



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de julio de 2010

Informe 2/2010, de 30 de julio de 2010. Condiciones especiales de ejecución del contrato. Posibilidad de establecer, como condición especial de ejecución del contrato, la obligatoriedad de contratar personas en situación legal de desempleo

Antecedentes

1. El Secretario General de la Consejería de Trabajo y Formación ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

El Servei d'Ocupació de las Illes Balears de acuerdo con la Ley 7/2000, de 15 de junio, (BOCAIB núm. 80, de 29 de junio), es una entidad autónoma, de carácter administrativo, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, adscrita a la Consejería de Trabajo y Formación, con competencias para ejercer las funciones de intermediación en el mercado laboral balear.

La citada función de intermediación laboral se define como aquella política de ocupación conformada por el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación, con la finalidad de proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades.

El Gobierno de las Illes Balears en el diseño de una política orientada al pleno empleo, en el Plan de Empleo de las Illes Balears 2009-2011, firmado entre el Gobierno de las Illes Balears y los agentes sociales y económicos más representativos, se marca como objetivo prioritario en la línea de actuación 2 "*Mejora del Servei d'Ocupació de las Illes Balears*" conseguir que el Servicio Público de Empleo sea concebido por los ciudadanos de las Islas como un servicio de gestión del empleo y no del paro, alcanzando así su verdadera vocación universal.

Este objetivo concreto se enmarca dentro de la Estrategia Europea de Empleo, concretamente la Directriz 20 "*Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo*" incide en la necesidad de modernizar y fortalecer las



instituciones del mercado de trabajo, especialmente de los servicios de empleo, para garantizar una mayor transparencia de las oportunidades de empleo y formación.

En esta misma línea, dentro del Programa Nacional de Reformas de España, recoge, también en el eje 6, medidas como la modernización de los servicios públicos de empleo y la creación de plataformas para la intermediación laboral, ya que la importancia de los avances tecnológicos en esta época de crisis de empleo es crucial, y así lo determina también la Organización Internacional del Trabajo.

El artículo 102.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece como condición especial de ejecución del contrato:

“Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. 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, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.”

Es en este marco normativo, y con el objetivo de ofrecer un servicio de intermediación universal y gratuito, y garantizar que se preste de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad de oportunidades al acceso al empleo y no discriminación, que el Gobierno de las Illes Balears se ha planteado la necesidad de aprobar un Acuerdo del Consejo de Gobierno por el cual se obligue a las diferentes consejerías del Gobierno y a las entidades autónomas y empresas públicas vinculadas a la CAIB, a que incorporen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obra, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la condición especial de ejecución de que si las empresas adjudicatarias necesitan contratar personal para ejecutar la obra pública presenten una oferta en las oficinas del SOIB.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con el artículo 2.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, y 15 del Reglamento de



Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, se solicita informe en relación a:

– Si la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos de obra de la condición especial de ejecución de que las empresas adjudicatarias que necesiten contratar personal para ejecutar la obra pública presenten una oferta genérica en las oficinas del SOIB, se considera que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 102 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

– Si mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno se puede obligar a las deferentes consejerías del Gobierno de las Illes Balears, y a aquellas entidades autónomas y empresas públicas vinculadas a la CAIB sujetas al ámbito de aplicación de la Ley 3/1989, de 29 de marzo y que estén enmarcados en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, a que incluyan, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras que liciten, la condición especial de ejecución de que las empresas adjudicatarias que necesiten contratar personal para ejecutar la obra pública presenten una oferta genérica en las oficinas del SOIB.

Se adjunta informe jurídico relativo al asunto.

2. Posteriormente, el Secretario General de la Consejería de Trabajo y Formación ha remitido a esta Junta Consultiva un nuevo escrito y un nuevo informe jurídico, en virtud del cual, a la vista de algunos pronunciamientos de otras juntas consultivas en relación con la cuestión planteada inicialmente, principalmente el Informe 3/2009 de la Junta Consultiva estatal y el Informe 6/2009 de la Junta Consultiva aragonesa, se da una nueva redacción a la consulta inicial, que ahora queda formulada en los siguientes términos:

Primero. ¿Puede incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos de obra la siguiente condición especial de ejecución?

“La empresa adjudicataria se compromete a que el personal que necesite contratar para ejecutar la totalidad de la obra pública se halle en situación legal de desempleo, hecho que se podrá acreditar bien mediante la tarjeta de inscripción en las oficinas de empleo del Servei d’Ocupació de les Illes Balears o bien por cualquier otro medio válido en derecho que acredite que la persona contratada se halle en situación legal de desempleo.”

Segundo. ¿Puede adoptarse la medida anteriormente citada mediante la aprobación de un Acuerdo de Consejo de Gobierno que establezca la obligatoriedad de inclusión en la medida social?



Tercero. ¿Puede incluirse en el Acuerdo de Consejo de Gobierno un punto mediante el cual se apruebe la obligatoriedad de comunicación al SOIB, por parte de las consejerías del Gobierno de las Illes Balears y de sus entidades adscritas, de las adjudicaciones de contratos de obra pública, con la finalidad de poner al alcance de los contratistas toda la información necesaria relativa al servicio de intermediación del SOIB?

3. El Secretario General de la Consejería de Trabajo y Formación está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 del su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Trabajo y Formación, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea tres cuestiones relacionadas con las condiciones especiales de ejecución de los contratos.

En concreto, la primera pregunta hace referencia a la posibilidad de incluir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obra, una condición especial de ejecución del contrato en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias a contratar personal en situación legal de desempleo en el caso de que para ejecutar el contrato necesiten contratar personal. En un primer momento la redacción de esta pregunta sólo se refería a la obligatoriedad de utilizar los servicios de intermediación del SOIB.

Las otras dos cuestiones se refieren a la posibilidad de que un acuerdo del Consejo de Gobierno establezca, por un lado, la obligatoriedad, para las consejerías, las entidades autónomas y las empresas públicas y vinculadas a la Comunidad Autónoma, de incluir esta condición especial de ejecución en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y, por otro, la obligatoriedad de que los órganos de contratación que adjudiquen un contrato de obra lo comuniquen al SOIB para que este órgano pueda poner al alcance de los contratistas la información relativa al servicio de intermediación que presta.

2. La posibilidad de utilizar criterios sociales en la contratación pública, ya sea como criterio de selección del adjudicatario, como criterio de adjudicación de



los contratos, como cláusula de preferencia o como condición especial de ejecución, ha estado presente desde hace tiempo en diversos documentos de la Unión Europea y ha sido analizada por numerosos autores y juntas consultivas de contratación administrativa.

Sin ánimo de ser exhaustivos, cabe citar, en primer lugar, los informes 16/2001, de 29 de noviembre, y 4/2002, de 27 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears. En segundo lugar, es necesario destacar la actividad consultiva que ha llevado a cabo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, que ha analizado profusamente esta materia, entre otros, en los informes 4/2001, de 23 de noviembre, y 2/2006, de 9 de febrero, y las recomendaciones 1/2001, de 5 de abril, y 3/2005, de 7 de julio.

Además, cabe destacar el Informe 6/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, y los informes 44/1998, de 16 de diciembre, 53/2008, de 29 de enero de 2009, y 3/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Sin perjuicio del interés que puede tener profundizar en la materia y leer los documentos citados, en este Informe se hacen algunas referencias a algunos aspectos que se analizan en estos documentos.

Pasemos ahora a analizar cuáles son los pronunciamientos de la Comisión Europea en relación a los aspectos sociales en la contratación.

3. Las instituciones europeas han llevado a cabo una intensa actividad en materia de cláusulas sociales en la contratación pública mediante diversas comunicaciones y directivas aprobadas por la Comisión Europea y mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Cabe destacar la Comunicación de 22 de septiembre de 1989 titulada “Contratación pública. Aspectos regionales y sociales” [COM (89) 400 final], la Comunicación de 11 de marzo de 1998 titulada “La contratación pública en la Unión Europea” [COM (98) 143], la Comunicación interpretativa de la Comisión, de 4 de julio de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, y, finalmente, la Comunicación interpretativa de la Comisión, de 15 de octubre de 2001, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM(2001) 566 final].



La Comunicación interpretativa de 15 de octubre de 2001 dispone que los poderes adjudicadores pueden definir cláusulas contractuales que determinen la forma de ejecución de un contrato y que sirvan como instrumento para fomentar la persecución de objetivos sociales.

No obstante, la Comisión manifiesta que las cláusulas o condiciones de ejecución del contrato deben atenerse al Derecho comunitario y, en particular, no pueden tener un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de otros Estados.

Además, la aplicación de estas cláusulas debe ajustarse a las normas procedimentales de las Directivas y, en concreto, a las normas relativas a la publicidad. No pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni pueden referirse a la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación.

Para cumplir el principio de transparencia, las condiciones especiales de ejecución deberán citarse en el anuncio del contrato a fin de que todos los candidatos o licitadores tengan conocimiento de ellas.

La Comisión aclara, además, que la cláusula contractual es una obligación que el adjudicatario del contrato debe aceptar y que se refiere a su ejecución, y que, en consecuencia, en principio basta con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir este requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. Por tanto, la oferta de un licitador que no acepte esta obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada.

La Comunicación reconoce que los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social, y recoge algunas posibles cláusulas contractuales que se podrían imponer a los adjudicatarios atendiendo a objetivos de carácter social, siempre que cumplan los requisitos ya citados. En concreto, cita los siguientes ejemplos:

- La obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación.
- La obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a



promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica.

– La obligación de respetar en lo esencial, el realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional.

– La obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.

La Comunicación recoge otro ejemplo en el que a priori no hay discriminación para los licitadores de los demás Estados miembros: es el caso en que, en un contrato de obra, una cláusula exija que el adjudicatario emplee a un número o porcentaje determinado de desempleados de larga duración o jóvenes aprendices, y sin exigir que los desempleados o aprendices pertenezcan a una región determinada o dependan de un organismo nacional.

Por tanto, además de respetar el Derecho comunitario y no ser discriminatorias, la introducción de estas condiciones debe respetar las garantías de publicidad y transparencia.

En relación a las directivas comunitarias sobre contratos públicos, es necesario destacar que la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios hace referencia, tanto en las consideraciones como en el articulado, a cuestiones relacionadas con aspectos sociales, en concreto, en la consideración 33 y en el artículo 26.

La consideración 33 se expresa en los siguientes términos:

Las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones – aplicables a la ejecución del contrato– de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones



de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.

El artículo 26 dispone que los poderes adjudicadores pueden exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la inclusión de criterios sociales en los contratos públicos. Una de las sentencias más significativas es la sentencia de 20 de septiembre de 1988, dictada en el asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes/Países Bajos*, que se pronunció, entre otras cuestiones, sobre si la inclusión de una condición en la adjudicación de un contrato de obra pública que exige al adjudicatario que contrate a un determinado número de trabajadores en situación de desempleo de larga duración es compatible con el Derecho comunitario. El Tribunal manifestó lo siguiente:

28

Por lo que respecta a la exclusión de un licitador por no estar, a juicio del órgano de contratación, en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva.

29

Como resulta de la citada sentencia de 9 de julio de 1987, para que sea compatible con la Directiva, tal condición debe respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

30

La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las



circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta.

[...]

36

En cuanto a una condición como el empleo de trabajadores en paro prolongado, procede observar que, al tratarse de una condición particular adicional, debe mencionarse en el anuncio para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición.

37

[...] La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato.

4. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP), por la que se transpone al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/18/CE, señala, en su exposición de motivos, como una de las principales novedades de la Ley, la previsión de mecanismos que permiten introducir consideraciones de tipo social y medioambiental en la contratación pública, y las configura como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.

Así, al artículo 102 de la LCSP regula las condiciones especiales de ejecución del contrato en los siguientes términos:

1. Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. 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, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de



obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e).

El artículo 125 del Tratado constitutivo al que hace referencia el artículo (actualmente artículo 145) dispone que los estados miembros y la Comunidad deben esforzarse por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable, y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a alcanzar los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, referidos, entre otros, a la consecución del pleno empleo.

En definitiva, atendiendo a todo lo que se ha dicho, cabe concluir que para establecer condiciones especiales de ejecución en los contratos deben cumplirse dos requisitos:

- Que las condiciones sean compatibles con el Derecho comunitario y, por tanto, respeten los principios de igualdad y no discriminación.
- Que se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato, respetando así el principio de publicidad.

5. La primera cuestión que se somete al parecer de esta Junta Consultiva, como hemos dicho, se refiere a la posibilidad de incluir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obra, una condición especial de ejecución del contrato en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias a contratar personal en situación legal de desempleo en el caso de que para ejecutar el contrato necesiten contratar personal.

Cabe recordar que en un primer momento la redacción de esta pregunta sólo se refería a la obligatoriedad de utilizar los servicios de intermediación del SOIB, es decir, los servicios de intermediación de un ámbito territorial concreto. No obstante, con posterioridad, el Secretario General de la Consejería de Trabajo y Formación formuló nuevamente la consulta dado que había tenido conocimiento de pronunciamientos sobre cuestiones similares por parte de diversos órganos consultivos.

En efecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de



Economía y Hacienda se había pronunciado en el Informe 3/2009, de 25 de septiembre, sobre la posibilidad de establecer, como condición de ejecución del contrato, la obligación de que el adjudicatario contratase personas desempleadas inscritas en una determinada oficina de empleo, en concreto, la de Orihuela.

Dada la similitud de ambas consultas, resulta de interés trasladar a este Informe las argumentaciones utilizadas por la Junta Consultiva estatal para considerar que una condición de estas características es contraria a Derecho. La Junta manifiesta que el artículo 102 de la LCSP permite establecer, como condiciones de ejecución, medidas para el estímulo del empleo, por lo que no hay obstáculos para considerar correcto que un pliego de cláusulas administrativas particulares contenga una cláusula que establezca la obligación de contratar personas desocupadas sin que haya discriminación. A continuación, la Junta Consultiva analiza si es admisible la cuestión de fondo planteada, es decir, si es posible exigir que las personas desempleadas estén inscritas en una o varias oficinas de empleo concretas. Y lo hace en los siguientes términos:

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. 2

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 [y] 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.

Como conclusión, la Junta Consultiva manifiesta lo siguiente:

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.

Así pues, una condición especial de ejecución que establezca la obligatoriedad del adjudicatario de contratar personas en situación legal de desempleo, sin referencia a una oficina concreta, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho comunitario, dado que en principio no se produce ninguna discriminación respecto del resto de trabajadores del Estado español y del resto de estados miembros. En cambio, si la condición especial estableciera la obligación de que estas personas estuvieran inscritas en una determinada oficina de empleo sí se produciría la vulneración.

En definitiva, en nuestro caso, una vez reformulada la consulta y eliminada la referencia única al SOIB, hay que considerar que la redacción propuesta para la condición especial de ejecución se ajusta a Derecho. No obstante, cabe advertir que, de conformidad con el artículo 102.1 de la LCSP, esta condición debe indicarse en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

6. Las otras dos cuestiones planteadas a esta Junta Consultiva se refieren a la posibilidad de que un acuerdo del Consejo de Gobierno establezca, por una



parte, la obligatoriedad, para las consejerías, las entidades autónomas y las empresas públicas y vinculadas a la Comunidad Autónoma, de incluir esta condición especial de ejecución en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y, por otra, la obligatoriedad de que los órganos de contratación que adjudiquen un contrato de obra lo comuniquen al SOIB para que este órgano pueda poner al alcance de los contratistas la información relativa al servicio de intermediación que presta.

Se trata, pues, de establecer con carácter general la obligación de incluir esta cláusula en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para todos los contratos de obra.

Debe decirse que la Ley establece, como una facultad del órgano de contratación, la posibilidad de establecer condiciones especiales de ejecución, y, por tanto, la redacción del artículo 102 de la LCSP, en principio, no prevé expresamente la posibilidad de establecer ninguna obligación de estas características.

En este sentido se ha pronunciado también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda en el Informe 53/2008, de 29 de enero de 2009, en el que añadía que, no obstante, se podría considerar la posibilidad de que los órganos competentes para hacerlo dictasen instrucciones para imponer a los órganos jerárquicamente subordinados la obligación de incluir estas cláusulas en los pliegos. Finalmente, la Junta Consultiva estatal concluye que la Ley no autoriza a exigir la inclusión de condiciones especiales con carácter general.

A la vista de todo esto, en principio se podría considerar que, una vez determinada la legalidad de esta cláusula, nada obstaría a que, como decisión política que es, el Consejo de Gobierno aprobase, mediante un acuerdo, la obligatoriedad de incluir esta condición en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obra, si así lo decide en el ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta algunas circunstancias antes de tomar una decisión de estas características.

En primer lugar, la Ley prevé el carácter facultativo de estas condiciones, por lo que debe presuponerse que, antes de incorporar una condición especial de



ejecución a un contrato determinado —o a una categoría de ellos—, se ha hecho un análisis de la necesidad o conveniencia de alcanzar un objetivo social determinado mediante el contrato que aconseja incorporarle esta cláusula social.

En segundo lugar, debería analizarse si las circunstancias sociales requieren que siempre y en todos los casos se cumpla la cláusula social sometida a consulta, o bien si esta medida debería adoptarse, para algunos contratos en particular, con carácter temporal, por un plazo prefijado, sin perjuicio de que, si permanecen las circunstancias que exigieron su adopción, se pueda prorrogar, por un nuevo plazo limitado, la obligatoriedad de incluir esta condición especial.

Finalmente, hay que decir que si se adoptasen diversos acuerdos de Consejo de Gobierno para obligar a los órganos de contratación a incorporar una multiplicidad de condiciones de ejecución especial de los contratos relativas a varias o a todas las materias que prevé el artículo 102, sin limitaciones, se podría producir una situación en la que la totalidad de la contratación de la Comunidad Autónoma estuviera sometida a que los empresarios ejecutasen los contratos cumpliendo con diversas obligaciones sociales y medioambientales, ajenas, en principio, a la necesidad originaria a satisfacer que había motivado la contratación. Esto, sin duda, es una consecuencia absurda que podría, incluso, desvirtuar el objeto del contrato, y es una situación no deseada o buscada por la Ley de Contratos, que, por tanto, debe evitarse.

En consecuencia, esta Junta Consultiva considera que, para poder considerar ajustado a Derecho un acuerdo de las características que pretende la consejería competente en materia de trabajo, es necesario tomar en consideración, previamente, estas circunstancias, y limitar el alcance temporal de la obligatoriedad o la recomendación de incluir la condición especial de ejecución que se propone. De hecho, las circunstancias que ahora pueden hacer aconsejable la inclusión de esta medida en los contratos de obra pueden cambiar en un futuro.

En cuanto a la tercera cuestión que se plantea, relativa a la posibilidad de incluir en el acuerdo del Consejo de Gobierno un punto que establezca la obligatoriedad de que los órganos de contratación que adjudiquen un contrato de obra lo comuniquen al SOIB para que pueda poner al alcance de los contratistas la información relativa al servicio de intermediación que presta, cabe afirmar que se trata de una decisión política destinada a poner al alcance de los adjudicatarios de los contratos de obra pública, de manera inmediata, la



información relativa al servicio de intermediación del SOIB, y a potenciar, de esta manera, el servicio de intermediación autonómico.

A pesar de que, en principio, se trata de una decisión política y que desde el punto de vista de la contratación pública no hay ningún obstáculo para adoptar una medida de estas características, debe decirse que el servicio de intermediación del SOIB no puede implicar, en ningún caso, una limitación o un obstáculo a las posibilidades que tiene el empresario de acudir a otros servicios de intermediación laboral distintos o a otras vías para la contratación de personal en situación de desempleo.

Todo ello sin perjuicio de que el SOIB puede tener conocimiento de las adjudicaciones de la mayoría de contratos de obra pública a través de los medios de publicidad que prevén las normas en materia de contratación pública.

Conclusiones

1. La inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de una condición especial de ejecución en virtud de la cual se obligue a las empresas adjudicatarias, en el caso específico de que para ejecutar el contrato necesiten contratar personal, a contratar personal en situación legal de desempleo, no vulnera el ordenamiento jurídico español ni el Derecho comunitario, siempre que no sea discriminatoria y se respete el principio de publicidad.
2. El Consejo de Gobierno puede establecer la obligatoriedad, o bien, en su caso, la recomendación, de incluir esta condición en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obra, teniendo en cuenta las circunstancias que se citan en la consideración jurídica 6 de este Informe, mediante un acuerdo, si así lo decide en el ejercicio de las competencias que le atribuye la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears.
3. Sin perjuicio de que el SOIB puede tener conocimiento de las adjudicaciones de la mayoría de contratos de obra pública a través de los medios de publicidad que prevén las normas en materia de contratación pública, el Consejo de Gobierno puede establecer la obligatoriedad, o bien, en su caso, la recomendación, de que los órganos de contratación que adjudiquen un contrato de obra pública lo comuniquen al SOIB para que pueda poner al alcance de los contratistas la información relativa al servicio de intermediación que presta, siempre que el servicio de intermediación del SOIB no implique, en ningún caso, una limitación o un obstáculo a las posibilidades que tiene el empresario de



acudir a otros servicios de intermediación laboral distintos o a otras vías para la contratación de personal en situación de desempleo.