



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 170/2006

(Pleno)

La Laguna, a 22 de mayo de 2006.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral (EXP. 153/2006 PD)*\*.

## FUNDAMENTOS

### I

Mediante escrito de 21 de abril de 2006, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias solicita, al amparo de los arts. 11.1.B.b), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen preceptivo en relación con el Proyecto de Decreto (PD) por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral.

El Proyecto de Decreto remitido a Dictamen viene acompañado, entre otros, de los preceptivos informes de legalidad, acierto y oportunidad (art. 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno), del Servicio Jurídico [art. 20.f) del Reglamento del mencionado Servicio, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero], de la Dirección General de Patrimonio y Contratación, informe conjunto, de 7 de abril de 2006, de las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de Empleo y Asuntos Sociales y Economía y Hacienda [art. 15.5.a) del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre], y de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos (art. 1 del Decreto 80/1983, de 11 de febrero). También consta en el expediente, el informe 4/2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de fecha 30 de marzo de 2006

---

\* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

(art. 37.1 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda, aprobado por Decreto 12/2004, de 10 de febrero).

Asimismo, se da cumplimiento a la obligación formal que resulta del art. 50 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, acompañándose al expediente el pertinente certificado de los Acuerdos del Gobierno de Canarias, de 18 de abril de 2006, de toma en consideración del Proyecto de Decreto de referencia y subsiguiente solicitud de Dictamen a este Consejo.

## II

1. El Proyecto de Decreto consta de seis artículos, una disposición adicional, una transitoria, una derogatoria y dos finales. La parte dispositiva va precedida de una Memoria explicativa inicial.

El articulado del Proyecto de Decreto tiene, de una parte, la finalidad de establecer condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos administrativos, que se refieren a consideraciones de tipo social y, de otra, adecuar la normativa autonómica, hasta ahora contenida en el Decreto 26/1999, a las previsiones de la legislación básica en lo que se refiere a la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad, así como la forma de acreditar tal circunstancia en los expedientes de contratación. Por su parte, la disposición adicional establece la forma y requisitos para acreditar la condición de persona discapacitada; la disposición transitoria se destina a prever la regulación de las situaciones precedentes; la derogatoria procede a la derogación expresa del citado Decreto 26/1999; y las finales están dedicadas a habilitar al Consejero de Economía y Hacienda para modificar los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares para su adaptación a la nueva regulación que pretende aprobarse, así como a la previsión de su entrada en vigor.

El Decreto 26/1999, de 25 de febrero, sobre Medidas de fomento de contratación de minusválidos, que se pretende derogar por la norma proyectada, no fue dictaminado, en su momento, por esta Institución.

2. De forma más concreta, se señala que el Proyecto de Decreto, aunque referido en su conjunto a consideraciones de tipo social, presenta un doble contenido. En efecto, por un lado, su art. 1 contempla una serie de medidas que los

órganos de contratación podrán establecer en relación con la ejecución del contrato, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral. Por otra parte, el resto del articulado se destina, casi en su totalidad, al desarrollo de lo previsto en la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TR-LCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en cuanto al criterio preferencial en la adjudicación, de los contratos administrativos, a las empresas que cuenten en su plantilla con personal minusválido.

El Proyecto de Decreto, por tanto, articula una serie de medidas para superar la situación de colectivos de personas que tienen una posición socialmente desfavorecida, incidiendo en la contratación administrativa. Es decir, se utilizan las competencias en materia de contratación administrativa para conseguir un fin de carácter social. En materia de contratación, la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencias de desarrollo legislativo y de ejecución, conforme lo dispuesto en el art. 32.11 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC).

La competencia que se ejercita no es, pues, la de índole social, sino la de contratación administrativa. La Comunidad Autónoma de Canarias puede actuar como crea conveniente para conseguir los fines que persigue la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales (LSS) siempre que actúe dentro de sus competencias. En este caso, si bien el fin es de su plena competencia (asistencia social, art. 30.13 EAC), no acontece lo mismo, sin embargo, en cuanto a los medios se trata, pues el Estado cuenta con competencia exclusiva en materia de "legislación básica sobre contratos" (art. 149.1.18ª CE), mientras que la Comunidad, como se anticipó, sólo posee competencia de desarrollo de tales bases (art. 32.11 EAC).

3. Por otro lado, la norma que se proyecta incide sobre la materia de "asistencia social y servicios sociales", que es de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias, de conformidad con el art. 30.13 EAC, como se ha expresado.

No estamos ante materia de índole laboral, en la que esta Comunidad no posee competencia normativa alguna, sino de simple ejecución (art. 33.2 EAC).

No se trata en efecto de ordenar el régimen jurídico de las relaciones laborales; se trata de adoptar determinadas medidas, en el ámbito de la contratación administrativa, al amparo del principio de igualdad de oportunidades deducible del

carácter social del Estado y del entendimiento constitucional del principio de igualdad [arts. 1, 14, y 49 CE y 5.2.a) EAC], en relación con colectivos socialmente desfavorecidos [particularmente, minusválidos, art. 1, segundo párrafo PD; desempleados de larga duración, art. 1, tercer párrafo PD; y mujeres art. 1, cuarto párrafo PD]. Dichas medidas para promover el empleo de determinados colectivos socialmente desfavorecidos, se pretenden articular mediante la posibilidad de incluir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, *criterios de índole social* a fin de incentivar la inserción laboral y social de las personas, que integren tales colectivos.

4. Estando, por tanto, las medidas establecidas en el Proyecto de Decreto en el ámbito de la competencia relativa a la contratación y teniendo, en esta materia, la Comunidad Autónoma de Canarias las facultades de desarrollo de la legislación básica, competencia del Estado, debe analizarse la regulación estatal existente al respecto.

La disposición adicional octava TR-LCAP, que tiene el carácter de básica según lo dispuesto en su disposición final primera.<sup>1</sup>, permite al órgano de contratación la facultad ("podrán señalar") de incorporar a los pliegos de cláusulas administrativas particulares "la preferencia en la adjudicación", en el apartado concerniente a la acreditación de la "solvencia técnica", a favor de aquellas empresas (públicas, privadas y entidades sin ánimo de lucro) que "tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación".

Respecto de los minusválidos, por un lado, el art. 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISM), dispone que las "empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores minusválidos", sea cual fuere el número de centros y de la forma de contratación; sin perjuicio de que "de manera excepcional" las empresas queden exentas, bien sea en el contexto de la negociación colectiva, bien de forma voluntaria del empresario, pero siempre que "se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente". Al margen de estas medidas, en el art. 38.4 LISM, dispone el fomento del "empleo de los trabajadores minusválidos" mediante el establecimiento de diversas medidas, algunas de las cuales concreta y otras deja abiertas al amparo de una cláusula

general: "(...) cuantas otras se consideran adecuadas para promover la colocación de los minusválidos".

En cuanto a la mujer, mediante Orden de 7 de marzo de 2005, se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres, acordando (apartado 1.2) "introducir en los pliegos de cláusulas de contratación (...) criterios que favorezcan la contratación de mujeres por parte de las empresas que concursen". Se trata de un Acuerdo sin contenido normativo que deberá, de conformidad con las exigencias del sistema de fuentes y del sistema de competencias, ser articulado normativamente.

De cualquier forma, la materia afectada, según lo visto, también es la de contratación administrativa, en cuanto instrumento que permite obtener un fin de carácter social: promover la igualdad entre hombres y mujeres.

5. El Proyecto de Decreto regula, de forma más amplia, la preferencia, en caso de igualdad, a las empresas que contraten discapacitados. Pues bien, por lo que a éstos atañe, existen dos normas sucesivas. Una, de contenido laboral, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.7ª CE), en cuanto impone a determinados empresarios, cuya libertad (art. 38 CE) limita, la obligación de contratar un 2% de su personal entre personas minusválidas. Se trata de una norma que ordena las relaciones laborales limitando el poder de dirección del empresario. Otra, de contratación administrativa, que atribuye a los órganos de contratación la posibilidad -que no obligación- de valorar, dentro de la solvencia técnica de las empresas, a efectos de la adjudicación del contrato, el hecho de tener, al menos, un 2% de trabajadores minusválidos.

Se trata de normas complementarias que, en principio, se mueven en planos distintos. Una obliga a ciertas empresas (de más de 50 trabajadores) a contratar un 2% de minusválidos. Otra, faculta a discriminar positivamente a cualquier empresa que tenga, al menos, un 2% de trabajadores minusválidos, independientemente del número de personal de la empresa.

La norma propuesta se mueve dentro de este segundo aspecto -la contratación administrativa-, por lo que hay que analizar si lo que se propone es conforme a la legislación básica, debiéndose señalar dos cuestiones preliminares.

Una, que la norma propuesta pretende derogar el Decreto 26/1999, de 25 de febrero, por el que se establecen Medidas de fomento de integración laboral de minusválidos; norma que se pretende adaptar al marco de lo básico, como dice la Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto, "por la disparidad del contenido y alcance de ambas disposiciones", es decir, entre el Decreto 26/1999 y la disposición adicional octava TR-LCAP, pues donde esta Ley dice que la preferencia se aplica en igualdad de condiciones *objetivas*, el Reglamento permite una *flexibilidad* del 15%, es decir, siempre que no se distancien en más de un 15% de la proposición mejor valorada.

Otra, que la norma proyectada prevé que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y en su caso en el anuncio de licitación, se establezcan condiciones de tipo social, en relación con la ejecución del contrato, para promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral (obligación de contratar trabajadores minusválidos en porcentaje superior al 2%; obligación de contratar, especialmente a trabajadores de larga duración; obligación de organizar actividades de formación; y obligación de aplicar medidas de igualdad entre hombres y mujeres).

### III

El Proyecto de Decreto, como se ha señalado anteriormente, no se limita a desarrollar la disposición adicional octava TR-LCAP, en cuanto a la preferencia en la adjudicación de las empresas que contraten discapacitados. En efecto, el citado Proyecto establece medidas de contratación administrativa para fomentar la integración en el mundo del trabajo de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral. Estas medidas se prevén en el art. 1, en relación con la ejecución del contrato, referidas a consideraciones de tipo social.

Al respecto, procede analizar la habilitación de la Comunidad Autónoma de Canarias para reglamentar la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas o, en su caso, en el anuncio de licitación, el cumplimiento, por los empresarios, de ciertas condiciones de carácter social, en la ejecución del contrato.

El Consejo de Estado en Dictamen de 19 de noviembre de 1998, relativo a un Decreto de la Comunidad de Madrid en el que se establecen medidas en la contratación administrativa para apoyar la calidad en el empleo, estimó que los criterios objetivos recogidos en el art. 87 de la Ley 13/1985, de 18 de mayo, LCAP

(hoy art. 86 TR-LCAP), que han de servir de base a la adjudicación (siquiera el Proyecto de Decreto, de acuerdo con la normativa europea, se refiere a condiciones de ejecución), no prohíben que una Comunidad Autónoma que haya asumido competencias legislativas en materia de contratos haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa para establecer otros criterios objetivos, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado. Debe tenerse en cuenta que la introducción de criterios sociales, ajenos a los contemplados en el vigente art. 86 TR-LCAP, como criterios de adjudicación en la contratación pública, no ha sido admitida por la Comisión Europea, salvo excepciones muy limitadas, y que se abrió expediente contra la Comunidad de Madrid por la introducción de cláusulas de adjudicación, que finalmente fueron retiradas, según se deduce del expediente remitido. El presente Proyecto de Decreto se refiere a cláusulas de ejecución, admitidas por la normativa europea, como se verá seguidamente.

En la introducción de la norma proyectada se hace referencia a la futura Ley de Contratos del Sector Público -cuyo Anteproyecto se encuentra en elaboración en estos momentos- "con el fin de adecuar la contratación administrativa a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004". Esta Directiva regula la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

La citada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, contempla la posibilidad de aplicar tales condiciones. Y lo cierto es que, superado el plazo (venció el 31 de enero de 2006) establecido en el art. 80.1 de la citada Directiva para que los Estados miembros realicen su transposición a los ordenamientos jurídicos nacionales, ésta todavía no se ha hecho en el Derecho español, con las consecuencias derivadas de esta circunstancia de acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria (Sentencias del TJCE de 5 de abril de 1979, 3 de marzo de 1994, y 11 de agosto de 1995, entre otras), pudiendo sus disposiciones directamente aplicables ser recogidas en una norma autonómica, sin perjuicio de las limitaciones al respecto que luego se advertirán.

La introducción de estos criterios sociales en los pliegos de cláusulas se ha admitido en el Derecho Comunitario con dos límites: que se establezcan como condiciones de ejecución del contrato y que no tengan efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los demás Estados miembros. Concretamente, se

refiere a estas condiciones de ejecución del contrato el art. 26 de la citada Directiva 2004/18/CE, al establecer que “los poderes adjudicadores podrán exigir las condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indique 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”.

Por otro lado, en relación con el posible objeto de estas condiciones de ejecución, el considerando expositivo número 33 de la Directiva comunitaria citada, explicita que las medidas de tipo social, aplicables a la ejecución del contrato, pueden tener por objeto, en particular, favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción o combatir el paro y cita, a título de ejemplo, las obligaciones 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 OIT en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional y, finalmente, de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional. Casi todas estas medidas son, precisamente, las que se contemplan en el art. 1 PD.

No estando reguladas todavía en la normativa básica española, para evitar complicaciones futuras, se estima que estas condiciones de ejecución de carácter social se deberían ajustar estrictamente a la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, en sus términos y requisitos. Normar en materia en la que el Estado está tramitando una legislación de modificación de las bases actualmente existentes, plasmadas en el TR-LCAP, pudiera ser un esfuerzo baldío, si esa normativa quedara fuera de la legalidad, desplazada o superada por la nueva legislación básica. Además, podría ser problemático que, haciéndolo la Comunidad Autónoma sin previa trasposición por Ley estatal, pueda hacerlo mediante Reglamento, en cuanto se traspone directamente una norma eurocomunitaria de rango primario y se establecen normas con incidencia en las obligaciones contractuales y, además, en la libertad empresarial de organización y contratación.

En la inclusión de cláusulas de tipo social en los modelos tipo de pliego de cláusulas administrativas particulares del Estado, como condiciones de ejecución de los contratos, la Abogacía General del Estado informó que estimaba posible tal inclusión, si bien recomendaba que el Gobierno fijara las finalidades sociales y los



términos en que puedan quedar establecidas las correspondientes obligaciones de los contratistas. Asimismo, señala como conveniente que con ocasión de la tramitación del Anteproyecto de Ley de modificación del TR-LCAP para su adecuación a la Directiva 2004/18/CE se incorporara a dicho texto legal una previsión expresa relativa a la posibilidad de inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de las mencionadas condiciones de índole social.

Estas conclusiones del informe citado, aunque en un ámbito territorial y competencial distinto, pueden servir de criterio referencial para desarrollar la normativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, respecto a las cláusulas del art. 1 PD, regulándolas, con preferencia, cuando ya estén recogidas en la normativa básica y considerando la posibilidad de establecerlas a través de Ley del Parlamento de Canarias.

Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente, se estima que:

**A.** Cabe la inclusión de cláusulas de tipo social, como condiciones de ejecución, en los pliegos tipo de cláusulas administrativas, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en su caso, en el anuncio de licitación.

**B.** La normativa se debe ajustar estrictamente a la Directiva 2004/18/CE, en sus términos y requisitos respecto a esta materia de condiciones de ejecución de carácter social.

**C.** En la norma proyectada se deben fijar las finalidades sociales a conseguir y los términos en que puedan quedar establecidas las correspondientes obligaciones de los contratistas.

**D.** La regulación de estas condiciones de ejecución se podría hacer, con preferencia, cuando estén ya establecidas en la normativa básica y por Ley del Parlamento de Canarias.

## **IV**

Entrando en el análisis del articulado del Proyecto de Decreto, se realizan las siguientes observaciones:

**Art. 1.**

La norma establece, como posibles condiciones de la ejecución del contrato, la obligación de contratar discapacitados o desempleados, en particular de larga duración, así como las de organizar actividades de formación para jóvenes o desempleados o aplicar medidas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Ni en el artículo, ni en el resto del Decreto se establece ninguna regulación respecto al posible alcance de estas obligaciones, quedando al arbitrio de cada órgano de contratación, con la consiguiente disparidad de criterios. Así, a título de ejemplo, se pueden señalar como previsiones a tener en cuenta, que las cláusulas no pueden tener efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de los Estados miembros de la Unión Europea, ni deberán ser de una naturaleza o alcance tal que supongan una limitación efectiva a la libertad de empresa fijada en el art. 38 CE.

En este sentido, ha de observarse que en la disposición final primera se prevé que el Consejero competente en materia de contratación administrativa pueda añadir, en los pliegos tipo, nuevas cláusulas de carácter opcional, además de las previstas en el art. 1, referidas a consideraciones de tipo social; lo que sólo es posible respetando la competencia legalmente atribuida al Gobierno (art. 104.2 de la Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria) para aprobar los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares de la contratación autonómica y en los mismos términos que los previstos para los órganos de contratación en este artículo del Proyecto de Decreto.

**Art. 2.**

Asimismo, se observa que la disposición adicional octava.1 TR-LCAP establece la preferencia, en la adjudicación del contrato, para las proposiciones presentadas por empresas públicas o privadas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su "plantilla" un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 %, sin establecer ninguna otra condición. Sin embargo, el Proyecto de Decreto concede la preferencia contractual siempre que el personal sea "fijo a tiempo completo", lo que excluye a contratados fijos de otras modalidades contractuales.

Además, se observa una diferencia con el art. 6 PD, que establece que en los contratos que se suscriban se hará constar la condición de mantener el porcentaje de trabajadores a tiempo completo (desaparece la exigencia de "fijo") "durante el tiempo que dure la ejecución de la prestación objeto del contrato adjudicado o, en su caso, durante el plazo de garantía si la ejecución no se realizara en tracto sucesivo". Con esta redacción, el art. 6 no exige como necesario que se trate de personal fijo.

#### **Art. 6.**

Ha de establecerse que la causa de resolución derivada del incumplimiento de la condición de mantener constante el porcentaje de contratos de trabajadores discapacitados durante toda la ejecución del contrato, también debe constar en el pliego de condiciones administrativas particulares.

Por otro lado, el artículo empieza con la frase "en los contratos que se suscriban". Sobre la base del art. 54 TR-LCAP, procede decir "en los contratos que se formalicen".

## **C O N C L U S I Ó N**

El Proyecto de Decreto se ajusta a los parámetros constitucionales y legales de referencia, realizándose observaciones en los Fundamentos III y IV anteriores, respecto al articulado y a la disposición final primera.