

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA LA MANCHA
SENTENCIA NÚM. 00280/2018

Nº de Recurso: 280/2018

En Albacete, a 5 de noviembre de 2018.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-administrativo número 532/2016, interpuesto por la ABOGACÍA DEL ESTADO, contra la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional.

Como parte demandada, ha comparecido la JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA, defendida y asistida por el letrado correspondiente de sus servicios jurídicos.

Materia: Reglamento

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 18 de octubre de 2016, acordándose mediante Decreto de 27 de enero de 2017 su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativo (LJCA) y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 8 de junio de 2017, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia por la que "anule, por ser nula de pleno derecho, la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18/10/2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha el día 26 de octubre de 2016 (no 209) , y, en todo caso, declare la nulidad de los artículos art. 7. 6. F, 12. 3 B), y 12.3 C)."

La demanda se fundamenta básicamente en la siguiente argumentación:

Aduce, en primer lugar, la nulidad de pleno derecho de la Instrucción, al regular derechos y obligaciones que afectan directamente a los futuros adjudicatarios. Esto supone que el contenido de la Instrucción produce efectos jurídicos frente a terceros.

De cualquier forma, si se tratase de un Reglamento, debió aplicarse el artículo 36 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha. Dicho precepto exige seguir un procedimiento que incluye la elaboración de una memoria, información pública y dictamen del Consejo Consultivo.

En definitiva, defiende la nulidad de la Instrucción al amparo del artículo 62.1.c) de la Ley 30/1992 o bien del 47.1.e) de la Ley 39/2015, ya que no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido.

En segundo lugar, alude de forma más explícita a la nulidad de los artículos siguientes: 7.6 F, 12.3.b) y 12.3 c) de la Instrucción, al carecer la Junta de competencias en la materia.

En cuanto a la cláusula 12.3 b), concluye que se trata de la imposición de una cláusula de subrogación del personal en contratos administrativos que no viene impuesta por la legislación laboral. Ello implica que rebasa el ámbito subjetivo del contrato administrativo, de suerte que se establecen estipulaciones que afectan a terceros ajenos al vínculo contractual, cuales son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria, suponiendo una excepción a la regla general prevista en el artículo 1.257 CC. Además, la cláusula tendría un contenido netamente laboral y la Administración no puede imponerla unilateralmente.

Por otro lado, la cláusula 7.6 f) establece la subrogación de la representación legal de los trabajadores como cláusula social de obligatoria inclusión, mientras que la cláusula 12.3 incluye como condición especial de ejecución la prohibición de la empresa adjudicataria de celebrar contratos por una duración inferior a 20 horas semanales.

Ambos artículos son ilegales, por cuanto los pliegos, no son fuentes de la relación laboral. La Instrucción no se limita a ordenar que se respete la legislación laboral, sino que regula cuestiones laborales, para las cuales ni siquiera la Junta de Comunidades tiene competencia.

TERCERO.- El Letrado de la Junta de Comunidades contestó a la demanda, mediante escrito de fecha 1 de agosto de 2017, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado e imponiendo las costas a la parte recurrente.

Las alegaciones de la Administración demandada en sustento de su pretensión se centran en lo siguiente:

En primer lugar, sostiene la falta de legitimación activa ad causam. Considera que la Instrucción no incorpora un contenido normativo que tenga vocación de integrarse en el ordenamiento jurídico, estableciendo derechos y obligaciones, sino que su finalidad es la de servir de guía sobre los requisitos legales que deben cumplirse para la inclusión de determinadas cláusulas en aquellos contratos que, por su objeto, resulte procedente. En tales condiciones, la Administración General del Estado carece de acción para recurrir una medida que se desenvuelve en el ámbito interno, sin crear obligaciones para terceros (contratistas) en tanto las mismas no resulten definidas por cada órgano de contratación, para cada procedimiento selectivo mediante la aprobación de los preceptivos pliegos, cabiendo añadir que tampoco lo estaría para impugnar los pliegos mismos una vez aprobados.

En segundo lugar, arguye la ausencia de normatividad ad extra de la Instrucción recurrida. En efecto, la Instrucción carece de valor vinculante para las personas cuya situación jurídica resulte afectada por los posteriores actos administrativos que puedan dictarse (potenciales licitadores respecto de los pliegos de cláusulas administrativas), los cuales podrán combatir, a través de los correspondientes recursos administrativos y jurisdiccionales, la validez de los criterios que hayan sido aplicados en esos concretos actos administrativos que individualmente les afecten.

En último lugar, explica que el reproche de innovación normativa se refiere a unos preceptos concretos. La previsión tiene todo su sentido desde la perspectiva del principio de idoneidad y eficiencia del contrato que proclama el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (RDLeg. 3/2011 de 14 noviembre de 2011), es decir, del propio interés de la Administración que pretende así asegurar la prestación en las mejores condiciones. La Instrucción no tiene, ni el propósito, ni el alcance de modificar las fuentes de la relación laboral, sino que exhorta a los órganos de contratación a que introduzcan aquella cláusula cuando la correcta ejecución del contrato requiera la continuidad y regularidad del servicio ante un cambio de contratista, circunstancias que siempre deberá valorar el propio órgano de contratación en cada caso.

CUARTO.- La cuantía del recurso ha sido fijada en indeterminada, mediante Providencia de fecha 19 de septiembre de 2017. Mediante la misma resolución judicial y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, ni celebración de vista oral, se dio traslado a las partes para formular sus conclusiones escritas.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 31 de octubre de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña María Prendes Valle, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene como objeto la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional.

SEGUNDO.- Falta de legitimación ad causam. Antes de examinar la cuestión relativa al fondo del asunto, es necesario pronunciarse sobre la causa de inadmisibilidad que ha sido opuesta por el Letrado de la Junta. Se interesa en el suplico de la contestación a la demanda, la inadmisión del recurso por la falta de legitimación activa del Estado. Si bien, en la exposición del motivo efectuada por el Letrado de la Junta de una forma un tanto confusa, se hace referencia a la legitimación ad causam y no a la legitimación ad procesum, sin mencionar el soporte normativo de su petición.

Conviene, entonces, incidir a la vista de la argumentación efectuada en la contestación y por la trascendencia que luego se dirá, en la neta distinción existente entre las nociones o conceptos que vienen denominándose "legitimatío ad causam " y " legitimatío ad processum " .

Esta diferenciación conceptual se refleja, entre otras, en la STS 25 septiembre 2008 que, con cita de las SSTS 29 octubre 1986, 18 junio 1997, 22 noviembre 2001 y 7 abril 2005, afirma que " el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación "ad processum" y la legitimación "ad causam". Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica para ser parte en cualquier proceso (...) ", en tanto que la legitimación "ad causam", de forma más concreta, " se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor " e " implica una relación especial entre una persona y la situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en este pleito; añadiendo la doctrina científica que esa idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal " .

La distinción entre una y otra legitimación no obedece a un mero debate doctrinal sin trascendencia práctica. Por el contrario, y tal como ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional (sentencia de 11 de noviembre de 1991, fundamento 5), la legitimación no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto.

Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto concreto objeto de análisis, el letrado de la Junta se refiere a la falta de legitimación *ad causam* y, sin embargo, interesa la inadmisión del recurso.

Pues bien, consideramos, al respecto, que la legitimación del Abogado del Estado es indiscutible tanto *ad causam* como *ad procesum*. La legitimación *ad procesum* se reconoce en la medida en que se propone defender el respeto a la distribución de competencias efectuada por la Constitución, conforme a la cual corresponde al Estado la legislación básica sobre contratos (artículo 149.1.18^a). Es decir, y en tanto pretende el respeto a la legislación básica estatal, está legitimado para impugnar disposiciones como la presente al entender que desconocen ese reparto competencial o ignoran prescripciones básicas estatales. En este sentido, la Administración del Estado ostenta la legitimación reconocida en el artículo 19.1.c LJCA al ostentar un interés legítimo, frente a la actuación de la Comunidad Autónoma.

Por otro lado, la legitimación *ad causam*, se justifica en la medida que la Abogacía del Estado defiende que la Instrucción dictada no se limita a llevar a cabo una organización interna, sino que produce efectos jurídicos entre las partes. Por tanto, el examen de la legitimación *ad causam* está directamente incardinado en el fondo de la controversia y exige una solución de la misma.

TERCERO.- Instrucción o Reglamento. La cuestión controvertida que se plantea en la presente Litis recae sobre la naturaleza normativa de la instrucción aprobada. El matiz de la calificación es esencial, en tanto en cuanto el Reglamento, es fuente de derecho, innova el ordenamiento jurídico y no puede ser singularmente derogado. Por el contrario, la Instrucción carece de contenido normativo, cuyo fundamento radica en la facultad que se otorga a los órganos administrativos de dirigir la actividad de sus órganos jerárquicamente dependiente.

Redundando en lo expuesto y dada la doctrina tradicional consignada en sentencias tales como Sentencia de fecha 15 de septiembre de 1995, sección 4, rec. 47/1992, ponente Sr. Rodríguez Zapata Pérez, podemos señalar que el debate que se plantea se reduce a la distinción clásica entre el acto administrativo y el Reglamento.

Como sabemos el acto administrativo se diferencia del Reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de "generalidad" y "carácter abstracto" que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de

un acto, sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general ("Tu, legem patere quem ipse fecisti").

Antes de seguir avanzando en el razonamiento, debemos detenernos en la norma aplicable dadas las dudas suscitadas por la Abogacía del Estado.

La Instrucción sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público fue aprobada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla La Mancha, en fecha 18 de octubre de 2016, ordenándose su publicación en el Diario Oficial de Castilla La Mancha a los efectos de favorecer su conocimiento y aplicación. Dicha publicación tendría lugar en fecha 26 de octubre de 2016.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) entraron en vigor en fecha 2 de octubre de 2016. Es decir, antes de la aprobación de la mencionada Instrucción.

No obstante, la Disposición Transitoria Tercera de la LPAC preveía que la norma no se aplicaría a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor. En el presente supuesto, la elaboración del borrador de la presente instrucción se remonta al 16 de septiembre de 2016. Es decir, antes de la entrada en vigor de las normas anteriores. Lo que implica que el procedimiento de aprobación de la Instrucción se remonta a un periodo anterior al 2 de octubre de 2016.

En cualquier caso, dado que el contenido de las LPAC y LRJSP reproducen en los presentes extremos, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), el presente debate carece de relevancia jurídica.

Lo importante es que el artículo 21 LRJAP y en los mismos términos, el artículo 6 de la LRJSP, señalan que " Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio". Asimismo, se prevé la publicación de las instrucciones cuando se considere conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse.

Si analizamos el contenido de la Instrucción observamos que tiene como objeto, entre otros, la inclusión de las cláusulas sociales en la contratación del sector público regional. Destaca en la Exposición de Motivos la mención a la necesidad de avanzar hacia la obligatoriedad de tener en cuenta aspectos de tipo social en todos los contratos públicos.

Por otro lado, en el articulado de la Instrucción podemos subrayar, su ámbito de aplicación, pues se incluye la exigencia de que los órganos de contratación deberán aplicar la instrucción a los expedientes de contratación. Asimismo, debemos resaltar la descripción de las cláusulas sociales entre las que incluye el mantenimiento de la representación legal en los supuestos de cambio de empresa adjudicataria o criterios de desempate en el artículo 10. También, regula la subrogación de trabajadores, como criterio social en la fase de ejecución que debe asumir el adjudicatario (artículo 12.3b), o la prohibición de celebrar contratos por una duración inferior a 20 horas (artículo 12.3. c). Completa el contenido de la Instrucción, la descripción de causas específicas de resolución y las consecuencias del incumplimiento de la inclusión entre otras, de la cláusula social.

Es obvio que, si la decisión tiene como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo y exterioriza pautas para la futura actuación administrativa de dichos subordinados, habría que admitirse la validez de la Instrucción, negando la existencia de un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos.

Pero examinado el contenido de la Instrucción, no se puede admitir que la disposición en cuestión, tenga efectos meramente internos. La eficacia extramuros de la disposición es indiscutible desde el momento en el que prevé que las condiciones especiales de ejecución contempladas en el artículo 12.3b) y c) tienen el carácter de obligación contractual esencial a los efectos del artículo 223.f)TRLCS, constituyendo una causa de resolución contractual (artículo 15.1).

Es decir, no puede asumirse que la disposición 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.

Además, esa eficacia frente a terceros se observa nítidamente a través de una visión del conjunto normativo, pues se impone al órgano de contratación, el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas.

Esto es, la Instrucción impone a los órganos de contratación, la inclusión de ciertas cláusulas sociales en los pliegos. Por ello incide directamente en la propia contratación, pues no se puede obviar que los pliegos son actos administrativos que pueden ser impugnados por los licitadores en vía administrativa, y que los pliegos de cláusulas generales requieren un dictamen preceptivo previo del Consejo de Estado o del órgano de consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma.

De cualquier forma, el debate planteado en esta instancia ya ha sido resuelto por el Tribunal Supremo, en sentencias tales como Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª,

Sentencia 1154/2016 de 23 May. 2016, Rec. 1383/2015, en la que no sólo se plantea con profundidad quién ostente la competencia para la inclusión de las cláusulas sociales, sino también la naturaleza normativa de la Instrucción.

De este modo, se debe estimar el recurso, dada la naturaleza normativa que ostenta la Instrucción publicada, habiéndose, además incumplido con la tramitación exigida en el artículo 36 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo consultivo con ocasión de aprobación de una norma reglamentaria.

CUARTO.- Por todo lo anteriormente expuesto, procede estimar el recurso planteado, por ser la resolución recurrida disconforme a derecho, lo que implica la imposición de las costas procesales a la parte demandada por imperativo legal.

No obstante, de conformidad con las facultades incluidas en el artículo 139.4LJCA, se procede a moderar la cuantía en la cantidad máxima de 1000 euros en concepto de honorarios de letrado, al tratarse de un asunto de complejidad media.

En atención a todo lo expuesto, y POR LA AUTORIDAD QUE NO S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso administrativo nº 532/2016 interpuesto por la ABOGACÍA DEL ESTADO, contra la Instrucción del Consejo de Gobierno de 18 de octubre de 2016, sobre la inclusión de cláusulas sociales, de perspectiva de género y medioambientales en la contratación del sector público regional, anulando la misma.

Todo ello, con imposición de las costas procesales a la parte demandada, si bien limitadas a la cantidad máxima de 1000 euros.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe recurso extraordinario y limitado de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, siempre que la infracción del ordenamiento jurídico presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. El recurso habrá de prepararse por medio de escrito presentado ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido,

mencionando en el escrito de preparación al cumplimiento de los requisitos señalados en el art. 89.2 de la LJCA.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.