



Roj: STS 2319/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2319
Id Cendoj: 28079130072016100178
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7

Nº de Recurso: 1383/2015
Nº de Resolución: 1154/2016
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOSE MANUEL SIEIRA MIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Mayo de dos mil dieciséis.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **1383/2015** interpuesto por el Sr. Abogado del Estado en la representación que le es propia y por la representación procesal las Juntas Generales de Álava contra la Sentencia de 4 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso núm. 152/2014 . Siendo partes recurridas el Sr. Abogado del Estado y la representación legal de Las Juntas Generales de Álava.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia 4 de marzo de 2015 cuya parte dispositiva dice: **Que estimando, parcialmente, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO, en nombre y representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la Norma Foral 1/2014, de 12 de febrero, para la incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obra del sector público foral, aprobada por las Juntas Generales de Álava y publicada en el Boletín Oficial de ese Territorio de 24-2-2014; debemos anular y anulamos el artículo 5-3, párrafo 2º y el Capítulo III de la Norma Foral recurrida y declaramos la validez de las otras disposiciones impugnadas; sin imposición de costas.**

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de la recurrente se formuló escrito de preparación del recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante diligencia de ordenación al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, las partes recurrentes comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, formulando escritos de interposición del recurso de casación, en los cuales, tras exponer los motivos que consideraron oportunos, el Sr. Abogado del Estado terminó suplicando a la Sala dicte sentencia casando la impugnada, resolviéndose de conformidad con las pretensiones de esta parte, todo ello con imposición de las costas procesales a la parte recurrida; por su parte el Procurador de los Tribunales D. Jorge Deleito García en nombre y representación de las Juntas Generales de Álava termino suplicando a la Sala dicte sentencia estimatoria del presente recurso por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por la Administración del Estado en aquello que fue estimado por la sentencia de la Sala "a quo" y se declare la legalidad de las disposiciones anuladas, con imposición de costas a la contraparte.

CUARTO.- La Sala acuerda la admisión a tramite del recurso interpuesto, llevándose a cabo según consta en autos. Los recurridos formalizaron el escrito de oposición interesando a la Sala, el Sr. Abogado del Estado dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso, todo ello con imposición de las costas procesales a la parte recurrente; la representación procesal de las Juntas Generales de Álava termino suplicando a la Sala dicte sentencia por la que se desestime el recurso de la Administración del Estado manteniendo los pronunciamientos también desestimatorios de la sentencia de instancia, con imposición de costas a la parte recurrente, Administración del Estado.

QUINTO .- Por providencia se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día **DIECIOCHO DE MAYO DE DOS MIL DIECISÉIS**, en cuya fecha tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interponen recurso de casación contra la sentencia de 4 de marzo de 2015 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del País Vasco tanto la Administración del Estado como las Juntas Generales de Álava.

El Sr. Abogado del Estado interpone cinco motivos de casación todos ellos al amparo del artículo 88 1.d. de la Ley Jurisdiccional, el primero por infracción de la Disposición Adicional 2ª y la Disposición final 2ª del Real Decreto Legislativo 3/2011 en relación con el artículo 114, 115 y 118 del mismo texto legal por entender que las Juntas Generales de Álava carecen de competencia para aprobar normas en materia de contratación y por entender que no puede dictarse una disposición general que imponga cláusulas sociales concretas a los órganos de contratación. Los otros cuatro motivos lo son por infracción del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores el segundo; del artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el tercero; el cuarto por infracción del artículo 152.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011 en relación con el 85 del RD 1098/2001 y por infracción del artículo 152 del RD Legislativo 3/2011 el quinto, si bien todos ellos se articulan en relación con preceptos concretos de la disposición impugnada.

Las Juntas Generales de Álava articulan un único motivo de casación al amparo también del artículo 88.1.d de la LJCA por infracción del artículo 37.3.a del Estatuto de Autonomía del País Vasco en relación con los artículos 52 y 118 del RD Legislativo 3/2011, en relación con los concretos preceptos anulados por la sentencia recurrida cuya conformidad a derecho pretende se declare en casación.

Planteado así el recurso es claro que debemos analizar en primer lugar el motivo primero de los articulados por el Sr. Abogado del Estado porque solo en el caso de que el mismo fuera rechazado procedería al análisis de los restantes por él articulados y del formulado por la representación procesal de las Juntas Generales de Álava.

La cuestión central que se debate en el motivo es la competencia de las Juntas Generales de Álava para dictar una norma como la que nos ocupa.

La Sala a quo en este punto, remitiéndose a lo dicho en su sentencia de 30 de diciembre de 2014 Rº 630/2013, sostiene que la Abogacía del Estado antepone una infracción que consistiría en la vulneración del artículo 118 del TRLCSP por no poderse imponer cláusulas sociales concretas mediante una disposición general a los órganos de contratación y como subsidiaria la falta de competencia de las Juntas Generales en materia de contratación, sostiene que ambas cuestiones se entrelazan "y aparece un resultado dual en cuanto a las diferentes partes y contenidos de la norma".

Tras hacer referencia al contenido de los artículos 114, 115 y 118 de la TRLCSP afirma que debe darse una respuesta positiva y desestimatoria de la tesis del Sr. Abogado del Estado "acerca de si cabe establecer normativamente un listado de esas condiciones especiales de ejecución que se impongan a todos los órganos de contratación de una administración" y ello desde dos perspectivas convergentes.

<<Por un lado, porque establecer cuál es el contenido de los contratos administrativos por medio de cláusulas generales o particulares es un cometido general de cada organización o poder administrativo contratante, y, como se ha visto con las citas del Texto Refundido, es facultad de los órganos de mayor nivel y jerarquía predeterminar el contenido lícito y acorde a la legalidad de las mismas. La circunstancia de que las "condiciones de ejecución del contrato" del artículo 118 se atribuyan al órgano que celebra y suscribe el contrato, no supone sino un apoderamiento adicional a éste allá donde ese contenido a observar ya en la fase de ejecución, -no en la de licitación y adjudicación-, no venga predeterminado por la ley o por los pliegos, pero en modo alguno resta facultades a los órganos e instituciones superiores, sean legislativos, ejecutivos o de cada Administración en su conjunto y personificación pública en derecho, para elevar lo particular y especial a lo común y general. Carecería de toda explicación coherente el por qué, por ejemplo, las Cortes Generales o el Consejo de Ministros podrían regular para su ámbito los pliegos de toda la contratación y carecerían de facultades, en cambio, para determinar qué cláusulas sociales han de quedar incorporadas en general a los mismos, quedando en cambio comprometidas por las decisiones de órganos de muy inferior nivel.

De otro lado, porque la ley de contratos del sector público no consagra en ese aspecto, ni tampoco reserva, una competencia propia y genuina a tales representantes o mandatarios de la Administración

contratante y que pueda ser opuesta al ejercicio de aquellas facultades del Estado, las CC.AA. o los entes locales, de los que no se diferencian, y con respecto a los cuales carecen de toda autonomía, al margen de contar con sus cometidos estrictamente funcionales en el ámbito de cada contrato en representación de cada entidad u organismo del sector público a su vez dependiente y bajo la dirección y sujeción a instrucciones y directrices vinculantes de los órganos administrativos centrales y superiores, quedando sometidos, según el esquema básico del artículo 97 CE y la LOFAGE, a la dirección ejecutiva del Gobierno -así artículo 5.1 .j) Ley 50/1997, de 27 de noviembre -, de acuerdo con una estructura piramidal que mimetizan igualmente los Territorios Históricos por medio de sus normativas institucionales básicas. (Se invoca para el caso la N.F 6/2005, de 12 de julio, de Organización Institucional).>>

Continúa afirmando la Sala a quo: <<Una vez expuesto lo anterior, la cuestión competencial estricta que se suscita por la Administración recurrente presupone, a su vez, una premisa que no se refleja en la normativa foral impugnada, y que es la de que a través de ella se estén ejercitando potestades normativas de desarrollo en materia de contratos administrativos reservado con carácter básico al Estado, - artículo 149.1.18° CE -, y para los cuales sólo las CC .AA. contarían con tales competencias de desarrollo. -EAPV artículo 11.1 .b)-.

No obstante, el entendimiento que el recurso hace del artículo 7. d) de la LTH respecto de la falta de competencias de desarrollo normativo de la legislación de contratos por parte de los territorios forales en base a materias exclusivas como la de obras públicas, aún cuando será objeto de contemplación más adelante, deviene en este punto completamente irrelevante en el sentido que proclaman las partes demandadas, pues lo que no puede compartirse de la argumentación de la AGE es que cuando el Preámbulo de la Norma Foral indica que "responde a la oportunidad de aplicar las previsiones legales de la vigente legislación de contratos públicos", se esté por el contrario "invocando la posibilidad de desarrollar la legislación de contratos>>

<<Como se dice en la Sentencia que paralelamente recae en el R.C-A nº 643/2013 , respecto de la misma normativa, "Lo que viene a establecer la Norma Foral es un conjunto de condiciones contractuales o clausulado general dirigido al sector público que está subordinado a dicha institución representativa foral, de manera tal que la afectación a las empresas operantes en el mercado de la licitación de obras públicas tan solo se ha de llegar a producir por la fuerza del contrato que eventualmente se suscriba y a título de obligaciones surgidas del mismo, - artículo 1.091 del Código Civil -, y no a título de obligaciones surgidas de la Ley (o del reglamento jurídico), - artículo 1.090 cc - En el derecho común, y ejemplificativamente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1 998, de 13 de abril, en su artículo 1.1 califica a esas figuras como "cláusulas predispuestas ".

El matiz es esencial porque, si de una parte el reglamento es fuente de derecho, innova el ordenamiento jurídico y no puede ser singularmente derogado, - artículo 52.2 LRJ-PAC -, la cláusula general no crea derecho sino que es ella misma la que a su vez constituye aplicación del mismo. La Administración (..) recurrente presupone en el primero de sus motivos impugnatorios que los artículos combatidos constituyen un desarrollo reglamentario "contra legem" respecto del nuevo contenido de los apartados 1 y 2 del artículo 84 del ET que comportan medidas urgentes de reforma del mercado laboral contenidas en la Ley 3/2012, de 6 de Julio, que modifican el TR del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, pero la Norma Foral impugnada no establece normas ni desarrolla el Estatuto de los Trabajadores, limitándose a ejercitar una habilitación que se reconoce y comprende exclusivamente en el ámbito del derecho administrativo de la contratación del Sector Público, por lo que, lo mismo que carece del potencial normativo de obligar a empresas en el conjunto de toda su actividad ya sea dentro o fuera del Territorio Histórico y predispone tan solo el marco de determinadas figuras contractuales en la medida en que las empresas licitadoras lleguen a resultar adjudicatarias, no aspira a desarrollar e integrar al completo el ordenamiento laboral vigente (...).>>

SEGUNDO.- Conviene advertir que esas tesis de la sentencia si bien fue mayoritaria no fue unánime habiéndose formulado un voto particular favorable a la tesis de la Abogacía del Estado en ese concreto extremo examinado.

En dicho voto particular, tras referirse también a una anterior sentencia de la Sala de instancia, la recaída en recurso 777/2013 de fecha 11 de julio de 2014 en la que entre otras cosas afirma que: <<En primer lugar, ni el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma del País Vasco aprobado por la Ley Orgánica 3- 1979 ni la Ley 27/1983 de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, normas que junto con la propia Constitución determinan el haz competencial foral, confieren atribución normativa alguna a los Territorios Históricos en materia de Trabajo, Seguridad Social y Contratación. En esta última materia, la competencia reconocida se limita a la aplicación de la propia Ley de Contratos (Real Decreto Legislativo 3/2011 en la actualidad) y no otra cosa que la mera

aplicación -no desarrollo, no ejecución reglamentaria- son también actuaciones tales como así se infiere de los arts. 114 y siguientes y Disposición Adicional Segunda del RDL 3/2011 - y la elaboración de los Pliegos de Condiciones y las Bases de las Convocatorias.

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

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

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

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

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

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

Tampoco puede asumirse la defensa de la demandada cuando argumenta que la norma cuestionada únicamente presenta efectos internos a modo de reglamentación autoorganizativa pues de su simple lectura se aprecia la influencia material sobre el desarrollo de los propios contratos y, lo que es más importante, sobre los propios contratistas, que pueden incluso ser sancionados por incumplir las condiciones que el clausulado recoge, entre otras, la observancia de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo. Por ejemplo el artículo 5 impone el cumplimiento de todas las obligaciones legales, reglamentarias y convencionales en materia de seguridad social, seguridad e higiene en el trabajo y, de modo destacado, el Convenio Colectivo de la Construcción de Álava y el Real Decreto 1627-1997; y, de otro lado, en los artículos sucesivos se crea

una Comisión con facultades para verificar que dichas condiciones se cumplen e, incluso, imponer sanciones a causa del incumplimiento. Es nítida pues la eficacia extramuros de la propia autoorganización foral, sirva para ello el mero ejemplo expuesto y baste en cuanto al resto con la mera remisión a la norma. >>

Analiza a continuación el voto particular los preceptos aplicables que inciden en el tema competencial y para ello dice: <<hemos necesariamente comenzar recordando que el art. 149.1.18 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica de la contratación administrativa y en apartado distinto, el 24º, le reconoce también competencia exclusiva sobre las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ninguna facultad de desarrollo se le reconoce a la demandada.

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

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

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

El Órgano de Contratación va a ser, como recoge esta Disposición en su apartado nº 7, el que apruebe el expediente y la apertura del procedimiento de contratación. En el mismo apartado se establecen los requisitos

previos a la aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares. Esta disposición es también de considerable importancia en tanto en cuanto que, relacionada con los arts. 109, 114 y 115 del Real Decreto Legislativo 3-2011 asigna las competencias en materia de gestión del expediente del contrato y, exactamente, en cuanto atañe a las condiciones administrativas particulares.

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

A continuación el voto particular se refiere al argumento del Sr. Abogado del Estado de que la demandada no está tampoco facultada para imponer mediante una disposición de carácter general el contenido que han de reunir los pliegos del contrato, que esto es materia que compete al órgano de contratación para cada procedimiento fundado este criterio en el art. 118 del Real Decreto Legislativo 3-2011 y en la naturaleza de acto administrativo de los pliegos, algo muy distinto una disposición de carácter general.

A este el voto particular muestra su conformidad afirmando que: <<En primer lugar hemos de tener en cuenta que lo impugnado es una genuina disposición de carácter general de acuerdo con la conceptualización que de las Normas Forales hallamos en el art. 5 de la Norma Foral de 7 de marzo de 1983, de la Organización Institucional del Territorio Histórico de Álava, de rango superior a las disposiciones reglamentarias y resoluciones de la Diputación Foral. Disposición general que, además, ostenta el más elevado rango dentro de la tipología normativa foral a la vista.

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

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

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

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

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado, en su motivo casacional incide en primer lugar en lo que es una de las cuestiones centrales en las que se basa el voto mayoritario de la sala de instancia, la naturaleza de la norma que nos ocupa y que el citado voto mayoritario no considera disposición de carácter general.

Hemos de comenzar afirmando que compartimos la tesis sostenida en el voto particular respecto de la naturaleza de la disposición recurrida y cuanto afirma en el sentido de que no cabe admitir que la disposición en cuestión tenga sólo efectos internos a modo de reglamento de autoorganización, pues su influencia material sobre el desarrollo de los contratos y sobre los propios contratistas que pueden incluso llegar a ser sancionados por su incumplimiento, a lo que se dedica el Capítulo IV relativo a "Consecuencias jurídicas del incumplimiento de las cláusulas de carácter social", por lo que es clara la eficacia extramuros de la propia organización foral,

y por otra parte no cabe olvidar que la norma Foral de 7 de marzo de 1983, como recuerda el voto particular, da rango superior a las disposiciones reglamentarias y resoluciones de la Diputación Foral.

Pues bien a los anteriores argumentos el Sr. Abogado del Estado añade, y nosotros compartimos, el que:

1º. Los pliegos de cláusulas administrativas generales, como tales pliegos, no son normas jurídicas, sino actos administrativos, que pueden ser impugnados por los licitadores en vía administrativa ante los Tribunales de contratación mediante el recurso especial en materia de contratación (artículo 40.2.a) LCSP), mientras que la Norma Foral, como norma reglamentaria, sólo puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa (art. 107 LRPJAC).

2º. Los pliegos de cláusulas generales exigen dictamen preceptivo previo del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (art. 114.3 LRJPAC), tramite que no exige la Norma Foral.

3º. Los órganos de contratación pueden establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares cláusulas contrarias al pliego general, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación (art. 115.5 LCSP). En cambio, no cabe dicha posibilidad si las cláusulas vienen impuestas por una norma jurídica, como una norma Foral, con consecuencias sancionadoras en caso de incumplimiento añadimos nosotros.

Lo antes dicho no supone cuestionar la posibilidad de que las Juntas Generales aprueben pliegos de cláusulas administrativas generales en base al artículo 114.3 TRLCSP, lo que no pueden es hacerlo a través de una disposición de carácter general porque ello restringe la libertad de impugnación de los licitadores, y los órganos de contratación no pueden hacer uso de la facultad que les otorga el artículo 115.5 del TRLCSP previo informe de la Junta Consultiva de Contratación.

No cabe en consecuencia revestir con el carácter de norma autoorganizativa una norma que despliega efectos frente a quienes contraten con la Administración en cuyo ámbito de actuación esta llamada a producir efectos.

En consecuencia parece claro que al encontrarnos ante una disposición de carácter general es evidente que la normativa que se contiene en la disposición objeto de recurso no es una simple aplicación de la normativa contractual por parte de las Juntas Forales de Álava sino ante un desarrollo de la legislación básica del Estado para lo que la competencia corresponde exclusivamente a la Comunidad Autónoma, de conformidad con el artículo 11.1.b del estatuto de Autonomía del País Vasco, en tanto que los Territorios Históricos sólo tiene competencia para desarrollar la legislación básica del Estado en aquellas materias que tienen competencia exclusiva, con exclusión competencial de la Comunidad Autónoma, artículo 7.d Ley 27/83 de Territorios Históricos y Disposición Adicional Segunda de la LBRL.

A todo lo anterior ha de añadirse que la norma recurrida fundamenta su título competencial, párrafo segundo del preámbulo, en la posibilidad de incluir, dice, condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos referidos a consideraciones de tipo social, para garantizar (párrafo 1º) el cumplimiento de los fines y políticas sociales de los poderes públicos.

No podemos terminar sin hacer referencia a nuestra sentencia de 26 de noviembre de 2015 , dictada en recurso contra la sentencia de la misma Sala de instancia en recurso 777/2013 , que si bien responde a razones distintas en su fundamento ante la impugnación de una instrucción de la Diputación General de Bizkaia sobre criterios de mantenimiento de las Condiciones de Trabajo y Medidas de Carácter Social para su aplicación en los procedimientos de contratación, no es menos cierto que en ella se afirma que "al defender el motivo se realizan afirmaciones genéricas acerca de la configuración de las Instrucciones y Circulares en un plano amplio. Se obvia la reciente doctrina jurisprudencial que insiste en que las circulares o instrucciones, al carácter general no son medio idóneo para regular determinados derechos y deberes (sentencia 17 de marzo de 2009, recurso casación 9576/2004).

Pronunciamiento no especialmente novedoso pues ya la sentencia de 20 de diciembre de 1996, recurso apelación 7729/1991 había dicho que cuando se establecieran derechos y deberes para los particulares debía darse el trato de Reglamento. Y la de 30 de julio de 1996, recurso 593/1993 sentó que solo merecen la consideración de instrucciones aquellas directivas de actuación que no innovan propiamente el ordenamiento jurídico de modo que solo obligan en función de la obediencia propia e inherente a la jerarquía administrativa."



Y ya hemos dejado suficientemente claro que en el caso que nos ocupa la norma impugnada no solo impone deberes a los particulares, aquellos que contraten con la Administración a cuyo ámbito territorial se extiende aquella, sino que llega a establecer sanciones en caso de incumplimiento.

Todo lo hasta aquí dicho justifica la estimación del motivo primero de lo articulado por el Sr. Abogado del Estado lo que hace innecesario entrar a analizar los restantes por él articulados y conlleva la desestimación del articulado por las Juntas Generales de Álava.

CUARTO.- Estimado el recurso de casación no procede la condena en costas del recurso del Sr. Abogado del Estado ni en la instancia por cuanto concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 139 de la LJCA .

Procede por el contrario la condena a las Juntas Forales de Álava en las costas del recurso por ella interpuesto con el límite de 6.000 Euros.

Vistos los preceptos legales y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra sentencia de 4 de marzo de 2015 dictada en recurso núm. 152/2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que casamos y estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto declaramos nula la Norma Foral 1/2014 de 12 de febrero para la incorporación de Cláusulas Sociales en los contratos de obra del Sector Público Foral, publicada en el BOJGA de 24 de febrero de 2014. Sin costas.

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por las Juntas Generales de Álava contra la sentencia antes citada con expresa condena en costas a la Administración recurrente con el límite de 6.000 euros.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Jose Manuel Sieira Miguez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mi el Letrado de la Administración de Justicia, certifico.