



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de juliol de 2010

Informe 2/2010, de 30 de juliol de 2010. Condicions especials d'execució del contracte. Possibilitat d'establir, com a condició especial d'execució del contracte, l'obligatorietat de contractar persones en situació legal d'atur

Antecedents

1. El secretari general de la Conselleria de Treball i Formació ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

El Servei d'Ocupació de les Illes Balears, d'acord amb la Llei 7/2000, de 15 de juny, (BOCAIB núm. 80, de 29 de juny), és una entitat autònoma, de caràcter administratiu, dotada de personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar, adscrita a la Conselleria de Treball i Formació, amb competències per exercir les funcions d'intermediació en el mercat laboral balear.

Dita funció d'intermediació laboral, es defineix com aquella política d'ocupació conformada pel conjunt d'accions que tenen per objecte posar en contacte les ofertes de treball amb els demandants d'ocupació per a la seva col·locació, amb la finalitat de proporcionar als treballadors una ocupació adequada a les seves característiques i facilitar als ocupadors els treballadors més apropiats als seus requeriments i necessitats.

El Govern de les Illes Balears en el disseny d'una política orientada a la plena ocupació, en el Pla d'ocupació de les Illes Balears 2009-2011, signat entre el Govern de les Illes Balears i els agents socials i econòmics més representatius, es marca com objectiu prioritari dins la línia d'actuació 2 "Millora del Servei d'Ocupació de les Illes Balears" fer que el Servei Públic d'Ocupació sigui concebut pels ciutadans de les Illes com un servei de gestió de l'ocupació i no de l'atur, tot assolint la seva vertadera vocació universal.

Aquest objectiu concret s'emmarca dins l'Estratègia Europea d'Ocupació, concretament la Directriu 20 "Millorar l'adequació a les necessitats del mercat de treball" incideix en la necessitat de modernitzar i enfortir les institucions del mercat de treball, especialment dels serveis d'ocupació, per a garantir una



major transparència de les oportunitats d'ocupació i formació.

En aquesta mateixa línia, dins del Programa Nacional de Reformes d'Espanya, recull, també a l'eix 6, mesures com la modernització dels serveis públics d'ocupació i la creació de plataformes per a la intermediació laboral, ja que la importància dels avanços tecnològics en aquesta època de crisi de l'ocupació és crucial, i així ho determina també, la Organització Internacional del Treball.

L'article 102.1 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP), estableix com una condició especial d'execució del contracte:

“Els òrgans de contractació poden establir condicions especials en relació amb l'execució del contracte, sempre que siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin a l'anunci de licitació i en el plec o en el contracte. Aquestes condicions d'execució es poden referir, en especial, a consideracions de tipus mediambiental o a consideracions de tipus social, amb la finalitat de promoure l'ocupació de persones amb dificultats particulars d'inserció en el mercat laboral, eliminar les desigualtats entre l'home i la dona en el dit mercat, combatre l'atur, afavorir la formació en el lloc de treball, o altres finalitats que s'estableixin amb referència a l'estratègia coordinada per a l'ocupació, definida a l'article 125 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, o garantir el respecte als drets laborals bàsics al llarg de la cadena de producció mitjançant l'exigència del compliment de les convencions fonamentals de l'Organització Internacional del Treball.”

És en aquest marc normatiu, i amb l'objectiu d'oferir un servei d'intermediació universal i gratuït, i garantir que es presti d'acord amb els principis constitucionals d'igualtat d'oportunitats a l'accés a l'ocupació i no-discriminació, que el Govern de les Illes Balears s'ha plantejat la necessitat d'aprovar un Acord del Consell de Govern pel qual s'obligui a les diferents Conselleries del Govern i a les entitats autònomes i empreses públiques vinculades a la CAIB, a que incorporin en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes d'obra, d'acord amb l'article 102 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, la condició especial d'execució de què si les empreses adjudicatàries necessiten contractar personal per executar l'obra pública, presentin una oferta a les oficines del SOIB.

Per tot allò exposat, d'acord amb l'article 2.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, i 15 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, es sol·licita informe en relació a:

— Si la inclusió en els plecs de clàusules administratives particulars dels



contractes administratius d'obra de la condició especial d'execució de què les empreses adjudicatàries que necessitin contractar personal per executar l'obra pública, presentin una oferta genèrica a les oficines del SOIB, es considera que compleix els requisits establerts a l'article 102 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic.

— Si mitjançant Acord de Consell de Govern es pot obligar a les diferents Conselleries del Govern de les Illes Balears, i a aquelles entitats autònomes i empreses públiques i vinculades a la CAIB subjectes a l'àmbit d'aplicació de la Llei 3/1989, de 29 de març i que estiguin emmarcats dins l'àmbit subjectiu d'aplicació de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, a que incloguin en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes d'obra que licitin, la condició especial d'execució de què les empreses adjudicatàries que necessitin contractar personal per executar l'obra pública, presentin una oferta genèrica a les oficines del SOIB.

S'Annexa informe jurídic relatiu a l'assumpte.

2. Amb posterioritat, el secretari general de la Conselleria de Treball i Formació ha tramès a aquesta Junta Consultiva un nou escrit i un nou informe jurídic, en virtut del qual, en vista d'alguns pronunciaments d'altres juntes consultives en relació amb la qüestió plantejada inicialment, principalment l'Informe 3/2009 de la Junta Consultiva estatal i l'Informe 6/2009 de la Junta Consultiva aragonesa, es dóna una nova redacció a la consulta inicial, que ara queda formulada en els termes següents:

Primer. ¿Es pot incloure en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes administratius d'obra la següent condició especial d'execució?

“L'empresa adjudicatària es compromet a què el personal que necessiti contractar per executar la totalitat de l'obra pública, es trobi en situació legal d'atur, fet que es podrà acreditar, bé mitjançant la targeta d'inscripció en les oficines d'ocupació del Servei d'Ocupació de les Illes Balears, o bé per qualsevol altre mitjà vàlid en dret que acrediti que la persona contractada es troba en situació legal d'atur.”

Segon. ¿Es pot adoptar la mesura abans esmentada mitjançant l'aprovació d'un Acord de Consell de Govern que estableixi l'obligatorietat d'inclusió de la mesura social?

Tercer. ¿Es pot incloure a l'Acord de Consell de Govern un punt mitjançant el qual s'aprovi l'obligatorietat de comunicació al SOIB, per part de les Conselleries del Govern de les Illes Balears i de les seves entitats adscrites, de les adjudicacions de contractes d'obra pública, per tal de posar a l'abast dels contractistes tota la informació necessària pel que fa al servei d'intermediació del SOIB?



3. El secretari general de la Conselleria de Treball i Formació està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic del cap del Servei Jurídic de la Conselleria de Treball i Formació, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es tenen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja tres qüestions relacionades amb les condicions especials d'execució dels contractes.

En concret, la primera pregunta fa referència a la possibilitat d'incloure, en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes d'obra, una condició especial d'execució del contracte en virtut de la qual s'obligui les empreses adjudicatàries a contractar personal en situació legal d'atur en el cas que per executar el contracte necessitin contractar personal. En un primer moment la redacció d'aquesta pregunta només es referia a l'obligatorietat d'utilitzar els serveis d'intermediació del SOIB.

Les altres dues qüestions es refereixen a la possibilitat que un acord del Consell de Govern estableixi, d'una banda, l'obligatorietat, per a les conselleries, les entitats autònomes i les empreses públiques i vinculades a la Comunitat Autònoma, d'incloure aquesta condició especial d'execució en els plecs de clàusules administratives particulars, i, de l'altra, l'obligatorietat que els òrgans de contractació que adjudiquin un contracte d'obra ho comuniquin al SOIB perquè aquest òrgan pugui posar a l'abast dels contractistes la informació relativa al servei d'intermediació que presta.

2. La possibilitat d'utilitzar criteris socials en la contractació pública, ja sigui com a criteri de selecció de l'adjudicatari, com a criteri d'adjudicació dels contractes, com a clàusula de preferència o com a condició especial d'execució, ha estat present des de fa temps en diversos documents de la Unió Europea i ha estat analitzada per nombrosos autors i juntes consultives de contractació administrativa.

Sense ànim de ser exhaustius, cal esmentar, en primer lloc, els informes 16/2001, de 29 de novembre, i 4/2002, de 27 de juny, de la Junta Consultiva de



Contractació Administrativa de les Illes Balears. En segon lloc, cal destacar l'activitat consultiva que ha duit a terme la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya, que ha analitzat profusament aquesta matèria, entre d'altres, en els informes 4/2001, de 23 de novembre, i 2/2006, de 9 de febrer, i les recomanacions 1/2001, de 5 d'abril, i 3/2005, de 7 de juliol.

A més, cal destacar l'Informe 6/2009, de 15 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, i els informes 44/1998, de 16 de desembre, 53/2008, de 29 de gener de 2009, i 3/2009, de 25 de setembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat.

Sens perjudici de l'interès que pot tenir aprofundir en la matèria i llegir els documents esmentats, en aquest Informe es fan algunes referències a alguns aspectes que s'analitzen en aquests documents.

Passem ara a analitzar quins són els pronunciaments de la Comissió Europea amb referència als aspectes socials en la contractació.

3. Les institucions europees han duit a terme una intensa activitat en matèria de clàusules socials en la contractació pública per mitjà de diverses comunicacions i directives aprovades per la Comissió Europea i per mitjà de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea.

Cal destacar la Comunicació de 22 de setembre de 1989 titulada "Contractació pública. Aspectes regionals i socials" [COM (89) 400 final], la Comunicació d'11 de març de 1998 titulada "La contractació pública en la Unió Europea" [COM (98) 143], la Comunicació interpretativa de la Comissió, de 4 de juliol de 2001, sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitats d'integrar els aspectes mediambientals en la contractació pública, i, finalment, la Comunicació interpretativa de la Comissió, de 15 d'octubre de 2001, sobre la legislació comunitària de contractes públics i les possibilitats d'integrar aspectes socials en aquests contractes [COM(2001) 566 final].

La Comunicació interpretativa de 15 d'octubre de 2001 disposa que els poders adjudicadors poden definir clàusules contractuals que determinin la forma d'execució d'un contracte i que serveixin com a mitjà per fomentar la persecució d'objectius socials.

No obstant això, la Comissió manifesta que les clàusules o condicions d'execució del contracte s'han d'ajustar al dret comunitari i, en particular, no poden tenir



un efecte discriminatori directe o indirecte per als licitadors de la resta d'estats membres.

A més, l'aplicació d'aquestes clàusules ha d'ajustar-se a les normes procedimentals de les directives i, en concret, a les normes relatives a la publicitat. No poden consistir en especificacions tècniques encobertes, ni poden referir-se a la comprovació de l'aptitud dels licitadors sobre la base de la seva capacitat econòmica, financera i tècnica, o als criteris d'adjudicació.

Per complir el principi de transparència, les condicions especials d'execució han d'esmentar-se en l'anunci del contracte perquè tots els candidats o licitadors en tinguin coneixement.

La Comissió aclareix, a més, que la clàusula contractual és una obligació que l'adjudicatari del contracte ha d'acceptar i que es refereix a la seva execució, i que, en conseqüència, en principi és suficient que els licitadors es comprometin, en el moment de lliurar l'oferta, a complir aquest requisit en el cas que resultin adjudicataris. Per tant, l'oferta d'un licitador que no accepti aquesta obligació no s'ajustaria al plec de condicions i no podria, per tant, ser seleccionada.

La Comunicació reconeix que els poders adjudicadors tenen un marge ampli de maniobra a l'hora d'elaborar clàusules contractuals en matèria social, i recull algunes possibles clàusules contractuals que es podrien imposar als adjudicataris atenent objectius de caràcter social, sempre que compleixin els requisits ja esmentats. En concret, esmenta els exemples següents:

- L'obligació de contractar persones en atur, en particular de llarga durada, o d'organitzar activitats de formació per als joves o els aturats quan duguin a terme la prestació.
- L'obligació d'aplicar, en executar la prestació, mesures destinades a promoure la igualtat d'oportunitats entre homes i dones o la diversitat racial o ètnica.
- L'obligació de respectar en la part essencial, en executar la prestació, les disposicions dels convenis fonamentals de l'Organització Internacional del Treball (OIT), en el cas que no s'hagin incorporat ja a l'ordenament jurídic nacional.
- L'obligació de contractar, en vista de l'execució del contracte, un nombre de persones amb discapacitat superior del que exigeix la legislació nacional en



l'estat membre on s'executa el contracte o en el del titular del contracte.

La Comunicació recull un altre exemple en què a priori no hi ha discriminació contra els licitadors de la resta d'estats membres: és el cas en què, en un contracte d'obra, una clàusula exigeixi que l'adjudicatari contracti un nombre o un percentatge determinat d'aturats de llarga durada o de joves aprenents, i que no s'exigeixi que els aturats o els aprenents pertanyin a una regió determinada o depenguin d'un organisme nacional.

Per tant, a més de respectar el dret comunitari i no ser discriminatòries, la introducció d'aquestes condicions ha de respectar les garanties de publicitat i transparència.

Pel que fa a les directives comunitàries sobre els contractes públics, cal destacar que la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministrament i de serveis fa referència, tant en les consideracions com en l'articulat, a qüestions relacionades amb aspectes socials, en concret, en la consideració 33 i en l'article 26.

La consideració 33 s'expressa en els termes següents:

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.

L'article 26 disposa que els poders adjudicadors poden exigir condicions especials en relació amb l'execució del contracte sempre que siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin en l'anunci de licitació o en el plec de condicions. Les condicions en què s'executi un contracte poden referir-se, en especial, a consideracions de tipus social i mediambiental.



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre la inclusió de criteris socials en els contractes públics. Una de les sentències més significatives és la Sentència de 20 de setembre de 1988, dictada en l'assumpte C-31/87, *Gebroeders Beentjes/Països Baixos*, que es va pronunciar, entre altres qüestions, sobre si la inclusió d'una condició en l'adjudicació d'un contracte d'obra pública que exigeix a l'adjudicatari que contracti un determinat nombre de treballadors en situació d'atur de llarga durada és compatible amb el dret comunitari. El Tribunal va manifestar el següent:

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 Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), per la qual es transposa a l'ordenament jurídic intern la Directiva 2004/18/CE, assenyala, en l'exposició de motius, com una de les principals novetats de la Llei, la previsió de mecanismes que permeten introduir consideracions de tipus social i mediambiental en la contractació pública, i les configura com a condicions especials d'execució del contracte o com a criteris per valorar les ofertes.

Així, l'article 102 de la LCSP regula les condicions especials d'execució del contracte en els termes següents:

1. Els òrgans de contractació poden establir condicions especials en relació amb l'execució del contracte, sempre que siguin compatibles amb el dret comunitari i s'indiquin a l'anunci de licitació i en el plec o en el contracte. Aquestes condicions d'execució es poden referir, en especial, a consideracions de tipus mediambiental o a consideracions de tipus social, amb la finalitat de promoure l'ocupació de persones amb dificultats particulars d'inserció en el mercat laboral, eliminar les desigualtats entre l'home i la dona en el dit mercat, combatre l'atur, afavorir la formació en el lloc de treball, o altres finalitats que s'estableixin amb referència a l'estratègia coordinada per a l'ocupació, definida a l'article 125 del Tractat constitutiu de la Comunitat Europea, o garantir el respecte als drets laborals bàsics al llarg de la cadena de producció mitjançant l'exigència del compliment de les convencions fonamentals de l'Organització Internacional del Treball.

2. Els plecs o el contracte poden establir penalitats, de conformitat amb el que preveu l'article 196.1, per al cas d'incompliment d'aquestes condicions especials d'execució, o atribuir-los el caràcter d'obligacions contractuals essencials als efectes assenyalats a l'article 206.g). Quan l'incompliment d'aquestes condicions no es tipifiqui com a causa de resolució del contracte, pot ser considerat en els plecs o en el contracte, en els termes que s'estableixin per reglament, com a infracció greu als efectes que estableix l'article 49.2.e).

L'article 125 del Tractat constitutiu a què fa referència l'article (actualment article 145) disposa que els estats membres i la Comunitat s'han d'esforçar per desenvolupar una estratègia coordinada per a l'ocupació, en particular per potenciar una mà d'obra qualificada, formada i adaptable, i mercats laborals amb capacitat de resposta al canvi econòmic, amb vista a assolir els objectius definits en l'article 3 del Tractat de la Unió Europea, referits, entre d'altres, a la consecució de la plena ocupació.



En definitiva, atès tot el que s'ha dit, cal concloure que per establir condicions especials d'execució en els contractes s'han de complir dos requisits:

- Que les condicions siguin compatibles amb el dret comunitari i, per tant, respectin els principis d'igualtat i no-discriminació.
- Que s'indiquin en l'anunci de licitació i en el plec o en el contracte, respectant així el principi de publicitat.

5. La primera qüestió que se sotmet al parer d'aquesta Junta Consultiva, com hem dit, fa referència a la possibilitat d'incloure, en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes d'obra, una condició especial d'execució del contracte en virtut de la qual s'obligui les empreses adjudicatàries a contractar personal en situació legal d'atur en el cas que per executar el contracte necessitin contractar personal.

Cal recordar que en un primer moment la redacció d'aquesta pregunta només es referia a l'obligatorietat d'utilitzar els serveis d'intermediació del SOIB, és a dir, els serveis d'intermediació d'un àmbit territorial concret. No obstant això, amb posterioritat el secretari general de la Conselleria de Treball i Formació va formular novament la consulta atès que havia tingut coneixement dels pronunciaments sobre qüestions similars per part de diversos òrgans consultius.

En efecte, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda s'havia pronunciat en l'Informe 3/2009, de 25 de setembre, sobre la possibilitat d'establir, com a condició d'execució del contracte, l'obligació que l'adjudicatari contractàs persones desocupades inscrites en una determinada oficina d'ocupació, en concret, la d'Orihuela.

Atesa la similitud d'ambdues consultes, resulta d'interès traslladar a aquest Informe les argumentacions utilitzades per la Junta Consultiva estatal per considerar que una condició d'aquestes característiques és contrària a dret. La Junta manifesta que l'article 102 de l'LCSP permet establir, com a condicions d'execució, mesures per a l'estímul de l'ocupació, per la qual cosa no hi ha obstacles per considerar correcte que un plec de clàusules administratives particulars contengui una clàusula que estableixi l'obligació de contractar persones desocupades sense que hi hagi discriminació. A continuació, la Junta Consultiva analitza si és admissible la qüestió de fons plantejada, és a dir, si és possible exigir que les persones desocupades estiguin inscrites en una o diverses oficines d'ocupació concretes. I ho fa en els termes següents:



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 [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.

Com a conclusió, la Junta Consultiva manifesta el següent:

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.

Així doncs, una condició especial d'execució que estableixi l'obligatorietat de l'adjudicatari de contractar persones en situació legal d'atur, sense referència a una oficina concreta, no vulnera l'ordenament jurídic espanyol ni el dret comunitari, atès que en principi no es produeix cap discriminació respecte a la resta de treballadors de l'Estat espanyol i de la resta d'estats membres. En canvi, si la condició especial establís l'obligació que aquestes persones estiguessin inscrites en una determinada oficina d'ocupació sí es produiria la vulneració.

En definitiva, en el nostre cas, una vegada reformulada la consulta i eliminada la referència única al SOIB, cal considerar que la redacció proposada per a la condició especial d'execució s'ajusta a dret. No obstant això, cal advertir que, de conformitat amb l'article 102.1 de l'LCSP, aquesta condició s'ha d'indicar en l'anunci de licitació i en el plec o en el contracte.

6. Les altres dues qüestions plantejades a aquesta Junta Consultiva es refereixen a la possibilitat que un acord del Consell de Govern estableixi, d'una banda, l'obligatorietat, per a les conselleries, les entitats autònomes i les empreses públiques i vinculades a la Comunitat Autònoma, d'incloure aquesta condició especial d'execució en els plecs de clàusules administratives particulars, i, de l'altra, l'obligatorietat que els òrgans de contractació que adjudiquin un contracte d'obra ho comuniquin al SOIB perquè aquest òrgan pugui posar a l'abast dels contractistes la informació relativa al servei d'intermediació que presta.

Es tracta, doncs, d'establir amb caràcter general l'obligació d'incloure aquesta clàusula en els plecs de clàusules administratives particulars per a tots els contractes d'obra.

S'ha de dir que la Llei estableix, com a facultat de l'òrgan de contractació, la possibilitat d'establir condicions especials d'execució, i, per tant, la redacció de l'article 102 de l'LCSP, en principi, no preveu expressament la possibilitat d'establir cap obligació d'aquestes característiques.

En aquest sentit s'ha pronunciat també la Junta Consultiva de Contractació



Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda en l'Informe 53/2008, de 29 de gener de 2009, en què afegia que, això no obstant, es podria considerar la possibilitat que els òrgans competents per fer-ho dictassin instruccions per imposar als òrgans jeràrquicament subordinats l'obligació d'incloure aquestes clàusules en els plecs. Finalment, la Junta Consultiva estatal conclou que la Llei no autoritza exigir la inclusió de condicions especials amb caràcter general.

En vista d'això, en principi es podria considerar que, una vegada determinada la legalitat d'aquesta clàusula, res no obstant que, com a decisió política que és, el Consell de Govern aprovàs, per mitjà d'un acord, l'obligatorietat d'incloure aquesta condició en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes d'obra, si així ho decideix en l'exercici de les competències que li atribueix la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears.

No obstant això, cal tenir en compte algunes circumstàncies abans de prendre una decisió d'aquestes característiques.

En primer lloc, la Llei preveu el caràcter facultatiu d'aquestes condicions, per la qual cosa s'ha de pressuposar que, abans d'incorporar una condició especial d'execució a un contracte determinat —o a una categoria d'ells—, s'ha fet una anàlisi de la necessitat o conveniència d'aconseguir un objectiu social determinat per mitjà del contracte que fa convenient incorporar-hi aquesta clàusula social.

En segon lloc, s'hauria d'analitzar si les circumstàncies socials requereixen que sempre i en tots els casos es compleixi la clàusula social sotmesa a consulta, o bé si aquesta mesura s'hauria d'adoptar, per a alguns contractes en particular, amb caràcter temporal, per un termini prefixat, sens perjudici que, si romanen les circumstàncies que n'exigiren l'adopció, es pugui prorrogar, per un nou termini limitat, l'obligatorietat d'incloure aquesta condició especial.

Finalment, s'ha de dir que si s'adoptassin diversos acords de Consell de Govern per obligar els òrgans de contractació a incorporar una multiplicitat de condicions d'execució especial dels contractes relatives a diverses o a totes les matèries que preveu l'article 102, sense limitacions, es podria produir una situació en què la totalitat de la contractació de la Comunitat Autònoma estigués sotmesa al fet que els empresaris executassin els contractes complint diverses obligacions socials i mediambientals, alienes, en principi, a la necessitat originària a satisfer que havia motivat la contractació. Això, sens dubte, és una conseqüència absurda que podria, fins i tot, desvirtuar l'objecte del contracte, i és una situació no desitjada o cercada per la Llei de contractes, que, per tant, cal



evitar.

En conseqüència, aquesta Junta Consultiva considera que, per poder considerar ajustat a dret un acord de les característiques que pretén la conselleria competent en matèria de treball, cal prendre en consideració, amb caràcter previ, aquestes circumstàncies, i limitar l'abast temporal de l'obligatorietat o la recomanació d'incloure la condició especial d'execució que es proposa. De fet, les circumstàncies que ara poden fer aconsellable la inclusió d'aquesta mesura en els contractes d'obra poden canviar en un futur.

Pel que fa a la tercera qüestió que es planteja, relativa a la possibilitat d'incloure en l'acord del Consell de Govern un punt que estableixi l'obligatorietat que els òrgans de contractació que adjudiquin un contracte d'obra ho comuniquin al SOIB perquè pugui posar a l'abast dels contractistes la informació relativa al servei d'intermediació que presta, cal afirmar que es tracta d'una decisió política destinada a posar a l'abast dels adjudicataris dels contractes d'obra pública, de manera immediata, la informació relativa al servei d'intermediació del SOIB, i a potenciar, d'aquesta manera, el servei d'intermediació autonòmic.

Tot i que, en principi, es tracta d'una decisió política i que des del punt de vista de la contractació pública no hi ha cap obstacle a adoptar una mesura d'aquestes característiques, s'ha de dir que el servei d'intermediació del SOIB no pot implicar, en cap cas, una limitació o un obstacle a les possibilitats que té l'empresari d'acudir a altres serveis d'intermediació laboral distints o a altres vies per a la contractació de personal en situació d'atur.

Tot això sens perjudici que el SOIB pot assabentar-se de les adjudicacions de la majoria dels contractes d'obra pública a través dels mitjans de publicitat que preveuen les normes en matèria de contractació pública.

Conclusions

1. La inclusió en els plecs de clàusules administratives particulars d'una condició especial d'execució en virtut de la qual s'obligui les empreses adjudicatàries, en el cas específic que per executar el contracte necessitin contractar personal, a contractar personal en situació legal d'atur, no vulnera l'ordenament jurídic espanyol ni el dret comunitari, sempre que no sigui discriminatòria i es respecti el principi de publicitat.
2. El Consell de Govern pot establir l'obligatorietat, o bé, si escau, la recomanació,



d'incloure aquesta condició en els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes d'obra, tot tenint en compte les circumstàncies que s'esmenten en la consideració jurídica 6 d'aquest Informe, mitjançant un acord, si així ho decideix en l'exercici de les competències que li atribueix la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears.

3. Sens perjudici que el SOIB pot assabentar-se de les adjudicacions de la majoria dels contractes d'obra pública a través dels mitjans de publicitat que preveuen les normes en matèria de contractació pública, el Consell de Govern pot establir l'obligatorietat, o bé, si escau, la recomanació, que els òrgans de contractació que adjudiquin un contracte d'obra pública ho comuniquin al SOIB perquè pugui posar a l'abast dels contractistes la informació relativa al servei d'intermediació que presta, sempre que el servei d'intermediació del SOIB no impliqui, en cap cas, una limitació o un obstacle a les possibilitats que té l'empresari d'acudir a altres serveis d'intermediació laboral distints o a altres vies per a la contractació de personal en situació d'atur.