Supremo la cual, como tuvo ocasión de afirmar en su sentencia de 20 de mayo de 2008, que *“la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC 327/1997)”*.

Por tanto, la clave se encuentra, a juicio del TARCJA, en la existencia de una conexión específica entre el acto impugnado y la actuación o el estatuto de la asociación, siendo suficiente para el Tribunal, en este caso, que entre los fines de la misma se encontrase *“la representación y defensa de los intereses profesionales de sus asociados ante la administración, instituciones, tribunales, entidades y particulares”*, por lo que sería conveniente que conste dicha previsión en los estatutos de la asociación que pretenda recurrir ya que, interpuesto un eventual recurso, el TARCJA reconocería su legitimación siempre y cuando el recurso se funde en la infracción de principios cuya promoción y defensa tenga atribuida en virtud de sus estatutos, y, en consecuencia, admitiría en tal caso la concurrencia de la conexión específica que exige la jurisprudencia entre el acto impugnado y los fines estatutarios de la asociación.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta, tal y como se precisa en la resolución del TARCJA 16/2020, de 28 de enero, caso en el que negó legitimación a la asociación recurrente (al igual que el TACRC con anterioridad en un recurso interpuesto por la misma Asociación Nacional de Inspectores de la Hacienda

Pública Local contra pliegos que licitaban servicios que, a juicio de dicha asociación, implicaban el ejercicio de autoridad los cuales, de ser adjudicados, serían llevados a cabo por entidades privadas), resulta clave que sus asociados puedan presentarse a la licitación, lo cual concurriría en el supuesto en que cualquier archivero perteneciente a la asociación pudiese concurrir a una licitación pública de servicios típicos de su ramo; permitiéndose además, tal y como recoge la resolución 45/2010, de 11 de febrero, interponer el recurso frente a los Pliegos por el incumplimiento de determinados aspectos relacionados con el valor estimado del contrato, el presupuesto base de licitación y su desglose.

Por tanto, la clave reside en la exigencia de concreción de la relación entre el acto impugnado y los fines de la asociación, recogidos en sus Estatutos, lo cual, sería claramente defendible.

Todo lo expuesto en relación con el recurso especial en materia de contratación pública sería extensible a cualquier otro recurso que eventualmente quisiese interponerse (recursos administrativos ordinarios, por no ser el Pliego en cuestión susceptible de recurso especial), toda vez que la cuestión de la legitimación es un aspecto independiente del tipo de recurso interpuesto y, por ende, no debería negarse por una Administración Pública a la vista de un recurso presentado por aquella si los Tribunales Administrativos competentes en materia de recurso especial en contratación pública reconocen reiteradamente dicha legitimación en sus resoluciones.

En un eventual proceso contencioso-administrativo, la legitimación se regula en el artículo 19.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA, en adelante) dispone que: *“Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: [...] b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”*.

El Tribunal Supremo es exigente al respecto, tal y como se desprende de su sentencia de 28 de enero de 2007 (reiteradas en otras de 23 y 24 de julio de 2009 así como en la de 19 de mayo de 2010), en la que denegó la legitimación a un sindicato (pero cuyo pronunciamiento sería, a mi juicio, extensible al resto de entes asociativos) debido a que la *“justificación no se satisface con dar por supuesto que el Sindicato actúa en defensa de un interés colectivo, o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de la denominada <función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores>, sino que debe existir, y justificar, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trata, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado”*, motivo por el cual deberá acreditarse correctamente la ventaja específica de prosperar el recurso, más allá del interés genérico por el cumplimiento de la legalidad, en aras a su admisibilidad.

4.- De la posibilidad de establecerse “tarifas u honorarios orientativos”, a percibir por los profesionales de la archivística, que sirvan para el cálculo de costes en la preparación de las licitaciones públicas.

Sin perjuicio de la realidad existente en la práctica administrativa, consistente en que se licitan constantemente contratos para la prestación de servicios relacionados con la archivística que realmente serían susceptibles de ser cubiertas mediante la provisión de puestos de trabajo por parte de las administraciones públicas en lugar de contratar determinados servicios a largo plazo que, en realidad, son estructurales y de especial importancia, el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en su resolución 244/2016, en la que, en relación con la determinación del objeto y de las necesidades a satisfacer por el órgano de

contratación, indicó que *"el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él"*, por lo que cualquier eventual recurso contra dicha decisión podría no prosperar por este motivo, por más que fuese una actuación criticable.

Para determinar la procedencia o no de la publicación, por parte de las asociaciones representativas de los archiveros, de salarios orientativos para los profesionales del sector, debe partirse de que el establecimiento de criterios u honorarios orientativos para la determinación del precio de la prestación de determinados servicios ha sido un habitual actuar en determinados colectivos, como el de los abogados o los procuradores, en el que los distintos Colegios Profesionales los elaboraban, publicaban y difundían para la determinación de cuantías a percibir en la prestación de servicios jurídicos y en la cuantificación de las costas procesales, si bien estas últimas eran posteriormente revisadas y corregidas por los órganos jurisdiccionales, normalmente a la baja.

Esta actuación por parte de los Colegios Profesionales se encontraba amparada por la Ley 2/1974, sobre Colegios Profesionales (LCP) que, en su artículo 5 confería (en su redacción anterior a la vigente en la actualidad), la función de fijar baremos de carácter meramente orientativo a tales Corporaciones de Derecho Público.

No obstante, la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico interno a las normas europeas, entre las cuales destaca la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (llamada comúnmente "Directiva de Servicios"), que se transpuso al

ordenamiento jurídico español mediante las Leyes 25/2009, de 22 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (también denominada “Ley Ómnibus”) y 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (también conocida como “Ley Paraguas”), obligó a modificar la LCP y establecer, en su artículo 14, la prohibición de establecimiento de “baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales”, salvo para la “tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados” (Disposición Adicional Cuarta LCP).

Dicha práctica por parte de la mayoría de los Colegios Profesionales fue objeto de examen en diversas resoluciones, entre las que destaca la resolución de 8 de marzo de 2018 (Expte. S/DC/0587/16), del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a fin de determinar si existían prácticas prohibidas (y, por tanto, sancionables) en virtud del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC, en adelante), en relación con la elaboración, aplicación y publicación de criterios orientativos por parte de los Colegios Profesionales (en este caso concreto, de Abogados) ya que, si bien se permite el establecimiento de tales criterios orientativos de honorarios para la tasación de costas, está prohibido en relación con el establecimiento de una recomendación colectiva de precios, y por tanto prohibida por el artículo 1 de la LDC y susceptible de ser sancionada como una infracción muy grave del artículo 64.2.a) LDC, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total del infractor en el ejercicio inmediatamente anterior⁵, por la elaboración, aplicación y difusión de documentos que incluyen listados de precios u honorarios de servicios prestados por los colegiados.

En este sentido, el artículo 1 LDC establece que *“se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en*

⁵ Téngase en cuenta que, en el caso de entes asociativos, dicho 10% se determina en función del volumen de negocios de sus miembros ex art. 63.1.2º LDC.

particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio [...]”.

La profesión de los archiveros no es una profesión colegiada, si bien se han creado diversas asociaciones que aglutinan a este tipo de profesionales, que pueden prestar sus servicios tanto por cuenta propia o ajena, en defensa de sus derechos o intereses. A dicha finalidad, entre otras, obedece el funcionamiento de la Asociación de Archiveros de Andalucía, al igual que existen otras en diversos ámbitos geográficos del territorio nacional.

Por tanto, el establecimiento por parte de asociaciones de precios, tarifas, e incluso salarios, aún a título “orientativo”, podría conllevar su calificación como una conducta contraria al artículo 1 LDC, y por tanto sancionable, por parte de la CNMC, toda vez que se podría llegar a considerar una recomendación colectiva de precios.

A pesar de que se podría pensar que se trata únicamente de una recomendación de salarios a las administraciones públicas, de seguirse esta práctica se estaría, indirectamente, influyendo en los precios que las empresas licitadoras ofertan, por lo que debe examinarse si dicha actuación sería correcta o, por el contrario, no recomendable.

La propia CNMC tuvo ocasión de pronunciarse respecto a lo que consideraba una “recomendación colectiva de precios” en su resolución de 10 de septiembre de 2013 (Expte. S0413/12), en la que una asociación de un colectivo profesional dedicado a peritajes y valoraciones judiciales publicó tarifas recomendadas para los informes de tasaciones y valoraciones en su página web, concluyendo la CNMC que no se trataba del establecimiento de criterios sobre cómo valorar el trabajo realizado en función del conocimiento requerido, tiempo empleado, necesidades de documentación u otros similares, sino que se trata de un listado con tipologías genéricas de servicios a los que se les asigna un precio mínimo y máximo. Por tanto, no se trataría de criterios uniformes y pormenorizados para fijar tarifas, sino realmente de tarifas, eliminando la incertidumbre natural que provocaría la competencia en el

mercado. Por tanto, es precisamente esta capacidad de unificar el comportamiento de los profesionales a la hora de fijar precios por sus servicios la conducta claramente anticompetitiva a juicio de la CNMC, que favorecería la orientación de precios por servicios profesionales hasta niveles que no resultarían de la libre competencia entre ellos, distorsionando, en definitiva, la competencia efectiva en el mercado.

La CNMC ha precisado qué debe analizarse para determinar la existencia de una recomendación colectiva de precios en el sentido del artículo 1 LDC, a saber: (i) quién la realiza; (ii) su contenido; y (iii) su difusión, entre otras, en su resolución de 30 de mayo de 2012 (Expte. S0273/10), en un supuesto en que la entidad sancionada era una Asociación⁶ que negoció de forma paralela tanto el establecimiento de tarifas mínimas orientativas como la negociación de convenios colectivos en el sector en beneficio de sus asociados, tarifas por debajo de las cuales, según la entidad, imperaría la imposición de condiciones contractuales abusivas desde posiciones de dominio, el intrusismo y la competencia desleal.

Resulta muy ilustrativa la resolución de la CNMC de 27 de marzo de 2012, en la que estableció que: *“la negociación colectiva es, por tanto, un instrumento básico del mercado de trabajo y un pilar de la política social cuyo control de legalidad corresponde en principio a las autoridades laborales y a la jurisdicción social. De ello son un claro ejemplo las sentencias que la Dirección de Investigación y las Asociaciones empresariales citan. Ahora bien, esa protección no implica que el contenido de un convenio colectivo esté, sin más, exento de la aplicación de las normas de defensa de la competencia. El derecho de la competencia puede resultar de aplicación al mismo en tanto en cuanto regule materias que no son solo laborales y que afecten de forma restrictiva a la competencia en otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva. La aplicación de la normativa de*

⁶ Y en la propia resolución se tiene en cuenta que sus asociados pueden prestar sus servicios en virtud de relación laboral o mercantil, lo cual no fue óbice para que se sancionase a la Asociación. De hecho, ésta había determinado las cantidades que debían abonarse con distinción expresa entre si se trataba de un trabajo facturado como autónomo o empresa o si se contrataba con alta laboral temporal de un trabajador por la empresa.

competencia puede afectar a acuerdos que, bajo la apariencia de una institución típicamente laboral, por su objeto o efecto puedan afectar a la competencia en mercados distintos al laboral, sin amparo legal y sin que el objetivo de la negociación colectiva lo justifique”.

Aunque la CNMC afirma en dicha resolución que la negociación colectiva no está exenta de control por parte de la misma en materias que puedan afectar a la competencia, reconoce implícitamente que si sus efectos se circunscriben al ámbito laboral encontraría encaje por motivos obvios, ya que en los convenios colectivos se negocian y fijan las condiciones retributivas de un determinado colectivo; en caso contrario, el convenio colectivo como institución se desnaturalizaría y perdería una de sus principales finalidades jurídicamente reconocidas.

Es por ello por lo que se debe concluir que no deben publicarse, por parte de entes asociativos, tarifas, precios, honorarios o salarios recomendados aún a modo orientativo, ya que podría ser una conducta sancionable por parte de la CNMC, ni en aras a su inclusión por parte de los órganos de contratación en los Pliegos de las licitaciones que llevan a cabo, ni su difusión pública con esta finalidad.

No obstante, como entidad representativa de un colectivo como el de los archiveros, aspecto diferente sería la posibilidad de que la propia Administración, durante la preparación de los contratos que impliquen el tratamiento o la gestión documental y la contratación de servicios de naturaleza archivística, efectúe consultas a las asociaciones del sector durante la preparación del contrato a efectos de determinar el presupuesto base de licitación, momento en el cual ésta podría remitir una tabla elaborada de salarios orientativos (el cual en ningún caso sería público, por lo que no distorsionaría la competencia, al ser información proporcionada al órgano de contratación o a la mesa que le asista por petición expresa y para el caso concreto) a efectos de su toma en consideración al elaborar el PCAP.

Incluso posteriormente la Mesa de contratación, durante el examen de las proposiciones de los interesados, podría requerir un informe a este tipo de asociaciones en aras a verificar si las consideraciones sociales exigidas en los Pliegos son cumplidas por los licitadores, dada la habilitación prevista en el artículo 157.5 *in fine* LCSP, al tratarse de una organización representativa del ámbito de actividad que correspondería, en su caso, al objeto del contrato.

5.- La necesaria concertación de un Convenio Colectivo de aplicación a los profesionales archiveros para su exigencia en las licitaciones públicas.

Para el establecimiento de condiciones laborales, una de las principales herramientas previstas por el ordenamiento jurídico es el convenio colectivo, regulado en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante).

El convenio colectivo como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva (art. 82.1 ET), obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia (art. 82.3 ET) y, en su virtud, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad (art. 82.2 ET), pudiendo regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores (art. 85.1 ET).

Uno de los principales problemas que se detecta en el sector es la ausencia de un Convenio Colectivo de general aplicación, lo cual obliga a los operadores (públicos y privados) a establecer las condiciones salariales en aplicación orientativa de convenios colectivos diferentes, siendo el más extendido el de

Oficinas y Despachos, originando una asimilación de estos puestos a figuras totalmente distintas.

En algunos casos en que existe convenio colectivo específico de empresa sí se prevé la figura del archivero, como sucede por ejemplo con el Convenio Colectivo de la empresa Orquesta de Sevilla, S.A. (que explota la Real Orquesta Sinfónica de Sevilla), con vigencia del 10 de julio al 31 de diciembre de 2020⁷, si bien su ámbito de aplicación se circunscribe a la empresa que lo ha acordado, por lo que no es extensible con carácter general (sin perjuicio de la posibilidad de adhesión y extensión de los convenios colectivos prevista en el artículo 92 ET).

En primer lugar, lo determinante para fijar el convenio colectivo aplicable a una empresa es la actividad realmente desempeñada en la misma, lo que requiere en definitiva valorar su actividad productiva, organizativa y económica (SSTS de 15 de junio de 2000, Rec. 4006/1999, de 10 de julio de 2000, Rec. 4315/1999, de 23 de enero de 2002, Rec. 1254/2001, de 31 de octubre de 2003, Rec. 17/200, y especialmente en la de 20 de enero de 2009, Rec. 3737/2007).

En segundo lugar, habría de considerarse si un profesional archivero determinado desarrolla su labor en un ente de naturaleza pública, si el ente público cuenta con convenio colectivo propio o no, si es personal laboral o funcionario para, en función del caso concreto en que nos encontremos, podamos o no establecer las condiciones laborales siguiendo sus prescripciones.

En aquellos casos en que el profesional archivero es trabajador por cuenta ajena de una empresa privada cuya actividad principal esté relacionada con el tratamiento documental, para determinar el convenio colectivo aplicable debe tenerse en cuenta que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios

⁷ Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla nº 281, de 3 de diciembre de 2020 (Disponible en: <https://www.dipusevilla.es/system/modules/es.dipusevilla.inpro/elements/download-bop.pdf?date=2020-12-03>)

Colectivos⁸ dictaminó, en la consulta n.º 21/2021, de 28 de octubre de 2021, en relación con una empresa privada experta en proyectos de gestión de información y del conocimiento y en técnicas de tratamiento documental, que el convenio colectivo que podría resultar de aplicación sería el del sector de oficinas y despachos. Ya anteriormente se pronunció en el mismo sentido en la consulta n.º 96/2005, de 21 de marzo de 2007, lo cual demuestra que este es un problema endémico del sector archivístico que debe ser abordado a la mayor brevedad, y en cuya solución pueden influir decisivamente las asociaciones de profesionales de este sector.

Por tanto, al no estar regulados los conceptos salariales de este tipo de profesionales a través de un convenio colectivo específico, por carecer el sector de este, se aplica de forma generalizada, en aras a determinar los conceptos retributivos a satisfacer, el Convenio Colectivo del Sector Oficinas y Despachos, el cual prevé unas condiciones salariales que no siempre se corresponderán a esta figura, al ser distintos sus destinatarios.

A la vista de la situación actual de los profesionales del sector, las asociaciones de profesionales podrían impulsar la concertación de un Convenio Colectivo, al menos de ámbito autonómico, a través de los sindicatos más representativos del sector, tal y como permite el artículo 87.4 ET, entendiéndose que son más representativos si cumplen con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

No obstante lo anterior, una posibilidad adicional, aunque más compleja, sería la concertación de un convenio colectivo a nivel nacional, para lo cual sería imprescindible la coordinación del gremio de los archiveros en todo el territorio nacional a fin de determinar un sindicato con representatividad suficiente a nivel nacional.

⁸ Aunque sus Dictámenes no tengan carácter vinculante, deben ser tenido en cuenta a la hora de abordar cualquier problemática relacionada con la aplicación de Convenios colectivos, de conformidad con la función consultiva que tiene atribuida dicho organismo.