

Informe 3/09, de 25 de septiembre de 2009. «Posibilidad de establecer como condición de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de personas desempleadas que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de una localidad y de establecer un criterio de adjudicación del contrato que consistiese en la valoración del compromiso de emplear en su ejecución personas desempleados inscritas en una determinada oficina de empleo. Ámbito de aplicación de criterios sociales».

Clasificación de los informes: 11.2 Pliegos de cláusulas administrativas y pliegos de prescripciones técnicas Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 15.2. Oferta económicamente más ventajosa. Diversidad de criterios (concursos).

ANTECEDENTES

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Orihuela se plantea la siguiente consulta:

«El Ayuntamiento de Orihuela tiene interés en establecer en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos de obras una condición especial de ejecución del contrato, que atienda a consideraciones de tipo social, con el fin de combatir el desempleo, en especial respecto de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral.

Ello se traduciría en una obligación para el adjudicatario del contrato, según lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley de Contratos del Sector Público.

El contenido de la cláusula que se pretende introducir se transcribe a continuación:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA.- CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO: CONSIDERACIONES DE TIPO SOCIAL.

La presente cláusula de contenido social materializa las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, en sus artículos 1, 9.2 y 40.1, y que en materia de contratación administrativa viene reconocida en el artículo 10.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. A tal fin, es de obligado cumplimiento por parte del adjudicatario lo siguiente:

La empresa adjudicataria se compromete a incorporar en la obra adjudicada al menos un 30% de personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo de Orihuela, priorizando en su contratación los pertenecientes a colectivos desfavorecidos, con dificultades de acceso al mundo laboral o con riesgo de exclusión social.

El porcentaje se computará en relación al número de trabajadores necesarios para la realización de la obra en su totalidad. "

Esta Alcaldía considera de interés disponer del pronunciamiento del órgano consultivo al que me dirijo respecto a la cuestión suscitada. Por lo expuesto, según lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, solicito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, emita informe sobre las siguientes cuestiones:

1. Si es conforme a derecho la inclusión de la cláusula que imponga una condición especial de ejecución respecto a los contratos de obras, en los términos expuestos anteriormente.

2. En el supuesto de no consignar en los Pliegos de Cláusulas Administrativas de los contratos de obras la cláusula especial de ejecución del contrato en los términos expuestos, si es conforme a derecho que en los Pliegos, junto a otros, como el del precio más bajo y las mejoras ofertadas por los licitadores, figurase como criterio de adjudicación del contrato (con una ponderación máxima del 30%) el número de personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo de Orihuela que el licitador se comprometa a contratar.

Por todo lo anterior, solicito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa admita la presente petición y emita informe sobre las cuestiones sometidas a su consideración».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta puede dividirse en dos cuestiones distintas. De una parte si se puede establecer como condición de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de

personas desempleadas que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de Orihuela y de otra si sería posible establecer un criterio de adjudicación del contrato que consistiese en la valoración del compromiso de emplear en la ejecución del contrato personas desempleados inscritas en las oficinas antes mencionadas.

2. La primera de las cuestiones referidas debe analizarse, en principio, a la luz de lo dispuesto por el artículo 102 de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el cual *“estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de 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...”*.

De lo anterior se deduce que es una posibilidad admitida expresamente en la Ley de Contratos del Sector Público (que en este sentido recoge de manera directa el principio consagrado en el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE complementado con el contenido del Considerando 33 del misma) el establecimiento de condiciones de ejecución del contrato que hagan referencia a medidas para el estímulo del empleo. Desde este punto de vista ninguna objeción habría que formular al hecho de que el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato determinado establezca una cláusula imponiendo la obligación de contratar personas desempleadas, sin que se incurra en discriminación.

Queda, sin embargo, por dilucidar si sería igualmente admisible la posibilidad de que dichas personas debieran proceder necesariamente del grupo de las inscritas en una o varias oficinas de empleo concretas. A este respecto cabe decir, en principio, que la Ley de Contratos del Sector Público no contiene normas que regulen la materia, ni para prohibirla ni para permitirla, por lo que la solución deberá encontrarse fuera de ésta.

Bien es cierto que la Ley mencionada hace diversas referencias al principio de no discriminación (arts. 1 y 123), pero, en general todas ellas van referidas al principio de libre concurrencia y tienen por destinatarios a los contratistas, no a los trabajadores empleados por éstos.

Por ello, la idea de que una condición de ejecución como la indicada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Orihuela en su consulta pueda o no incluirse válidamente en los pliegos contractuales, debe resolverse a la luz de los principios constitucionales relativos al derecho al trabajo, las normas del derecho comunitario que regulan la libertad de circulación de los trabajadores y las normas del derecho laboral español.

Con respecto del primero cabe decir que la Constitución en el artículo 35.1 dice que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...”*. Por su parte el artículo 14 consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley prohibiendo la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El análisis conjunto de ambos preceptos permite sentar la conclusión de que la aprobación por parte de una Administración Pública de unas cláusulas discriminatorias de los españoles ante el trabajo implicarían discriminación y por consiguiente resultaría contraria al principio del artículo 14 de la Constitución que prohíbe la discriminación por cualquier circunstancia personal o social.

Junto a esta consideración debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 39 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Dispone este precepto:

“1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

a) de responder a ofertas efectivas de trabajo.

b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.

c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales.

d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión”.

Del texto transcrito se deduce que la discriminación de los trabajadores por razón de la nacionalidad queda prohibida pudiendo los trabajadores nacionales de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea responder libremente a cualquier oferta de trabajo recibida. En conclusión, no cabe discriminar en la contratación ni a los españoles ni tampoco a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

Finalmente, el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4, letra c) establece que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho *“a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.*

Si bien es cierto que este precepto limita los supuestos de discriminación a los enumerados en él de tal forma que bajo ninguno de ellos puede ser subsumido el caso a que nos referimos, no lo es menos que su interpretación debe hacerse bajo la guía del principio general consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española antes citado. Este principio es interpretado de forma amplia por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de acuerdo con la cual queda desterrada toda posible discriminación que no tenga fundamento en la existencia de una causa suficientemente justificada desde el punto de vista constitucional.

A mayor abundamiento, el artículo 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de Diciembre, de Empleo, establece que *“Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo. Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciaren carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta”.*

Sentado esto resulta claro que no cabe la discriminación entre los trabajadores por razón del origen territorial de los mismos. No se puede, por tanto, establecer la preferencia en la contratación a favor de determinados trabajadores con fundamento en su lugar de origen o en su lugar de residencia, y de conformidad con este último artículo citado no cabe ningún tipo de discriminación en el empleo que no se justifique en los términos que hemos señalado anteriormente.

Sin embargo, queda sin resolver la cuestión de si la exigencia de estar inscrito en unas determinadas oficinas de empleo puede considerarse como discriminatoria, habida cuenta de que en ellas podría inscribirse cualquier persona con independencia de su nacionalidad o lugar de nacimiento. A este efecto es preciso determinar previamente si la inscripción en las Oficinas de Empleo como demandante del mismo, viene regulada en La Ley de Empleo antes citada pero sin establecer si debe solicitarse o no en determinada oficina o si, por el contrario, el demandante de empleo puede hacerlo en cualquiera de ellas.

Ello significa que la determinación de qué oficina será la competente para recibir la solicitud de inscripción debe hacerse por aplicación del principio general que consagra el artículo 12.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, de conformidad con el cual la oficina competente será el órgano administrativo de menor rango al que corresponda por razón de la materia del territorio. Este principio nos lleva a la conclusión de que en el caso objeto del presente informe corresponde presentar la solicitud de inscripción como demandante de empleo en la oficina que corresponda al domicilio del solicitante.

La conclusión que se deriva de ello es que la condición de ejecución a que se refiere el texto de la consulta es claramente discriminatoria en la medida en que circunscribe la posibilidad de contratación a los demandantes de empleo con domicilio en Orihuela. En tal sentido debe considerarse que excluye la posibilidad de contratar tanto a desempleados que procedan de otras

localidades del territorio nacional o, incluso, del territorio de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea y, en consecuencia se vulneran los principios de no discriminación establecidos tanto en el ordenamiento jurídico español como en el propio Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Consecuencia de cuanto antecede es que debemos considerar como no admisible la condición de ejecución a que se refiere el texto de la consulta. Ello, naturalmente, sin perjuicio de que si se suprime de ella la exigencia de la inscripción en las oficinas de empleo de Orihuela, sea plenamente admisible.

3. La última cuestión se refiere a si, en caso de no establecerse la condición de ejecución que hemos examinado en el artículo anterior cabría establecer un criterio de adjudicación por el que se ponderase hasta un 30% de la puntuación total prevista el número de personas desempleadas inscritas en las oficinas de empleo de Orihuela que el licitador se comprometiera a contratar.

Respecto de esta cuestión debe tenerse en cuenta lo dicho en el apartado anterior pues, si no se admiten condiciones de ejecución discriminatorias tampoco podrá admitirse el establecimiento de criterios de adjudicación que lleven al mismo resultado discriminatorio.

Con independencia de ello y, para abundar en lo dicho en el párrafo anterior debe traerse a colación el criterio sentado ya en el informe nº 53/08 de esta Junta emitido con fecha 29 de enero de 2009, en el que esta Junta mantuvo la opinión de que la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de un criterio de adjudicación que valore la contratación de personal que reúna determinadas condiciones de carácter social con carácter general no es admisible.

El mencionado informe dice:

“Por otra parte, el propio artículo 134.1 entre los criterios que menciona se refiere a uno solo de contenido social, cuando menciona las características “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”. Pues bien, este supuesto no abarca cualquier consideración de carácter social sino sólo aquellos contratos en que las prestaciones a contratar vayan destinadas a categorías de población especialmente desfavorecidas. En tales casos podrán establecerse criterios de adjudicación que tengan relación con las necesidades sociales cuya satisfacción constituya el objeto del contrato. Pero evidentemente no puede considerarse como el criterio social que permite valorar para la adjudicación a la oferta económicamente más favorable para el órgano de contratación la utilización de un determinado número o porcentaje de trabajadores con discapacidad.

La exigencia de utilizar mano de obra que reúna determinadas características juega su papel en la contratación pública como condición de ejecución o en la forma prevista en la disposición adicional sexta ya citada, pero no como criterio de adjudicación”.

Trasladando al caso a que se refiere el presente informe, cabría decir que el empleo de mano de obra desempleada constituye un objetivo social que puede cumplirse a través de las condiciones de ejecución del contrato, pero no mediante el establecimiento de un criterio de adjudicación que valorase el porcentaje de mano de obra desempleada que se contratara para la ejecución del contrato, pues evidentemente este criterio no tendría la relación directa con el objeto del contrato a que se refiere el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sentado esto, conviene señalar que este criterio parece ser contrario a lo establecido en el artículo 9.3 del Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, de conformidad con el cual “para la adjudicación de los contratos financiados con cargo al Fondo, los Ayuntamientos tomarán en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo” y que como consecuencia de ello la Junta aprobó en fecha 15 de diciembre del mismo año unos modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares en los que se establecía que “en todo caso, se tomará en consideración, como criterio de adjudicación para la valoración de las ofertas, el volumen de la mano de obra que se utilizará en la ejecución del contrato, atribuyéndose hasta un total de ----- puntos en función de la mano de obra contratada y a contratar (podrán igualmente utilizarse otros indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo).”

Sin embargo, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de si éste criterio es o no contrario a lo dispuesto en el artículo 134.1, lo que sí cabe decir es que su aplicación se restringe a los contratos financiados con cargo al fondo creado por el mencionado Real Decreto Ley que podría considerarse que deroga con carácter temporal, en lo que respecta a esta materia, la mencionada disposición.

Como consecuencia de todo ello, cabe indicar que la utilización del criterio de adjudicación mencionado en el texto de la consulta no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 134.1 de la Ley en los términos que hemos expuesto.

CONCLUSIONES

1. No es admisible una condición de ejecución que exija la contratación de un cierto porcentaje de personas que estén inscritas como demandantes de empleo en las oficinas de empleo correspondientes a un determinado lugar geográfico en la medida que implique discriminación respecto del resto de los trabajadores tanto nacionales como originarios de Estados miembros de la Unión Europea. Ello sin perjuicio de que sea admisible el establecimiento de condiciones de ejecución que favorezcan la lucha contra el desempleo que no incurran en discriminación.

2. No es admisible de conformidad con el artículo 134.1 de la Ley de Contratos del Sector Público el establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios de adjudicación que valoren empleo en la ejecución del contrato de personas desempleadas inscritas en oficinas de empleo correspondientes a un determinado lugar geográfico.