

**Sentencia Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 606/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), de 30 mayo**

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso núm. 208/1999.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

**Texto:**

RCA N° 208/1999

**SENTENCIA N° 606**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION NOVENA

Ilmos Sres.

Presidente:

Don Ramón Veron Olarte:

Magistrados:

D<sup>a</sup>. Angeles Huet Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.

D<sup>a</sup>. Berta Santillán Pedrosa.

D. Jose Luis Quesada Varea.

D<sup>a</sup>. Miguel López Muñoz Goñi.

En la Villa de Madrid a treinta de mayo del año dos mil tres.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo n° 208/1999, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Gandarillas Carmona en nombre y representación de la Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid (AECOM) y la Confederación Nacional de la Construcción representado por la Procuradora Sra. Azpeitia Bello contra el Decreto 213/98 de 17 de diciembre del Consejo de Gobierno de la CAM, habiendo sido parte la Administración demandada representada por su

Servicio Jurídico, y como partes codemandadas el Comité Español de representantes de Minusválidos (CERMI), representado por el Procurador Sr. Santamaria Zapata, UGT, representado por la Procuradora Sra. Peláez Díez y USMR. de CCOO representado por la Procuradora Sra. Maroto Gómez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

SEGUNDO.- El Letrado de la Comunidad de Madrid contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

TERCERO.- Habiéndose recibido el presente proceso a prueba, y practicadas las mismas, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia del día 27 de mayo de 2003.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto determinar la conformidad o no con el ordenamiento jurídico del Decreto 213/98 de 17 de diciembre del Consejo de Gobierno de la CAM, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la CAM para apoyar la estabilidad y calidad del empleo, publicado en el BOCAM de fecha 4 de enero de 1999.

SEGUNDO.- Las partes actores alegan en apoyo de su pretensión las consideraciones siguientes que por su coincidencia se exponen conjuntamente de forma resumida.

a) El Decreto impugnado altera la normativa establecida en el art. 87 de la LCAP 13/95 de 18 de mayo, toda vez que no puede imponerse la inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, los criterios subjetivos establecidos en el art. 2 del Decreto, ni la CAM tiene facultad para comprobar y vigilar si en las empresas adjudicatarias se cumplen aquellas medidas según se establece en los arts. 3, 4 y 5 del Decreto por cuanto tales cuestiones están reservadas a la Ley y Directivas del mercado Común, por lo que ha de concluirse que la CAM, no tiene competencia para legislar contra preceptos básicos legislativos ni contra la normativa comunitaria al respecto. El art. 87 de la Ley 13/95 establece los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación del concurso y no tiene tal naturaleza los criterios sociales contenidos en el art. 2 del Decreto, no pudiendo encontrarse entre los

criterios de adjudicación de un contrato público los relativos a las características de la empresa y concretamente a su plantilla.

b) La inclusión de la condición limitativa referida a la asunción por las empresas de determinadas obligaciones laborales extrañas al contrato público de obra que por otra parte se encuentran ya recogidas en leyes laborales específicas (Ley 13/82 y 66/97) se opone a lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece los requisitos esenciales que una empresa ha de cumplir para contratar con la Administración.

c) La estabilidad y calidad del empleo de la empresa como criterio que ha de servir de base a la adjudicación de un contrato de obra, es un concepto extraño e invaluable para la adjudicación de una obra y podría ser aplicado arbitrariamente sin garantizar la mejor oferta, pudiendo conducir a la pretensión de empresas con mejores capacidades técnicas frente a aquellas con mayores plantillas de contratos indefinidos, minusválidos etc. Lo que infringe la vigente normativa de contratos de la Administraciones Públicas.

Entiende la parte actora que tales razonamientos vienen avalados precisamente por el dictamen 44/98 de 16 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, emitido precisamente en contestación a consulta formulada por la recurrente en relación al Decreto ahora impugnado; por otra parte la Comisión Europea ha abierto un expediente de infracción al respecto, formulando objeciones respecto de las medidas que promueven la inclusión de criterios relativos al empleo entre los criterios de adjudicación de las licitaciones convocadas por la CAM.

Se Muestra finalmente la recurrente disconforme con el dictamen del Consejo de Estado de fecha 19 de noviembre de 1998, emitido en fase de aprobación del Decreto impugnado y que considera falta de contenido y rigor jurídico.

TERCERO.- La Administración demandada tras exponer el marco jurídico en el que debe encuadrarse el Decreto impugnado y el desarrollo del proceso de elaboración se opone a las pretensiones de la parte actora. Alega en primer lugar la inadmisibilidad del recurso contencioso- administrativo por falta de capacidad procesal al amparo de lo dispuesto en el art. 89 b) en relación con el art. 18 LJ por falta de acuerdo del órgano competente de las asociaciones actoras para el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes.

En cuanto al fondo efectúa las consideraciones siguientes:

a) La CAM ostenta competencias para dictar y aplicar el Decreto impugnado en aplicación de las competencias de desarrollo legislativo atribuidas en materia de contratación administrativa por el art. 27.2 del Estatuto de Autonomía según redacción dada por la LO 5/98 de 7 de julio.

b) Expone que la estabilidad y calidad del empleo y la integración socio laboral de los minusválidos son objetivos prioritarios de la acción de los poderes públicos españoles y comunitarios.

Y que la inclusión de Cláusulas sociales en los contratos administrativos es un instrumento que adquiere cada vez mayor importancia, y que no es contradictorio con el derecho comunitario ni con el ordenamiento jurídico nacional, y en tal sentido alude el Libro Verde de la Comisión sobre la

contratación pública en la Unión Europea de 27 de noviembre de 1996, Informe del Parlamento Europeo de 9 de octubre de 1997, y Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998. Entiende que las Cláusulas de carácter social como las que contempla el Decreto impugnado ya se establecían en las cláusulas 11 del Pliego de Condiciones Administrativas Generales aprobado por Decreto 3854/70 de 31 de diciembre, y en idéntico Pliego de Condiciones para la contratación de estudios y Servicios técnicos aprobado por OM de 8 de marzo de 1972, constituyendo el art. 4 del Decreto impugnado una reiteración de lo establecido en la Ley 13/82 de 7 de abril de integración Social de Minusválidos.

c) Considera que los criterios de calidad y estabilidad del empleo y la contratación de trabajadores minusválidos, son aspectos que también contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, y así se deduce de lo dispuesto en el art. 86.1 del TRLCAP aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (anterior art. 87.1 de la LCE 13/95 de 18 de mayo, que implica que en el concurso a diferencia de la subasta, no resulta exclusivo el criterio del precio, sin que la enumeración del precepto sea exhaustiva o limitativa constituyendo el interés público la piedra angular de la contratación administrativa, y en tal sentido se pronuncia el art. 74.3 TRLCAP (anterior art. 75.B LCAP), y el art. 26.1 b) de la Directiva 93/36 del Consejo de 14 de junio de 1993, y para el contrato de obras el art. 30 de la Directiva 93/37 del Consejo, aludiendo a la ineficacia de la inclusión de las cláusulas sociales como obligaciones contractuales exigibles durante la ejecución de los contratos.

d) Entiende que los criterios sociales contenidos en el Decreto impugnado no vulneran los principios de igualdad y libre competencia ni suponen discriminación para los empresarios de otros Estados miembros aludiendo al informe de la Dirección General de los Servicios jurídicos de 1 de junio de 2000, y haciendo constar que el fomento del empleo es un objetivo de la Comunidad, por lo que no puede considerarse discriminatorio una política social que tiende a elevar el nivel de protección social, sin que la contratación indefinida obstaculice la utilización de fórmulas flexibles de trabajo, siendo España el país europeo con mayor precariedad y temporalidad en el empleo y que los criterios de estabilidad y calidad del empleo previstos en el Decreto impugnado sólo suponen un 20% de la valoración total de las ofertas, lo que no puede desvirtuar el resultado objetivo de los concursos.

e) Pone de manifiesto la postura favorable del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, a los criterios sociales en la contratación pública, citando las Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, de 26 de septiembre de 2000 y de 3 de octubre de 2000.

f) Finalmente, se opone a las restantes alegaciones formuladas por la recurrente considerando que no existe infracción alguna de los arts. 84. C) 81 y 82 del Reglamento General de Contratación del Estado, que el art. 20.j) de la LCAP-TRLCAP, no tiene carácter básico, y que el Decreto impugnado no establece ninguna prohibición o limitación para contratar, sino que establece nuevos criterios objetivos de adjudicación que sólo constituyen el 20% de la puntuación total y que la obligación de contratación de un 2% de trabajadores minusválidos ya ese establecía en la Ley 13/82 de 7 de abril, y que el criterio de preferencia en caso de empate de la empresa con trabajadores minusválidos ya se contemplaba en la Disposición Adicional 8ª de la LCAP, y así figura también en el TRLCAP. Considera que la inclusión en el Decreto de las medidas relativas al empleo de minusválidos no significa, sino el reforzamiento del respeto y cumplimiento de las mismas ya establecidas en la legislación estatal, y que la estabilidad y calidad del empleo no pueden considerarse conceptos arbitrarios e invalorables.

g) Pone de relieve por último, que la Comisión Europea no ha resuelto el expediente de queja tramitado por razón del Decreto impugnado, y que en todo caso se han emitido comunicaciones que por el contrario avalan la inclusión de criterios sociales en la contratación pública.

Las partes codemandadas reiteran en esencia las alegaciones formuladas por la Administración demandada, extendiéndose en concreto en lo relativo al aspecto de la contratación de trabajadores minusválidos.

CUARTO.- Examinado en primer lugar, la alegación de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo formulada por la Administración demandada y partes codemandadas, debe tenerse en cuenta que por la parte actora Asociación de Empresas de la Construcción de Madrid (AECOM), se ha aportado en fase probatoria Certificado del Vicepresidente Ejecutivo de la Junta Directiva de fecha 25 de enero de 1999, acreditativo de que en la reunión de la Junta Directiva de 18 de enero de 1999 se adoptó el acuerdo de impugnar el Decreto 213/98 de 17 de diciembre del Consejo de Gobierno de la CAM, por lo que ha de entenderse satisfecho el requisito relativo a la existencia de acuerdo corporativo para entablar el presente recurso contencioso administrativo.

No acontece lo propio en relación con la parte actora Confederación Nacional de la Construcción, que no ha acreditado que el órgano estatutariamente competente haya adoptado la decisión formal para recurrir el Decreto 213/98 de 17 de diciembre de la CAM, no habiendo subsanado tal defecto a pesar de haberse alegado en la contestación a la demanda.

Si bien es cierto que en alguna ocasión (así sentencia de 14 de febrero de 1990) el Tribunal Supremo ha querido ver en el art. 24 CE una cierta relajación de este requisito procesal, sin embargo nuestro más Alto Tribunal ha venido manteniendo reiteradamente que la necesidad del acuerdo corporativo en nada ha sido afectado por el precepto constitucional que consagra el derecho a una tutela judicial efectiva, porque al ser ésta rogada en el ámbito del proceso contencioso administrativo, lo primero que es necesario aclarar es si la persona jurídica interesada ha solicitado dicha tutela, lo que, a su vez, precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, porque en otro caso se corre el peligro de que se origine un litigio no querido por la entidad que figure como recurrente.

Así lo afirma en la sentencia de 18 de enero de 1.993 cuando afirma que "sin la aportación de los Estatutos del ente sindical, en cuyo nombre se actúa, es imposible establecer cual sea el órgano con aptitud jurídica para formar la voluntad del ente sindical. Estamos, por tanto, ante un defecto de acreditación de la representación en que se dice actuar, inclusive en el marco del motivo de inadmisibilidad del artículo 82.b de la LJCA., en cuanto que no consta que el poderdante tenga las facultades corporativas para el ejercicio de acciones, toda vez que no acreditan las del órgano que, a su vez, le apodera a él".

La sentencia de 9 de marzo de 1991 justifica la doctrina apuntada en atención a que, tratándose de personas jurídicas, la "representación se confía a determinados órganos corporativos, que, en un momento ulterior (correcta o incorrectamente), puedan delegar convencionalmente la facultad de representar a la entidad para el ejercicio de acciones. De este modo ante un concreto apoderamiento notarial para la representación procesal, el juicio sobre si la actuación del apoderado puede imputarse a la entidad, que se dice representada por él, debe detenerse como dato previo en el de si el concreto poderdante puede

tenerse, a su vez, como representante de la entidad, en cuyo nombre comparece ante el fedatario público, para lo que es imprescindible el examen de los estatutos".

Así pues, la falta de aportación de éstos supone la no acreditación de la representación en que se dice actuar, debiendo prosperar así el motivo de inadmisibilidad del recurso alegado, según lo dispuesto en el art. 69, b) LJCA, con la consecuente abstención de entrar a conocer del fondo del asunto.

En el mismo sentido cabe citar, además de las ya consignadas, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero, 14 y 21 junio, 14 noviembre y 13 diciembre 1990; 1 febrero, 25 marzo, 5 mayo y 24 septiembre 1991, 14 de octubre de 1992, y 21 de diciembre de 2001, entre otras muchas.

Incluso, la última sentencia citada dispone que " Ya ha quedado razonado que, aun siendo eminentemente subsanable la falta de acreditación de adopción del acuerdo corporativo de entablar un proceso contencioso, su no subsanación a lo largo de este último habrá de dar lugar a acoger la inadmisibilidad aducida. Ninguna duda puede haber de que el Colegio de Barcelona ha dispuesto de toda clase de oportunidades para efectuar esa subsanación ante la excepción formulada por el Consejo General en su escrito de contestación, pese a lo cual omitió cualquier actividad al respecto." Criterio este plenamente aplicable al caso de autos.

Las consideraciones anteriores obligan a inadmitir el presente recurso contencioso- administrativo en relación con la parte actora Confederación Nacional de la Construcción.

QUINTO.- Son hechos no discutidos por las partes que el Decreto impugnado se inscribe en el ámbito de las actuaciones seguidas por la CAM, como consecuencia del Acuerdo Marco suscrito en fecha 30 de julio de 1997, con las Organizaciones Judiciales para apoyar la estabilidad y la calidad del empleo y del Acuerdo del Consejo de Gobierno, de la CAM, de fecha 18 de junio de 1998, por el que se deciden las medidas administrativas a adoptar para el desarrollo y ejecución de aquel.

El Decreto 213/98 de 17 de diciembre se compone de 5 artículos que tras establecer el ámbito de aplicación (contratación administrativa de la Administración de la CAM, sus Organismos Autónomos y entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes), regula cuatro criterios objetivos de adjudicación de contratos en relación con el empleo que habrán de incluirse en su caso en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares además de los previstos en el art. 87 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y su ponderación en la baremación estableciendo las facultades de comprobación y responsabilidades del contratista (arts. 2 y 3).

En sus arts. 4 y 5 establece determinadas medidas de contratación en relación a las empresas que estén obligadas a no tener en su plantilla trabajadores minusválidos.

SEXTO.- Planteada la controversia como antes se ha expuesto en función de la disconformidad del Decreto impugnado con la normativa nacional y de la Comunidad europea procede entrar ahora en el examen de la primera de tales cuestiones.

Se alega por la actora por una parte la infracción del art. 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas; tal precepto reiterado en el Real Decreto legislativo 2/2000 de 16 de junio de Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas bajo la rubrica

de "Prohibiciones de contratar"; establece en sus apartados a) a k) las circunstancias que concurriendo en aquellas personas que pretendan contratar con la Administración impiden llevar a cabo dicha contratación.

Pues bien, del examen del Decreto impugnado se desprende que por este, no se establece una nueva condición limitativa para la contratación; ello no tiene lugar por una parte por la normativa relativa a los criterios objetivos de adjudicación en relación con el empleo establecidos en el art. 2 del Decreto puesto que la misma no establece sino unos criterios que han de incluirse en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares que pueden o no ser cumplidos por las empresas concurrentes a la adjudicación del contrato, pero que no prohíben ni limitan tal concurrencia con independencia de que su cumplimiento pueda alcanzar una determinada ponderación (20%), del total de la baremación sin que por otra parte tales criterios requieran siempre una valoración de los trabajadores con contrato indefinido de la empresa y así acontece con los criterios previstos en los apartados c) y d) del precepto.

Tampoco cabe apreciar la condición limitativa alegada por la actora en relación con la normativa relativa a los trabajadores minusválidos (arts. 4 y 5 del Decreto), por cuanto como manifiesta la propia actora o bien se trata de una obligación ya establecida previamente en las leyes 13/82 de 7 de abril art. 38.1 y 66/97 de 30 de diciembre (disposición Adicional 39), o bien la inclusión en la plantilla de trabajadores minusválidos determina una preferencia en la adjudicación siempre que exista igualdad en los términos de las proposiciones "después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos en los concursos"; lo que ya venía previsto en la Disposición Adicional 8a de la Ley 13/95.

Así pues, ha de entenderse que los criterios contemplados por el Decreto impugnado ni prohíben ni limitan las posibilidades de contratar con la Administración más allá de lo establecido en el art. 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo.

SEPTIMO.- Alega por otra parte la recurrente la infracción del art. 87 de la Ley 13/95 de 18 de mayo y hoy art. 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.

Dicho precepto establece al regular los "criterios para la adjudicación del concurso":

Art. 87. Criterios para la adjudicación del concurso

1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otras semejantes, de conformidad a las cuales el órgano de contratación acordará aquélla.

2. Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya.

El art. Citado constituye legislación básica sobre contratos administrativos de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final 11 de la Ley 13/95 de 18 de mayo pero no cabe dudar de que la enumeración de criterios no es exhaustiva ni constituye un "numerus clausus", por lo que no puede

negarse a la CAM, competencia para su desarrollo normativo de conformidad con las competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos asumidas en virtud de la LO 5/98 de 7 de julio (art. 27.2 del Estatuto de Autonomía).

Alude la actora, al hecho de que el art. 87 citado exige que los criterios que se establezcan sean de naturaleza objetiva, pero es lo cierto que los criterios establecidos en el art 2 del Decreto impugnado ostentan tal naturaleza al no contemplar situaciones que no puedan acreditarse mediante los datos concretos y objetivos de la plantilla de la empresa y así: "mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido", "porcentaje de trabajadores con contrato indefinido respecto del total de la plantilla" "porcentaje de trabajadores de la plantilla afectos a la ejecución del contrato" y "nuevas contrataciones vinculadas a la ejecución del contrato".

Alude por otra parte la acota al carácter subjetivo de tales criterios, por no tratarse de criterios necesarios para asegurar una correcta ejecución u obtener la selección de la oferta más ventajosa, para la Administración en el sentido de no venir referidos a la oferta, sino a las características de la propia empresa, por lo que en su caso habrían de formar parte de los criterios de selección del contratista y no de la adjudicación de los contratos.

Partiendo del hecho indiscutido de que los criterios establecidos en el art. 2 del Derecho impugnado hacen referencia a la plantilla de la empresa con especial incidencia aunque no única en los trabajadores con contrato indefinido, entiende esta Sección, que aquellos ofrecen una doble vertiente: por una parte ciertamente son reflejo de las características de la empresa y concretamente de la composición de su plantilla, pero por otra parte no cabe dudar de su incidencia en los aspectos objetivos relativos a la adjudicación del contrato. Así la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia a que alude la actora que tiene una base personal relevante, y en definitiva pueden perfectamente ser valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa para los intereses públicos y no exclusivamente por constituir una manifestación o instrumento del cumplimiento de objetivos sociales o de empleo asumidos y fomentados por la Administración.

Ha de entenderse por ello, que una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (20% en el caso del Decreto impugnado) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria.

OCTAVO.- Examinado a continuación la alegada infracción de la normativa comunitaria y en concreto de las Directivas sobre contratación Directiva 92/50 CEE del Consejo, Directiva 93/36 CEE del Consejo y 93/37 CEE del Consejo, conviene precisar como efectúan las partes que con ocasión de la aprobación de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares con inclusión de los criterios establecidos en el Derecho impugnado, asociaciones de empresarios de la Construcción denunciaron tal circunstancia ante la Comisión Europea, lo que tras los trámites pertinentes concluyó, al menos en el momento presente, con el Dictamen Motivado de 21 de diciembre de 2001 corregido por el de fecha 8 de febrero de 2002, dirigido al Reino de España en virtud del art. 226 del Tratado Constituyo de la Comunidad Europea en el que se examinan las medidas destinadas a apoyar la estabilidad del empleo y



las encaminadas a favorecer la integración social de los minusválidos establecidas en el Decreto impugnado.

Pues bien, tal dictamen en relación con estas últimas medidas (arts. 4 y 5 del Decreto), concluye que "esta disposición que prevé la utilización de un criterio de desempate de contenido social era objeto de una de las objeciones iniciales de la comisión. A raíz de la sentencia del Tribunal en el asunto (225/98 antes citado, la Comisión puede retirar esta objeción, siempre que la evaluación de las ofertas se efectúa desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos, las normas de transparencia y el principio de no discriminación".

La retirada de la objeción a que hemos aludido exime de efectuar cualquier otro comentario respecto a la conformidad de la medida con el ordenamiento jurídico comunitario.

En lo referente a las medidas encaminadas a apoyar la estabilidad del empleo (arts 2 y 3 del Decreto) el dictamen de la Comisión mantiene que tales criterios pueden aceptarse como cláusulas contractuales que imponen condiciones de ejecución de los contratos pero que no pueden servir en ningún caso para evaluar la oferta más ventajosa económicamente y que tales criterios deberían considerarse en su caso para apreciar la capacidad técnica de la empresa en la fase de selección de los contratistas, pero no en el momento de determinar la oferta más ventajosa económicamente concluyendo textualmente:

"de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 226 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

que, al prever en el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, que los poderes adjudicadores de dicha Comunidad Autónoma incluyan en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso uno o varios criterios relativos al empleo, criterios que se evaluarán para determinar la oferta más ventajosa económicamente, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, y, en particular, con arreglo a los artículos 36 de la Directiva 92/50/CEE, 26 de la Directiva 93/36/CEE y 30 de la Directiva 93/37/CEE, modificadas por la directiva 97/52/CE, así como el artículo 34 de la Directiva 93/38/CEE, modificada por la Directiva 98/04/CE.

En aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 226 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión invita al Reino de España a que adopte las medidas requeridas para ajustarse al presente dictamen motivado en un plazo de dos meses a partir de la recepción del mismo.

No obstante lo anterior no comparte la Sección las conclusiones del mencionado Dictamen como se desprende de lo expuesto en los Fundamentos de Derecho anteriores y tomando siempre en consideración que los Dictámenes son actos no vinculantes y no constituyen fuente del Derecho, y por otra parte que no consta tampoco la interposición por la Comisión del correspondiente recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

NOVENO.- Por otra parte y con independencia de lo antes expuesto procede examinar la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas den la materia de que se trata,

teniendo en consideración que el mismo ostenta el monopolio de la interpretación auténtica del Derecho Comunitario.

Al respecto son dos las resoluciones del Tribunal que han de tomarse en consideración: la Sta. Del Tribunal de justicia de 20 de septiembre de 1988 (asunto Beentjes 31/87) y la Sta. De 26 de septiembre de 2000, (asunto Construcción de edificios escolares en la región Nord-Pas- de- Colais (-225/98).

En la primera de ellas viene a concluirse en que:

-El criterio de "la oferta más aceptable"; tal como se establece en una disposición de la legislación nacional, puede ser compatible con la directiva si expresa la facultad de apreciación reconocida a los poderes adjudicadores (léase, órgano de contratación) para identificar la oferta más ventajosa económicamente en función de criterios objetivos y si, por tanto, no implica ningún elemento arbitrario de selección. Resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 29 de la Directiva que, cuando los poderes adjudicadores no utilizan como único criterio de adjudicación del contrato el precio más bajo, sino que se basan en diversos criterios para adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa económicamente, están obligados a mencionar tales criterios bien en el anuncio del contrato, bien en el pliego de condiciones;

-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.

En la segunda de las mencionadas sentencias se establece que:

"2 De conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Directa 93/37, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, los criterios en que ha de basarse el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio mas bajo, bien en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización la rentabilidad y el valor Técnico. En este último supuesto, los órganos de contratación están obligados a mencionar estos criterios bien en el anuncio de licitación, bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

No obstante, esta disposición no excluya la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha directiva, y especialmente, las normas de publicidad que contiene. Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de maniobrase expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición".

Ambas resoluciones son contempladas por la parte actora y en el dictamen de la Comisión, pero la interpretación que de aquellas se efectúa no puede ser compartida por esta Sección, puesto que de su tenor literal se desprende claramente que un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo puede establecerse como criterio de adjudicación y no exclusivamente como criterio de selección de empresas.

Las consideraciones antes expuestas, obligan a entender que el Decreto impugnado no infringe la legislación nacional relativa a la contratación, ni se opone a la normativa comunitaria al respecto, lo que obliga a la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

DECIMO.- No procede efectuar una expresa condena en costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 LJ.

### **FALLAMOS**

Que INADMITIENDO el presente recurso Contencioso-Administrativo, en relación con la parte actora Confederación Nacional de la Construcción y DESESTIMANDOLO en relación con el interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Gandarillas Carmona, en nombre y representación de la Asociación de Empresas de la construcción de Madrid, (AECOM), contra el Decreto 213/98 de 17 de diciembre del Consejo de Gobierno de la CAM, debemos DECLARAR Y DECLARAMOS la conformidad del mismo con el ordenamiento jurídico. Sin Costas.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Massigoge Benegiu, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma doy fe.