

RECOMENDACIÓN 3/2006, DE 28 DE DICIEMBRE, SOBRE CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

ANTECEDENTES

El Pleno de la Asamblea de Madrid, en su sesión ordinaria de 20 de abril de 2006, aprobó, entre otras, una Resolución instando al Gobierno Regional para que en el seno del Consejo de Madrid para el desarrollo, el empleo y la formación, formule la siguiente propuesta:

14.- La posibilidad de introducir cláusulas de penalización en los contratos públicos, teniendo en cuenta los índices de incidencia laboral producida en la ejecución de los mismos.

El artículo 38.7 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGPCM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, atribuye a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, entre otras funciones, las de realizar los estudios que considere necesarios sobre contratación administrativa y formular las recomendaciones pertinentes para mejora del sistema de contratación pública.

Aun cuando esta Comisión Permanente se ha pronunciado en anteriores ocasiones sobre este tema se considera oportuno, ante la acuciante necesidad de reforzar las medidas de seguridad y salud de los trabajadores para combatir los indeseados índices de siniestralidad laboral, incidir en las recomendaciones ya efectuadas con anterioridad, refundiéndolas en un texto que facilite y aclare las posibilidades de contribuir en materia de contratación a una mayor seguridad y salud laboral.

CONSIDERACIONES

1.- El Pleno de la Asamblea de Madrid, de 8 de noviembre de 2001, dictó sendas Resoluciones por las que instaba al Gobierno de la Comunidad de Madrid para que estudiase la posibilidad de introducir cláusulas de penalización en los contratos públicos, teniendo en cuenta los índices de incidencia y la siniestralidad laboral producida en la ejecución de los mismos, y que, por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se formularan recomendaciones para exigir garantías estrictas sobre seguridad y salud en el trabajo a la hora de redactar los pliegos de cláusulas contractuales, así como sobre la posibilidad de baremar en la adjudicación de los contratos las medidas específicas de seguridad y salud en el trabajo que instrumenten las empresas licitadoras.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, atendiendo a las citadas Resoluciones de la Asamblea de Madrid, formuló la Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, en la que se establecía la posibilidad de imponer penalizaciones a las empresas en función de la siniestralidad, siempre que se cumplan las condiciones que en la citada Recomendación se señalaban:

- “a) Que se encuentren recogidas expresamente en los citados Pliegos las penalizaciones de aplicación al contrato, determinando los supuestos, alcance y procedimiento para su ejercicio.
- b) Que por las especiales características del contrato se consideren necesarias para su correcta ejecución.
- c) Que se justifique debidamente en el expediente la citada necesidad.
- d) Para su aplicación deberá acreditarse, por la autoridad laboral competente, que la siniestralidad producida se debe a incumplimiento de las medidas de prevención establecidas en el contrato.”

Asimismo, en relación con los contratos de obras, se recordaba que el artículo 68 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, dispone que los pliegos de prescripciones técnicas particulares en los contratos de obras deberán consignar, expresamente o por referencia a los generales u otras normas técnicas que resulten de aplicación, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el correspondiente estudio a adoptar durante la ejecución del contrato.

Respecto de los criterios de selección, y en cuanto a la capacidad técnica del empresario, en una interpretación exhaustiva de las posibilidades admitidas por la normativa reguladora de la contratación pública, se consideraba la posibilidad de la inclusión de aspectos sociales relacionados con el objeto del contrato, entre los medios de acreditar la solvencia técnica. Se establecía la posibilidad de exigir, como medio de acreditar la citada solvencia del empresario, la determinación de las medidas y medios con que contase la empresa, en materia de seguridad, salud y prevención de riesgos laborales, relacionados con el objeto del contrato, como, por ejemplo, técnicos en prevención de riesgos laborales.

En cuanto a criterios objetivos para la adjudicación de los contratos mediante concurso, relacionados en el artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16

de junio, se disponía que, en casos concretos, atendiendo a la naturaleza del contrato, sería posible considerar la inclusión y ponderación de las posibles mejoras para la seguridad y salud laboral, tales como el incremento de medidas que vayan a destinarse a garantizar la seguridad durante la ejecución del contrato, por encima de las exigidas como capacidad técnica de la empresa. Estas posibles mejoras y su ponderación deberán estar incluidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Con estas actuaciones, la Junta Consultiva consideraba las posibilidades que la normativa en vigor en materia de contratación pública establece en materia de criterios sociales, sin que la Directiva Comunitaria 2004/18/CE y la Jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas permitan otra interpretación respecto de la admisión de los criterios sociales como criterios de selección o de adjudicación.

2.- En los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares, informados por la Junta Consultiva, se encuentra expresamente recogida la obligación de cumplimiento de la normativa de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales, y la indicación de la autoridad o autoridades nacionales a las que los licitadores podrán dirigirse para obtener la oportuna información sobre las obligaciones relativas a las disposiciones de protección y a las condiciones de trabajo de obligado cumplimiento, en el lugar en que realicen las obras o presten los servicios, además de la inclusión, en el modelo de proposición económica, de la manifestación expresa de los licitadores de que han tenido en cuenta en sus ofertas tales obligaciones, según establece la disposición final cuarta de la LCAP.

3.- La Comisión Permanente insiste, posteriormente, en lo manifestado en la Recomendación anteriormente citada, mediante el Informe 6/2004, de 9 de junio, sobre inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de penalidades por incumplimiento de obligaciones contractuales.

En este informe se analizaba lo dispuesto en los artículos 4, 49, 94 y 95 de la LCAP y en los artículos 95 y 67.2 r) del RGLCAP, sobre la posibilidad de imponer penalidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales recogidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Se examinaba la naturaleza jurídica de las penalizaciones, acudiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y concluía que:

“...al amparo de lo previsto en los artículos 4 y 94 de la LCAP y 94 del RGLCAP, se puede establecer en los contratos públicos la imposición de penalidades como medida para conseguir o restablecer el cumplimiento y la correcta ejecución de los contratos administrativos, cuando el empresario incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha de los mismos.”

Para la imposición de dichas penalidades se establecían las condiciones que deberían reunirse.

4.- La Mesa de Temporalidad en el Empleo, en su reunión de 17 de febrero de 2006, solicitó la posible adopción de medidas dirigidas a garantizar que los subcontratistas no se encuentren incurso en las causas de prohibición de contratar establecidas en el artículo 20 de la LCAP, mediante la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la obligación de éstos de formular declaración al respecto.

Atendiendo dicha solicitud, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva adoptó la Recomendación 1/2006, de 5 de mayo, donde, después de analizar el régimen jurídico de la subcontratación contenido en los artículos 115 y 116 de la LCAP, disponía que, quienes resulten adjudicatarios de contratos públicos, deben verificar que las personas con las que subcontraten no se encuentren en dicha circunstancia. Se significaba la posibilidad de recoger en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación de los contratistas para que, en la comunicación mediante la que se pone en conocimiento de la Administración el subcontrato a realizar, se incluya la acreditación de que el subcontratista no se encuentra inhabilitado para contratar, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, ni en los supuestos del artículo 20 de la LCAP, excepto su apartado k), ni incurso en la suspensión de clasificaciones. En cuanto a la forma de acreditación de estos extremos por los subcontratistas, se disponía que podría consistir, por analogía con la establecida respecto del propio contratista, en una declaración responsable.

5.- En relación con las prohibiciones de contratar, el RGCPM regula, en sus artículos 13 a 16, las prohibiciones de contratar y los procedimientos previos para su declaración tanto en supuestos de competencia estatal como de la Comunidad de Madrid.

En los supuestos de prohibiciones de contratar por las causas previstas en el artículo 20 de la LCAP, apartados: a) condena por sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores y d) haber sido sancionado con carácter firme por infracción muy grave en materia social o en materia de seguridad y salud en el trabajo, es competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado iniciar el expediente para declarar la prohibición de contratar, cuya resolución debe dictarse por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la mencionada Junta Consultiva, y reviste carácter general para todas las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en los artículos 21.3 de la LCAP y 18.1 del RGLCAP.

En esta materia la Comisión Permanente adoptó el Informe 5/2004, de 9 de junio, sobre efecto de la prohibición de contratar por condena mediante sentencia firme,

establecida en el artículo 20 a) de la LCAP y se dio traslado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado por tratarse de un supuesto detectado, en el que la Sentencia firme no se pronunciaba sobre la prohibición de contratar.

6.- Para los contratos de concesión de obras públicas, el artículo 244 de la LCAP recoge expresamente la posibilidad que tiene la Administración de incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos.

7.- La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado aborda este tema en su informe 11/1999, de 30 de junio, sobre “Posibilidad de introducción en los pliegos de condiciones de las obras municipales de cláusulas que tengan en cuenta el índice de siniestralidad laboral en el sector de la construcción, como requisito de solvencia técnica o como criterio de adjudicación”, concluyendo que no se puede considerar el índice de siniestralidad laboral como requisito de solvencia ni como criterio de adjudicación. En el mismo sentido se pronuncia en su informe 42/2006, de 30 de octubre, sobre imposibilidad de incluir aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales como requisito de solvencia técnica y como criterio de adjudicación.

Por otra parte, ningún otro Órgano Consultivo autonómico ha adoptado hasta la fecha informes o recomendaciones con previsiones que aumenten las posibilidades de actuación ya recogidas en los Informes o Recomendaciones de esta Junta Consultiva en la materia.

8.- Entre las previsiones de futuro, cabe citar lo previsto en el proyecto de la Ley de Contratos del Sector Público que, en su artículo 102.1, introduce la posibilidad recogida en la Directiva 2004/18/CE, de establecer en los pliegos condiciones especiales de ejecución del contrato, siempre que no sean discriminatorias y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, que podrán referirse, entre otras, a consideraciones de tipo social, y cita “las dirigidas a promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”.

Igualmente dispone que los pliegos pueden atribuir a estas condiciones especiales carácter de obligaciones contractuales que, en caso de incumplimiento, darían lugar a la imposición de penalidades o resolución del contrato.

Por otra parte, el artículo 134 del referido Proyecto de Ley establece, en relación con los criterios de adjudicación lo siguiente:

“Para valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio (...) características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, ...”

En el apartado 2 dispone:

“En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.”

9.- En materia de subcontratación, la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, establece las normas generales sobre subcontratación con objeto de mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular. La Ley regula el régimen jurídico de la subcontratación y establece una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Para ello, en primer lugar, exige el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas. En segundo lugar, exige una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos, con la acreditación de la organización preventiva de la propia empresa y con la calidad del empleo, precisando unas mínimas condiciones de estabilidad en el conjunto de la empresa. Y, en tercer lugar, introduce los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra.

Finalmente, para asegurar la efectividad de esta novedosa regulación en las obras de construcción, la Ley introduce las oportunas modificaciones del vigente texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real

Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, estableciendo la adecuada tipificación de las infracciones administrativas que pueden derivarse de la deficiente aplicación de la Ley.

En su disposición adicional segunda, sobre el “Régimen de subcontratación en las obras públicas”, establece que se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la LCAP, con las especialidades que se deriven de dicha Ley.

Su entrada en vigor tendrá lugar a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el día 19 de octubre de 2006.

10.- En el marco de la normativa actual, los aspectos sociales han sido tratados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid abordando los aspectos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo y prevención de riesgos laborales; las posibilidades de inclusión de aspectos sociales como requisitos de solvencia y como criterio de adjudicación; la imposición de penalidades por incumplimiento de estas obligaciones; las causas de prohibiciones de contratar y medidas respecto a la subcontratación.

En cada uno de estos puntos se ha abordado la interpretación de los aspectos dudosos de manera flexible y novedosa y se han agotado, dentro del ámbito competencial de la Junta Consultiva, las posibilidades que permite la normativa en materia de contratación administrativa.

En consecuencia, esta Junta Consultiva dirige a los órganos de contratación las siguientes

RECOMENDACIONES

1.- Se reitera la posibilidad recogida en la Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, y el Informe 6/2004, de 9 de junio, de esta Junta Consultiva, de penalizar la siniestralidad, cuando se incumpla una obligación contractual relativa a prevención de riesgos laborales recogida en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y se den las condiciones siguientes:

- a) Que se encuentren recogidas expresamente en los citados Pliegos las penalizaciones de aplicación al contrato, determinando los supuestos, alcance y procedimiento para su ejercicio.
- b) Que por las especiales características del contrato se consideren necesarias para su correcta ejecución.

- c) Que se justifique debidamente en el expediente la citada necesidad.
- d) Para su aplicación deberá acreditarse, por la autoridad laboral competente, que la siniestralidad producida se debe a incumplimiento de las medidas de prevención establecidas en el contrato.

2.- Se insiste en la obligación de consignar, en los pliegos de prescripciones técnicas particulares de los contratos de obras, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el Estudio de seguridad y salud o en el Estudio básico, que se hayan de adoptar durante la ejecución del contrato.

3.- Se recuerda que las autoridades y órganos competentes de la Comunidad de Madrid que acuerden sanciones o resoluciones firmes por infracción muy grave en materia de seguridad y salud en el trabajo, conforme a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, deben instruir el expediente previo a la declaración de prohibición de contratar y seguir las actuaciones que establece el artículo 14 del RGCCPM.

4.- Se recomienda a los órganos de contratación que se incluya, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la obligación de que los contratistas, junto a la comunicación por la que ponen en conocimiento de la Administración el subcontrato a realizar, adjunten la acreditación de que el subcontratista no se encuentra inhabilitado para contratar de acuerdo con el Ordenamiento jurídico.