

Informe 6/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Consideraciones sobre el establecimiento de criterios de carácter social en el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de los contratos.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde de Fréscano (Zaragoza) se dirige con fecha 12 de marzo de 2009, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«En este Ayuntamiento de Fréscano, se ha recibido de la Comarca del Campo de Borja acuerdo adoptado en su Consejo Comarcal celebrado el 17 de diciembre de 2008, (del que se adjunta copia) en el que se “insta a los municipios integrantes de su delimitación Comarcal a que introduzcan también en sus respectivas contrataciones las cláusulas anteriormente descritas como muestra de su compromiso con el empleo y el desarrollo del tejido productivo local”.

Las cláusulas descritas aparecen en los puntos segundo, tercero y cuarto y son del siguiente tenor:

“2.- La Comarca Campo de Borja se compromete a introducir en todas las adjudicaciones de obras una cláusula por la que se obligue a las empresas adjudicatarias a contratar durante todo el tiempo de ejecución de la obra a una persona previamente desempleada por al menos cada 50.000 € de volumen de obra.

3.- Las personas deben estar empadronadas (sic) en la Comarca. El incumplimiento de esta condición supondrá el devengo en concepto de penalización para la empresa de una cantidad equivalente a 3 veces el salario bruto y cotizaciones sociales durante el tiempo que no se tenga contratados a esos trabajadores.

4.- La Comarca Campo de Borja se compromete a introducir en todas las adjudicaciones de contratos cláusulas que, respetando en todo caso la legalidad y los principios de igualdad y libre concurrencia, primen tanto a las empresas radicadas en la Comarca como a la generación y mantenimiento de empleo local”.

En este Ayuntamiento se está cuestionando la conformidad a derecho de cumplir en sus expedientes con lo instado por la Comarca; en particular la introducción de criterios de contratación que primen a empresas radicadas en la Comarca y el establecimiento de cláusulas que exijan la contratación de personal desempleado empadronado en la Comarca; así como las eventuales consecuencias de la ilegalidad de los acuerdos que se adopten en los expedientes de contratación de hayan seguido las pautas dada en el acuerdo del Consejo Comarcal del que se adjunta copia.

Es por ello que someto a la consideración de esta Junta Consultiva de Contratación la conformidad a derecho de cumplir con lo instado por el Consejo Comarcal Campo de Borja en los expedientes de contratación que se tramiten en el Ayuntamiento al que represento.».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 15 de abril de 2009, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Sr. Alcalde de Fréscano es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. Funciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento; que a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

El informe sobre Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, ex artículo 3.1. b) del Decreto 81/2006, además, debe limitarse a las estipulaciones contrarias a los Pliegos de Cláusulas Generales. En el presente caso, como se indica en el escrito del Sr. Alcalde de Fréscano, se someten a informe de esta Junta Consultiva cuestiones específicas, si bien enunciadas con carácter general, que deben recogerse en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos que se adjudiquen por el Ayuntamiento de Fréscano, aunque sean en función del acuerdo del Consejo de la Comarca del Campo de Borja adoptado en sesión de 17 de diciembre de 2008.

Por otra parte, si bien la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, conforme al artículo 1 del Decreto 81/2006, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, de los organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entes Locales radicados en su territorio; a quien se atribuye la competencia para *“informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa”*, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades

de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

En este caso concreto el informe preceptivo de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los contratos que licite el Ayuntamiento de Fréscano, según se desprende de los artículos 99.6 y de la Disposición Adicional Segunda, números 7 y 8, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público corresponde a los Servicios jurídicos del Ayuntamiento.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Alcalde del Ayuntamiento de Fréscano, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de *“la introducción de criterios de contratación que primen a empresas radicadas en la comarca —del Campo de Borja— y el establecimiento de cláusulas que exijan la contratación de personal desempleado empadronado en la comarca”*, ya que esta si que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

III.- La integración de aspectos sociales en los contratos públicos con carácter general.

Es un lugar común que la integración de aspectos sociales en los contratos públicos deriva directamente de los artículos 1.1 y 40 de la Constitución española, que proclaman el Estado social y democrático de Derecho y prescriben la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, destacando que *«de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo»*. En este sentido la

contratación administrativa, a través de la inclusión de cláusulas sociales, sirve de instrumento para llevar a cabo diferentes políticas públicas, entre las que destaca el pleno empleo. Por su parte el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece entre sus fines la promoción de «*un alto nivel de empleo y de protección social*».

La Directiva 2004/18/CE se refiere a las condiciones de ejecución del contrato en su considerando trigésimo tercero:

«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».

De otra parte, el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, establece que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas 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 podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental.

También es relevante en esta materia la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos [COM (2001)566 final], de 15 de octubre de 2001, destinada a explicitar las posibilidades que ofrece la normativa comunitaria aplicable a la contratación

pública con vistas a una integración óptima de los aspectos sociales en este tipo de contratos.

La Comunicación afirma que una posible forma de fomentar la persecución de objetivos sociales es la aplicación de cláusulas contractuales o «*condiciones de ejecución del contrato*», siempre que ésta se ajuste al Derecho comunitario y, en particular, que no tenga un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros. Los poderes adjudicadores cuentan, según la Comunicación, con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social. A modo de ejemplo, éstas son algunas de las condiciones particulares adicionales que, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, podrían imponer al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social:

«- 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, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;

- a obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a 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 LCSP, en su Exposición de Motivos, advierte de la incorporación en sus propios términos y sin reservas de las directrices de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.

El artículo 102.1 LCSP incorpora el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, cuando dispone que:

«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»

De cuanto se ha expuesto se deduce que existen dos límites en la aplicación de cláusulas contractuales de carácter social, o «*condiciones de ejecución del contrato*», en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes: de un parte el principio de igualdad y no discriminación — que no sean directa o indirectamente discriminatorias— y, de otra parte, el principio de publicidad —que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones—. Si se respetan estos límites podremos afirmar que las cláusulas contractuales de carácter social, o «*condiciones de ejecución del contrato*», son conformes al Derecho comunitario.

Del análisis de las cláusulas descritas en el oficio del Sr. Alcalde de Fréscano (Zaragoza), 12 de marzo de 2009, la segunda es conforme al ordenamiento jurídico de la contratación pública siempre y cuando respeten el principio de publicidad antes aludido. No sucede lo mismo en relación con las cláusulas tercera: y cuarta.

La cláusula tercera dispone: «*Las personas deben estar empadronadas (sic) en la Comarca. El incumplimiento de esta condición supondrá el devengo en concepto de penalización para la empresa de una cantidad equivalente a 3*

veces el salario bruto y cotizaciones sociales durante el tiempo que no se tenga contratados a esos trabajadores». Pues bien la dicción de esta cláusula es discriminatoria en relación con los desempleados que no se hallen empadronados en la comarca y, además, el hecho de estar empadronado en un determinado lugar, en si mismo considerado, no es una cláusula de carácter social.

La cláusula cuarta, por su parte, establece: *«La Comarca Campo de Borja se compromete a introducir en todas las adjudicaciones de contratos cláusulas que, respetando en todo caso la legalidad y los principios de igualdad y libre concurrencia, primen tanto a las empresas radicadas en la Comarca como a la generación y mantenimiento de empleo local».* En este caso la dicción la esta cláusula también es discriminatoria respecto de las empresas que no se encuentren radicadas en dicha comarca, además, la circunstancia de estar radicada una empresa en un determinado lugar (Comarca del Campo de Borja), en si misma considerada, no es una cláusula de carácter social.

III. CONCLUSIONES

I. La LCSP, en su Exposición de Motivos, advierte de la incorporación en sus propios términos y sin reservas de las directrices de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato. En particular el artículo 102.1 LCSP, que incorpora el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, regula la posibilidad de establecer condiciones especiales de tipo 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.

II. La cláusula segunda descrita en el oficio del Sr. Alcalde de Fréscano (Zaragoza), 12 de marzo de 2009, es conforme al ordenamiento jurídico de la contratación pública siempre y cuando respeten el principio de publicidad.

III. Las cláusulas tercera y cuarta descritas en el oficio del Sr. Alcalde de Fréscano (Zaragoza), 12 de marzo de 2009, no es conforme al ordenamiento jurídico de la contratación pública pues la dicción de las mismas es discriminatoria y no son, en si mismas consideradas, condiciones de índole social.

Informe 6/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 15 de abril de 2009