

**EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS COLECTIVOS  
MÁS DESFAVORECIDOS EN LA LEGISLACIÓN  
DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.  
ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD\***

Job Creation for the Most Disadvantaged Citizens in the Public Sector  
Contract Legislation with Special Reference to Disabled People

Dra. Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO\*\*

**SUMARIO:**

I. Planteamiento. II. Las quebras del principio de libertad de contratación empresarial a favor de las “capas más débiles”. III. La preferencia en las adjudicaciones de los contratos. IV. La utilización de criterios de desempate de contenido social. V. Requisitos: 1. Inclusión en el pliego de condiciones particulares. 2. Equivalencia entre ofertas. VI. Sujetos beneficiarios: Empleadores con minusválidos en sus plantillas y la promoción del “empleo selectivo”. 1. La inserción laboral de las personas con discapacidad. 2. Incentivos. 3. El fracaso de los cupos. 4. El establecimiento de un sistema de cuota indirecta: A) Naturaleza jurídica de la entidad empresarial; B) El porcentaje de reserva; C) Su limitado ámbito de aplicación. V. Otras medidas de refuerzo: A) Prohibiciones para contratar con la Administración; B) Acomodo de las prescripciones técnicas al parámetro de accesibilidad universal; C) Reserva de participación para centros especiales de empleo; D) La denominada “cláusula de progreso”; E) El diseño para todos. VII. Su acomodo a los principios inspiradores del Derecho Comunitario de la Contratación Pública. VIII. Conclusión.

**I. PLANTEAMIENTO**

Aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la

\* Este trabajo fue galardonado con accésit al premio Melchor Almagro Díaz otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en el año 2007.

\*\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

verdad es que puede tener un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial. No cabe duda de que las Administraciones públicas pueden condicionar a las empresas a que observen determinados comportamientos (sin obligarles coactivamente a ellos), utilizando el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten programas o actuaciones que los poderes públicos desean fomentar. Es más, las propias instituciones europeas han mantenido (e incluso alentado) la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema (suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro). Incluso, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, reconoce expresamente, en su art. 27, la posibilidad de que el poder adjudicador pueda establecer obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y, por lo que aquí interesa, a la tutela de las condiciones de trabajo. Bajo tales premisas, no puede extrañar que una de las principales novedades introducidas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), consista precisamente en la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación administrativa consideraciones de tipo social, configurados “como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a los nuevos requerimientos éticos y sociales” (Exposición de Motivos).

La preocupación del sistema de contratación pública por promocionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios privados, en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de fines de interés general, cobra pleno sentido en relación con el fomento del empleo de los colectivos que más dificultades presentan a la hora de acceder a una ocupación por cuenta ajena, tal y como sucede con las personas con discapacidad. Al estudio de esta cuestión se dedican las páginas siguientes.

## II. LAS QUIEBRAS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EMPRESARIAL A FAVOR DE LAS “CAPAS MÁS DÉBILES”

Cierto es que con la contratación administrativa no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, sino que también, sin abandonar esta pauta, se pueden conseguir objetivos sociales capaces de ayudar al incremento del beneficio de la colectividad. A nadie se le escapa que el problema del empleo y, más concretamente, la búsqueda y pérdida del mismo, supone una de las cuestiones más acuciantes con que se enfrentan las sociedades industrialmente avanzadas como es el caso de la española, no en vano el acceso al mundo laboral es un derecho básico y una de las formas más positivas para lograr la integración social y la vida autónoma de las personas. Partiendo del dato incuestionable de que, en el marco del principio de libertad de empresa (art. 38 CE), la decisión de crear puestos de trabajo descansa sustancial y mayoritariamente en manos privadas, no cabe duda de que corresponde a la acción pública la función instrumental de fomentar o estimular, de facilitar y favorecer en definitiva, aquella iniciativa<sup>1</sup>. La política de empleo “no debe quedarse, por tanto, en una finalidad defensiva o redistributiva, sino que debe orientarse al más ambicioso objetivo de una promoción global de los recursos humanos, tendente a alcanzar el pleno empleo y hacerlo, además, de la forma cualitativamente más satisfactoria”<sup>2</sup>. Esta actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo, con el objetivo último de procurar la deseada creación de ocupación a la vez que incrementar la estructura ocupacional del sistema productivo en su conjunto, ha adquirido una importancia significativa en los últimos decenios al punto de convertirse “en el tema que concita las mayores inquietudes en el campo del Derecho del Trabajo”<sup>3</sup>, materializado básicamente a través de incentivos directos al reclutamiento de trabajadores, normalmente referidos a las “capas débiles” del mercado, bien a través de preferencias en el acceso, bien de subvenciones, bonificaciones y exenciones fiscales o de Seguridad Social para el mismo<sup>4</sup>.

De esta forma, la atención del legislador laboral hacia los sujetos carentes de un contrato de trabajo, ya sea porque no lo han tenido pero

<sup>1</sup> M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en AA.VV (V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, Coord.), *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias Tarraconenses de Seguridad Social*, Barcelona, 1996, p. 25.

<sup>2</sup> J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ.; M.R MARTÍNEZ BARROSO y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid. 1998, p. 271.

<sup>3</sup> M. IGLESIAS CABERO, “La gestión privada del empleo”, *AL*, núm. 9, 2000, p. 119.

<sup>4</sup> R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, *RL*, 1991, Tomo I, pp. 138 y ss.

aspiran a alcanzarlo, ya sea porque lo han perdido y tienden a conseguirlo de nuevo, ha crecido de modo extraordinario. De ahí que el Derecho del Trabajo incorpore a sus técnicas normativas un arsenal de medidas de índole económica pero con repercusiones jurídicas. Las bonificaciones en las cuotas que abonan los empresarios y trabajadores a la Seguridad Social o las subvenciones por contratación de nuevo personal e incremento de plantilla son, así, nuevos instrumentos de los que el ordenamiento jurídico-laboral, desde la década de los setenta en la mayor parte de los países europeos, se dota para seguir tratando de cumplir su defensa del mundo productivo y en especial de quienes tienen más necesidades de protección<sup>5</sup>.

Ahora bien, la inserción y reinserción en el mercado de trabajo o la adecuación de la oferta y la demanda de ocupaciones, acompañadas de las oportunas medidas de fomento del empleo de calidad, no sólo pasa a ocupar un primer plano en el campo del Derecho Social, claramente tuitivo o protector en su misma esencia, sino que es una responsabilidad que afecta, en general, a las organizaciones gubernamentales mediante otros posibles ámbitos de actuación, “no en vano el trabajo, antes que otra cosa, es una premisa para que el hombre realice sus valores como individuo, exprese y acreciente su nativa dignidad y sea capaz de participar en la cultura de su tiempo en un sentido más radical, esto es, en la cultura entendida como ámbito insaturable del quehacer humano que le permite construirse a sí mismo como persona”<sup>6</sup>. Esta actividad prestacional tiene múltiples manifestaciones, para lo cual el ordenamiento jurídico habilita también distintos mecanismos y fórmulas de actuación, algunas de ellas situadas en el límite (o, mejor, extramuros) de las competencias del Derecho Laboral. Entre estas últimas, cobra singular importancia la posible inclusión de las denominadas cláusulas sociales en el proceso de licitación pública, como otro de los instrumentos diseñados por la Administración para la consecución de un ajuste ordenado entre oferta y demanda de actividad al margen del Derecho del Empleo y, por tanto, del Derecho del Trabajo, pues el primero no constituye sino una rama del segundo. Ello encuentra su fundamento en la propia configuración de España como Estado Social, y supone la exigencia en los procesos de contratación administrativa de requisitos no sólo económicos, sino también de calidad social de obligado cumplimiento por contratistas o concesionarios<sup>7</sup>.

En nuestro país, la constitucionalización del Estado social de Derecho conlleva como lógica consecuencia que la Administración no pueda per-

<sup>5</sup> E. ROJO TORRECILLA, “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 18, 1997, pp. 33-34.

<sup>6</sup> J. RIVERO LAMAS, “El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada”, *TL*, núm. 44, 1997, p. 4.

<sup>7</sup> E. ROMÁN VACA.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, p. 193.

manecer neutral, limitándose a la defensa de la libertad y de la propiedad individuales en el más puro estilo liberal; antes al contrario, debe ser una Administración que se implique en la sociedad y en el bienestar de los ciudadanos. Este modelo supone, como no podría ser de otra manera, una intervención de los poderes públicos dirigida a ahondar en la justicia social<sup>8</sup>. Aquéllos no deben limitarse a proporcionar los bienes materiales a los usuarios, sino que más allá de esto, el Estado no abstencionista debe hacer posible “un orden social justo”, capaz de garantizar un nivel mínimo de calidad de vida, según un espectro que va desde el nuclear de la dignidad de la persona y de los derechos de la misma más ligados al desarrollo de su personalidad hasta el más penetrado por las exigencias derivadas de la convivencia social<sup>9</sup>. En este marco, el fomento del empleo de los colectivos más desfavorecidos se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios del sistema de contratación pública.

### III. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES DE LOS CONTRATOS

Bajo una afanosa búsqueda de eficacia<sup>10</sup>, la Administración pública puede acudir a la hora de prestar servicios a los ciudadanos a la gestión indirecta de los mismos por medio de sujetos privados, quienes, tras un proceso reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización material de ciertas parcelas asociadas a las prerrogativas de aquélla, pues “en ningún momento se establece que sea esencial a la noción de servicio público su titularidad y dispensa estatal (mejor, gubernativa en general)”<sup>11</sup>. En este contexto, el Ente administrativo actúa de manera similar a las empresas ordinarias, descargando en unidades productivas auxiliares determinadas actividades que, aun cuando necesarias para el normal desenvolvimiento de los cometidos que le son propios, no revisten la condición de ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos; la pretensión quedaría situada

<sup>8</sup> T. QUINTANA LÓPEZ, “La actividad administrativa de prestación. El servicio público. La doctrina clásica del servicio público. Evolución de la doctrina. Nacionalización y municipalización de servicios y actividades”, en AA.VV.: *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 114.

<sup>9</sup> L. PAREJO ALFONSO; A. JIMÉNEZ BLANCO y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998, p. 606.

<sup>10</sup> A. NIETO GARCÍA, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, en AA.VV.: *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1984, p. 895; A. MARTÍNEZ MARIN, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990, pp. 17 y ss.; L. ORTEGA ÁLVAREZ, “El reto dogmático del principio de eficacia”, *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 7 y ss. ó AA.VV.: *Efficienza e produttività nelle Pubbliche Amministrazioni: I progetti-pilota i un'occasione fallita?*, Milán, 1991.

<sup>11</sup> J.M. SALA ARQUER, *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en Derecho español)*, Madrid, 1977, p. 79.

en reducir costes, riesgos y personal, para concentrar sus recursos en organizar y gestionar otras actividades, de manera fundamental aquéllas no susceptibles de desconcentración productiva. Como con acierto se ha dicho, “con ello queda herida de muerte la tesis clásica conforme a la cual el referente debía reunir un triple requisito (institución regida por el Derecho Administrativo, de interés general y sometida a un régimen exorbitante), puesta en cuestión al constatar la presencia de unidades productivas y de prestación de servicios externas (cae el requisito de *établissement public*), que, con carácter privado y no sometidas a ordenamiento alguno a partir del cual sostener privilegios (el “*régimen privilegié*”), gestionan cometidos de interés general”<sup>12</sup>. Lo único permanente es, por tanto, “la nature de l’activité et des conditions juridiques de fonctionnement”<sup>13</sup>.

La llamada “externalización” de actividades, “que se ha abierto paso en los Entes públicos, a través de contratos con empresas privadas que ejercen actividades económicas a favor de la Administración por medio de su propio personal, ha conocido, además, en las últimas décadas, un desarrollo sin precedentes”<sup>14</sup>. La crisis de los años setenta, la “terciarización” del sistema productivo y, sobre todo, la incorporación creciente de nuevas tecnologías, han puesto en marcha y acelerado un proceso en el cual los supuestos de gestión indirecta de actuaciones públicas por personas jurídico-privadas a través del mecanismo de la contrata o concesión administrativa han cobrado una importancia muy destacada. Ahora bien, esta privatización en el funcionamiento de un Ente gestor de servicios públicos, unida a la consecuente aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada, no puede conllevar por sí misma la privatización de las relaciones con los administrados. “El régimen jurídico de los servicios públicos genuinamente tales sigue siendo, por tanto, un régimen jurídico-administrativo y a su legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) deben someterse íntegramente los gestores privados, se organicen éstos como fuere, pues la legalidad es en la Norma Fundamental una técnica de garantizar la libertad de los ciudadanos y no simplemente de pautar la organización de los órganos públicos”<sup>15</sup>.

De este modo, nada impide a los poderes gubernativos atender al bienestar de la sociedad a través del sistema de contratación como una de las técnicas jurídicas más idóneas para proporcionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios particulares en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de fines de interés general. Desde tal

<sup>12</sup> L. MARTÍN REBOLLO, “La administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, p. 31.

<sup>13</sup> J.L. VILLAR PALASI, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pp. 262-263.

<sup>14</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 11, 2005, p. 10.

<sup>15</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Prólogo”, a la obra de SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, p. 18.

perspectiva, una primera manifestación de esta opción legislativa, si bien bastante tenue –como se tendrá ocasión de comprobar–, puede encontrarse en la disposición adicional 8ª de la Ley 35/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, referida a la preferencia en la adjudicación de los contratos a las proposiciones presentadas por aquellas empresas que tuvieran en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100. Tal previsión fue recogida con idéntico tenor literal en la disposición adicional 8ª del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que únicamente se limita a añadir un segundo párrafo en dicha adicional con el fin de otorgar también la misma preferencia a las entidades sin ánimo de lucro. En la actualidad, la LCSP, en su disposición adicional 6ª, manifiesta una mayor sensibilidad a la hora de establecer mecanismos de orientación y corrección de la iniciativa privada en la dirección deseada: el fomento del empleo de las “capas más débiles” del mercado de trabajo. Así, permite que las Administraciones públicas incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para ser adjudicatarias no sólo, como ya sucedía antes, de aquellas empresas que tengan un porcentaje de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la plantilla (párrafo 1º) y de las entidades sin ánimo de lucro cuyas prestaciones sean de carácter social o asistencial (párrafo 3º), sino también –como novedad– de aquellos empleadores dedicados específicamente a la promoción e inserción de personas en situación de exclusión social (párrafo 2º) o de aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo (párrafo 4º).

#### IV. LA UTILIZACION DE CRITERIOS DE DESEMPATE DE CONTENIDO SOCIAL

La selección de los contratistas privados por la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretende garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público<sup>16</sup>. Sin quebrar esta premisa de partida, la disposición adicional 6ª de la LCSP parte del carácter social *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos, a la vista de las características de los sujetos de los que se predica la preferencia en la adjudicación. Se trata, pues, de un precepto legal de capital importancia, no en vano “introduce la consideración de los aspectos sociales en la adjudicación de los contratos públicos, intentando dar satisfacción a un

<sup>16</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 11ª edición, Madrid, 2002, p. 702.

fin de interés general, aunque distinto del que preside la celebración del contrato administrativo en concreto, esto es, un fin público 'adicional' al fin principal 'natural' del vínculo contractual"<sup>17</sup>.

Incluye, así, una previsión específica que bien podía haber sido recogida en el propio articulado de la LCSP, sin embargo, su especialidad, y acaso su difícil incardinación entre los criterios de capacidad, admisión de licitadores o adjudicación, pudieran justificar su tratamiento singularizado y, por ende, su desplazamiento a la parte final del texto<sup>18</sup>. Tal ubicación es coherente, además, con una técnica legislativa, de moda en la actualidad (pero no por ello menos criticable), en virtud de la cual las disposiciones adicionales asumen gran extensión incorporando gran parte del contenido que debería tener cabida en el texto articulado<sup>19</sup>.

Constituye, en definitiva, una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas<sup>20</sup>, quienes pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) para las proposiciones presentadas por aquellos empleadores que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores minusválidos, así como para las ofertas formuladas por empresas de inserción, por entidades sin ánimo de lucro cuya actividad tenga relación directa con el objeto del contrato o por aquellas factorías reconocidas como organizaciones de comercio justo. Estos son los licitadores a los cuales se les puede aplicar la prioridad en la adjudicación del vínculo

<sup>17</sup> H. GONSALBEZ PEQUEÑO: "Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas", *JA*, núm. 20, 2003, p. 66.

<sup>18</sup> AA.VV (E. JIMÉNEZ APARICIO, Coord.), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, p. 1416.

<sup>19</sup> La LCSP se estructura del siguiente modo: se separa de la arquitectura adoptada por la Ley 31/1995, basada en un modelo bipolar construido alrededor de una parte general, compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una parte especial, en la que se recogían las peculiaridades de régimen jurídico de los contratos administrativos típicos. Esta sistemática, que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración clásica de la Ley de Contratos del Estado, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la LCSP, afectada por los condicionantes de regular de forma directa el régimen de contratación de un abanico más amplio de sujetos destinatarios y de hacer posible, desde la misma estructura de la Ley, un tratamiento diferenciado de las normas que son trascripción de disposiciones comunitarias. Así, el articulado de la Ley se ha estructurado en un título preliminar y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de los mismos, la selección del contratista y la adjudicación de los vínculos administrativos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y la organización administrativa para la gestión de la contratación. A ello hay que añadir la existencia de 32 disposiciones adicionales, 7 transitorias, una derogatoria, 12 finales y 3 anexos (Exposición de Motivos).

<sup>20</sup> E. MELERO ALONSO y M. ESPÍN SAEZ, "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas: fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, pp. 13 y ss.

administrativo, siempre y cuando se den, lógicamente, los condicionantes previstos y exigidos para ello. Su objetivo último no es sino conseguir el incremento de las tasas de ocupación de los colectivos más marginados a los cuales procuran ocupación los mencionados empleadores.

## V. REQUISITOS

Dejando para un momento posterior el análisis de los sujetos dotados de preferencia, procede centrar ahora la atención en las concretas y específicas exigencias de carácter objetivo determinantes del supuesto aplicativo que nos ocupa, principalmente las dos siguientes:

### 1. *Inclusión en el pliego de condiciones particulares*

La utilización de esta prioridad en las adjudicaciones requiere de su previsión expresa en el pliego de condiciones particulares del contrato a adjudicar. Atendiendo al soporte contractual que liga al Ente público con la empresa adjudicataria, los pliegos de condiciones generales y particulares definen los derechos y obligaciones que ambas partes asumen como contenido del contrato, formalizado por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación al concesionario<sup>21</sup>.

Los pliegos de condiciones generales contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas aplicables, en principio, a todos los vínculos contractuales de objeto análogo, debiendo incorporar los siguientes aspectos: ejecución del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes y régimen económico; modificaciones del vínculo administrativo, supuestos y límites; resolución; extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación (art. 66 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RCAP–)<sup>22</sup>. Su objetivo es garantizar “cláusulas contractuales de salvaguardia que, ya experimentadas, pongan a la Administración a salvo de sorpresas desfavorables, evitando la heterogeneidad de obligaciones que surgirían si cada autoridad competente pudiera acordar contenidos contractuales absolutamente diversos”<sup>23</sup>. La función que asumen en los contratos públicos los pliegos de cláusulas administrativas generales

<sup>21</sup> Informe número 71/99, de 11 de abril de 2000, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

<sup>22</sup> J. TORNOS MAS, “De las actuaciones relativas a la contratación”, en AA.VV (R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, p 282.

<sup>23</sup> J.L. VILLAR PALASI y J.L. VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983, p. 73.

es, a la postre, la de procurar una cierta homogeneidad o uniformidad en el contenido de los que de un tipo concreto celebre una Administración<sup>24</sup>.

Los pliegos de condiciones particulares, por su parte, definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones específicos del contrato a celebrar, de cuyo contenido forman parte tras la adjudicación (antiguo art. 49.5 LCAP y actual art. 99.2 LCSP)<sup>25</sup>. Estos pliegos determinan la dinámica de la relación contractual en la medida en que se convierten en cláusulas del contrato<sup>26</sup>. Pueden ser definidos como los actos administrativos aprobados por la Administración antes de la perfección del vínculo contractual en los que quedan fijados los términos conforme a los cuales éste debe ser cumplido ya que se explicitan en ellos las condiciones que definen los derechos y obligaciones de cada una de las partes<sup>27</sup>.

Debido a su permanencia y supletoriedad<sup>28</sup>, los pliegos de condiciones administrativas generales han sido equiparados en ocasiones a verdaderas normas jurídicas de derecho voluntario<sup>29</sup>, pero, en realidad, no pasan de ser cláusulas típicas cuya obligatoriedad no nace *ex lege* sino *ex contractu*, al amparo del principio de libertad de contratación<sup>30</sup>. Precisamente su naturaleza contractual, que no reglamentaria, explica la posibilidad de que los pliegos de condiciones particulares los modifiquen, sin otro requisito que el preceptivo informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (antes, art. 50 LCAP y, ahora, art. 99.5 LCSP)<sup>31</sup>. Como es lógico, los pliegos de condiciones particulares reguladoras de los contratos tampoco tienen naturaleza reglamentaria, pues carecen de las notas de generalidad y permanencia temporal necesarias<sup>32</sup>, pero a ellos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios, cuya presentación ante el órgano de contratación supone la aceptación incondicional de sus cláusulas e incorporados al vínculo contractual como anexo del mismo constituyen el marco

<sup>24</sup> P. VALCARCEL FERNÁNDEZ, “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, en AA.VV (R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1161.

<sup>25</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

<sup>26</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

<sup>27</sup> P. VALCARCEL FERNÁNDEZ, “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, cit., p. 1163.

<sup>28</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

<sup>29</sup> STS, Cont-Admtivo, 16 marzo 1998 (RJ 2172).

<sup>30</sup> STS, Cont-Admtivo, 6 mayo 1992 (RJ 4273) e Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 71/1999, de 11 de abril de 2000 y 29/2000, de 30 de octubre de 2000.

<sup>31</sup> H. SANTOR SALCEDO, “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, en AA.VV (J. RIVERO LAMAS, Dir.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, p. 213.

<sup>32</sup> ATS, Cont-Admtivo, 24 julio 1995 (RJ 6097).

expreso que ha de regir las relaciones jurídicas bilaterales<sup>33</sup>. Precisamente, por ello, cobra pleno sentido la inclusión de la preferencia aquí analizada en estos últimos.

Esto significa, de un lado, que todos los empresarios han de conocer, antes de formular sus proposiciones, que éstas pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios (permítase la reiteración, empleadores con trabajadores minusválidos en sus plantillas, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro o corporaciones reconocidas como organizaciones de comercio justo), y, de otro, que la Administración contratante va a quedar vinculada a la aplicación de esta preferencia cuando concurren los colectivos mencionados y se cumplan los requisitos que establece la presente norma<sup>34</sup>. Lo decisivo es, pues, que la prioridad se incorpore al contrato a través del pliego y vincule así a la Administración y licitadores<sup>35</sup>.

Dicho de otra manera, no existe un derecho subjetivo de los sujetos cualificados a la utilización por la Administración contratante de esta preferencia en la adjudicación, pero si ésta se acuerda y, por tanto, se incluye en el pliego de condiciones, sí surge una firme prerrogativa para su aplicación por parte de los colectivos beneficiarios concurrentes si se dan las demás circunstancias y requisitos establecidos en las norma. La decisión de utilización o no de la preferencia en la adjudicación resulta así una potestad discrecional, que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano de contratación competente para la aprobación del pliego de condiciones particulares, que es el que ha de incluir o no la preferencia aquí analizada<sup>36</sup>.

El legislador ha querido dejar libertad al órgano de contratación para que, contrato por contrato (de ahí la referencia a los pliegos, pues, aunque sean modelos tipo y se reiteren en distintos procedimientos de contratación, deben concretarse para cada procedimiento de contratación), pueda establecer la preferencia adjudicataria que estatuye la disposición adicional 6ª de la LCSP. Por tal razón, un hipotético reglamento que impusiese con carácter general la inclusión de la comentada cláusula en los pliegos de condiciones podría entrar en colisión con la letra y el espíritu de la norma aquí analizada, no en vano lo que pretende el redactor de la Ley es que, para cada contrato, en función de las circunstancias particularmente concurrentes, el órgano de contratación aprecie la necesidad o conveniencia de incluir la tan comentada preferencia.

<sup>33</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 25 julio 1989 (RJ 6111), 21 enero 1994 (RJ 144) y 28 noviembre 2000 (RJ 9625).

<sup>34</sup> AA.VV (R. GARCÍA MACHO, Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, p. 1167.

<sup>35</sup> AA.VV (E. JIMÉNEZ APARICIO, Coord.), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, p. 1426.

<sup>36</sup> AA.VV (R. GARCÍA MACHO, Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1167.

Por lo mismo, tampoco cabe que una instrucción u orden de servicio pueda establecer una previsión en el sentido aquí analizado. Comienza a ser una práctica bastante extendida la aprobación por los órganos de contratación de instrucciones dirigidas a quienes intervienen en la configuración del expediente de contratación, en las cuales se incluyen los criterios de adjudicación que habrían de tomarse en consideración en los concursos. Ahora bien, la vinculación para las partes de la preferencia aquí estudiada no derivaría de la inclusión en la propia instrucción sino en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. La instrucción, en cuanto mecanismo concebido para potenciar el principio administrativo de jerarquía organizativa, sólo obliga a los inferiores jerárquicos de quien la aprueba, pero no a terceros ajenos a la Administración. Las instrucciones son aprobadas por el órgano de contratación, el mismo que aprueba los pliegos de cláusulas, pero la vinculación deriva –permítase la reiteración– de la inclusión en el correspondiente pliego<sup>37</sup>.

En definitiva, la omisión en el pliego de condiciones particulares de la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de los licitadores mencionados en la disposición adicional 6ª de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurren todos los demás requisitos, tanto objetivos como subjetivos, previstos en la norma.

## 2. *Equivalencia entre ofertas*

Además de estar incluida la preferencia, como condición *sine qua non* en el pliego de condiciones administrativas particulares, es necesario que acaezca un segundo condicionante: la proposición a la que se califique como preferente ha de contener una oferta que iguale a otra u otras de las presentadas, de entre las que resulten las más ventajosas por aplicación de los criterios objetivos de adjudicación establecidos en el contrato en cuestión.

La preferencia en la adjudicación establecida en la disposición adicional aquí analizada queda reducida en su marco de aplicación por la exigencia de este requisito de equivalencia atendiendo a dos razones fundamentales: De un lado, la encomienda del contrato a los sujetos cualificados a los que va destinada únicamente se materializará cuando haya un empate entre la proposición formulada por alguno de éstos y las ofertadas por otro u otros sujetos concurrentes, motivo por el cual si la proposición presentada por alguno de los beneficiarios resulta menos ventajosa respecto de las formuladas por otros licitadores no cualificados, decae la aplicación de la preferencia y, por tanto, deberá adjudicarse el contrato a la proposición más ventajosa, con independencia del sujeto que la formule. De otro, si

<sup>37</sup> AA.VV. (E. JIMÉNEZ APARICIO, Coord.), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1427.

la proposición presentada por alguno de los colectivos cualificados es, por sí misma, la más ventajosa, tampoco es de aplicación la preferencia aquí establecida, ya que en este caso la adjudicación debe obedecer a la mayor ventaja intrínseca en la oferta y a la no actuación de la preferencia determinada por la cualificación de los sujetos proponentes<sup>38</sup>.

Como no podría ser de otra manera, la valoración de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas se ha de hacer atendiendo a las reglas objetivas de selección de contratistas, que serán las que resulten aplicables a cada contrato concreto, en función del procedimiento, forma y criterios de adjudicación determinados en los pliegos de condiciones particulares del vínculo contractual en cuestión. Y es que la preferencia analizada no es en modo alguno un criterio de adjudicación del contrato; antes al contrario, los parámetros de adjudicación deben ser objetivos, lo cual implica fundamentalmente dos consecuencias: primera, que no deben ser discriminatorios sino que han de estar dirigidos a garantizar la mayor imparcialidad en la selección del contratista; segunda, que deben valorar el objeto no el sujeto, tomando en consideración la propia oferta, no las especiales condiciones subjetivas de una u otra empresa licitadora<sup>39</sup>.

## VI. SUJETOS BENEFICIARIOS: EMPLEADORES CON MINUSVÁLIDOS EN SUS PLANTILLAS Y LA PROMOCIÓN DEL “EMPLEO SELECTIVO”

El primero de los cuatro grupos de sujetos cualificados, de los que les es predicable la preferencia en la adjudicación, viene integrado por aquellas empresas, que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 de la cuantía total de los que integren la misma (párrafo 1º de la disposición adicional sexta LCSP). Esta previsión ya estaba incorporada al texto de la LCAP (entonces en el párrafo primero de la disposición adicional 8ª) con dos diferencias de matiz: En primer lugar, ahora se hace referencia a un porcentaje “superior” al 2 por 100; antes se utilizaba la expresión “no inferior”, debiendo entender incluidas, en aquel momento, dentro del marco de actuación de la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo a aquellas empresas que contaran con una cuota de minusválidos no sólo “por encima” sino también “igual” al 2 por 100. La nueva versión de la LCSP limita tal posibilidad, siendo necesario, en todo caso, que la cuota de trabajadores discapacitados sobrepase el umbral reseñado.

<sup>38</sup> AA.VV (R. GARCÍA MACHO, R., Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1167.

<sup>39</sup> AA.VV (F. JIMÉNEZ APARICIO, Coord.), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1423.

En segundo lugar, se ha sustituido el término “trabajadores minusválidos” por el de “trabajadores con discapacidad”. Se trata de una mera distinción de carácter léxico, con el fin de adaptar el tenor legal a las nuevas tendencias de tutela de este colectivo, manifestadas, sobre todo, en la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Desde la promulgación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISMI) en 1982, que desarrolla el art. 49 CE, hasta el momento presente, se ha ido recorriendo un largo camino en el que se ha pasado de hablar de disminuidos, minusválidos o deficientes a sustituir estos términos por los de “personas con discapacidad o déficit de ciudadanía”. Ello supone, por tanto, cambiar el concepto de persona con problemas que necesita una atención especial por el de ciudadano con especial dificultad para disfrutar derechos constitucionales, novación a la que una Ley actual como la LCSP no puede ser ajena.

### *1. La inserción laboral de las personas discapacitadas*

Como con acierto se ha dicho, “las personas con minusvalía a menudo forman parte de los grupos más frágiles, independientemente de la sociedad en la que vivan... y una de las razones es que la sociedad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de tales sujetos”<sup>40</sup>. De sobra es conocido cómo el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Justamente uno de los “obstáculos” más evidentes a los cuales eventualmente ha de hacer frente el ser humano es el de su falta de capacidad, una disminución física o psíquica cuyo lastre le impida desarrollar, en mayor o menor grado, toda su potencialidad<sup>41</sup>.

Por tal razón, la propia Norma Fundamental incluye, entre los principios rectores de la política social y económica, un claro mandato –quizá el “más relevante” en esta materia–<sup>42</sup> dirigido a los poderes públicos: realizar

<sup>40</sup> Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía” y “Proyecto de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías”. DOCE núm. C 66/35, de 3 de marzo de 1997.

<sup>41</sup> D. CASADO, *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991, pp. 43 y ss.

<sup>42</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *TS*, núm. 91, 1998, p. 56.

una labor de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles cuanta atención especializada requieran (art. 49 CE), compeliendo “a los órganos públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para situar a los disminuidos o minusválidos en pie de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores, de modo que puedan desenvolverse sin restricciones en una sociedad competitiva y en un medio adverso que se rige por las leyes inexorables del mercado”<sup>43</sup>. Es pacífica la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe preocuparse de los trabajadores minusválidos tanto para facilitar su acceso al mercado de trabajo o reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales; la lectura del art. 49 CE, antes reseñado, y su concordancia con la cláusula compensadora del art. 9.2, el derecho al trabajo sin discriminaciones a que alude el art. 35.1, el objetivo tendencial del pleno empleo consagrado por el art. 40 o la invocación de la dignidad de la persona que lleva a cabo el art. 10, lo indican claramente<sup>44</sup>.

Parece innecesario, por evidente, justificar cómo uno de los campos en los cuales con mayor fuerza pueden dejarse sentir esos designios imperativos de “igualdad real y efectiva” e “integración de los disminuidos” es, precisamente, en el ámbito de las relaciones laborales<sup>45</sup>, habida cuenta el trabajo humano –retribuido y por cuenta ajena–no sólo supone para la mayor parte de la población el medio de obtención de los recursos económicos “que permitan la subsistencia de quien trabaja”<sup>46</sup> –lo cual ya es mucho–, sino también –y quizá hasta de superior trascendencia–uno de los más importantes cauces de realización personal y satisfacción individual del anhelo creador genéticamente incorporado al ser humano<sup>47</sup>. Por tanto, para lograr la integración de las personas con discapacidad (un colectivo de tres millones y medio de personas –el 9 por 100 de la población–) y evitar la conversión de sus limitaciones personales en barreras sociales, el principal “trampolín” viene dado por el acceso y la permanencia en el empleo<sup>48</sup>, habida cuenta la falta de ocupación adecuada o de los mecanismos

<sup>43</sup> L.E. DE LA VILLA GIL y J.A. SAGARDOY BENGOCHEA, “El derecho al trabajo de los minusválidos”, *RT*, núm. 79, 1995, pp. 17-18.

<sup>44</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo”, *AS*, 1999, T. V, p. 47.

<sup>45</sup> S. GONZÁLEZ ORTEGA, “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación”, *TL*, núm. 7, 1986, pp. 54 y ss.

<sup>46</sup> M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, “La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)”, *RL*, 1987, T. I, p. 218.

<sup>47</sup> M. RODRÍGUEZ JOUVENCEL, *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993, pp. 13 y ss.

<sup>48</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *RL*, núm. 5, 2000, p. 1.

para su correcta inserción laboral constituyen algunas de las dificultades más importantes contra las cuales deben luchar<sup>49</sup>.

La inserción laboral de las personas incapacitadas<sup>50</sup> es desde luego uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos<sup>51</sup>. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente)<sup>52</sup> tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este colectivo sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores<sup>53</sup>. Largo ha sido el *iter* normativo desde la LISMI y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo), hasta la relativamente reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, desarrollada en múltiples ocasiones, siempre con la pretensión, nunca plenamente conseguida, de “establecer un conjunto coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección” a favor de quienes tanto lo merecen<sup>54</sup>.

Su deseable acceso al mundo laboral ha quedado encauzado a través de dos vías netamente diferenciables y diferenciadas, aun cuando necesariamente relacionadas entre sí<sup>55</sup>. Así, de un lado, ha sido perfilada una relación laboral de carácter especial para ordenar el trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo (Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio)<sup>56</sup>. De otro, y en el intento por no condenar al discapacitado a vivir fuera del mundo, en plácidos “paraísos laborales” sin conexión real con la sociedad, se reconoce que “el objetivo fundamental de la política de empleo viene dado por su integración en el sistema ordinario de trabajo” (art. 37 LISMI –en la redacción dada por el art. 38 Ley 62/2003, de 30 de diciembre–) y a tal fin se ha adoptado un ingente paquete de medidas tendentes a favorecer la contratación laboral –no ya especial sino–ordinaria

<sup>49</sup> E. GARRIDO PÉREZ, *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Valencia, 2000, p. 9.

<sup>50</sup> B. ALONSO-OLEA GARCÍA, “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”, en AA.VV (M.J. ROMERO RODENAS, Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 11 y ss.

<sup>51</sup> GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo de los incapacitados”, *TS*, núm. 91, 1998, p. 25.

<sup>52</sup> R. ESTEBAN LEGARRETA, *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, pp. 19 y ss.

<sup>53</sup> Tal y como reconoce el II Plan de Acción para las personas con discapacidad (2003-2007). [www.mtas.es](http://www.mtas.es)

<sup>54</sup> S. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación”, *TL*, núm. 7, 1986, p. 52.

<sup>55</sup> J. MESTRE DELGADO y M. DE LA PEÑA, “El régimen de los minusválidos en España”, en AA.VV (S. MUÑOZ MACHADO. y R. DE LORENZO, Dirs.), *Código europeo de las minusvalías*, Madrid, 1996, p. 434.

<sup>56</sup> R. ESTEBAN LEGARRETA y V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, “La relación laboral especial de los minusválidos”, *TS*, núm. 91, 1998, pp. 41 y ss.

de las personas con discapacidad<sup>57</sup>. Entre tales mecanismos destinados a procurar la integración o permanencia de los minusválidos en el mercado de trabajo cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo: a) las acciones de rehabilitación para el trabajo; b) las medidas de inserción obligada en las empresas (empleo selectivo) mediante el establecimiento de preferencias, cupos o reservas de empleo; c) los instrumentos de fomento y ayuda económica al empleo, mediante subvenciones, desgravaciones fiscales o bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social; d) las actuaciones de apoyo logístico a las empresas, mediante subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, o la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y movilidad de los minusválidos; e) las medidas de promoción del empleo de carácter autónomo o asociativo, en particular mediante la creación de cooperativas<sup>58</sup>; y f) los programas de empleo con apoyo (Real Decreto 870/2007, de 2 de julio).

## 2. *Incentivos*

El objetivo quedará cifrado en “procurar la contratación de los trabajadores minusválidos y la mejora de sus condiciones laborales”, permitiéndoles alcanzar, conservar y progresar en el empleo (art. 7 Convenio núm. 159 OIT), pero haciéndolo prioritariamente en el mercado común de trabajo. En este contexto –y en resumen–, tres son las medidas adoptadas: el empleo selectivo, estableciéndose disposiciones conforme a las cuales aquel trabajador cuya capacidad laboral haya quedado disminuida o haya recuperado la pérdida tendrá preferencia para ser contratado o mantener su vínculo actual; el establecimiento en las empresas de una cuota de reserva de puestos de trabajo destinada en exclusiva a este colectivo; en fin, el fomento del empleo, consistente en ayudas para la promoción de la contratación de discapacitados<sup>59</sup>.

La idea latente en todas ellas parece evidente: cuando no fuere posible lograr el acceso directo del minusválido al empleo ordinario, será menester tratar de crear una suerte de “circuito de integración”, atendiendo a sus características personales y laborales, el cual podrá ser iniciado en un centro ocupacional, para, posteriormente, pasar de éste a uno de empleo y, por fin, arribar al “mercado ordinario”<sup>60</sup>. En el panorama descrito, es fácil contrastar cómo los minusválidos reciben un tratamiento diferenciado y privilegiado

<sup>57</sup> R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ; R. TASCÓN LÓPEZ; H. ÁLVAREZ CUESTA y J.G. RODRÍGUEZ HIDALGO, *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, León, 2004, p. 28.

<sup>58</sup> C. GALA DURÁN, “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo”, *TL*, núm. 55, 2000, p. 55.

<sup>59</sup> L.E. DE LA VILLA GIL, “La regulación del empleo de los minusválidos en España”, *TS*, núm. 55, 1995, p. 12.

<sup>60</sup> E. GARRIDO PÉREZ, *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Valencia, 1999, pp. 47 y ss.

frente al resto de trabajadores, reconociéndoseles una serie de incentivos de naturaleza “autónoma”<sup>61</sup>. Estas ventajas no han de ser consideradas, sin embargo, discriminatorias en cuanto vienen legitimadas tanto por la normativa interna como internacional: de un lado, el mencionado art. 49 CE, en relación con el 9.2, obliga a los poderes públicos a promover aquellas medidas destinadas a remover los obstáculos que impidan a un determinado grupo participar con normalidad en todos los aspectos diarios de la vida, actualizándose dicho mandato en el ámbito estrictamente laboral mediante el art. 17.2 y 3 ET que, regulando ciertas medidas de acción positiva, de un lado, permite al legislador establecer reservas y preferencias en la contratación, y, de otro, faculta al Gobierno para conceder subvenciones, desgravaciones y otras disposiciones para fomentar la ocupación de determinados colectivos con especiales dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo; de otro, el art. 4 del Convenio 159 de la OIT considera no discriminatorias cuantas medidas positivas especiales vengan encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los empleados inválidos y los demás trabajadores; en fin, y por no seguir, el art. 7.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, considera en el caso de los discapacitados que el principio de igualdad no constituirá ningún obstáculo para que los Estados miembros desarrollen políticas encaminadas a crear o mantener disposiciones o facilidades con el objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral<sup>62</sup>.

Fruto de dicho bagaje, ha sido la reforma introducida por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, cuyo art. 38 procede a modificar el art. 37 e introduce un nuevo art. 37 bis en la LISMI. En este sentido, el apartado 2 del art. 37 define el principio de igualdad como la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad, delimitando dichos conceptos en el apartado 3. Asimismo, el art. 37 bis.1 permite expresamente el mantenimiento o la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad, considerando su establecimiento como no discriminatorio<sup>63</sup>. En consecuencia, las dificultades del colectivo analizado para integrarse en el mercado ordinario de trabajo y los obstáculos para competir en paridad de armas con quienes no son minusválidos justifican la adopción de cuantas medidas promocionales

<sup>61</sup> B. ALONSO GARCÍA, “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *TS*, núm. 91, 1998, p. 10.

<sup>62</sup> R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ; R. TASCON LÓPEZ; H. ÁLVAREZ CUESTA y J.G. RODRÍGUEZ HIDALGO, *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de la prestación de servicios*, cit., p. 29.

<sup>63</sup> Por solo poner un ejemplo, la tasa de actividad de las personas con discapacidad no llega al 34 por 100, mientras supera el 70 por 100 para el resto de la población. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007, p. 306.

pretenden garantizar la igualdad de oportunidades de aquellas personas afectadas por diversas formas de discapacidad, procurando “la igualdad de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”<sup>64</sup>.

Insistiendo sobre esta misma idea, al pertenecer el minusválido a un grupo socialmente desfavorecido, la lucha contra las discriminaciones no sólo implica eliminar cuantas diferencias hayan estado históricamente arraigadas en la práctica social, situando a sectores de la población en posiciones claramente desventajosas, abiertamente contrarias a la dignidad de la persona consagrada en el art. 10 CE, sino que obliga también a adoptar cuantas medidas de acción positiva o protectoras permitan su acceso al trabajo o favorezcan la permanencia en el mismo, no pudiendo ser consideradas “opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes”<sup>65</sup>. Nadie puede dudar, por tanto, de la “intrínseca justicia” de cuantas “medidas positivas” tiendan a favorecer la condición de quienes –bajo la denominación de minusválidos, disminuidos, deficientes o incapacitados<sup>66</sup>– tienen “unas oportunidades reales menores”<sup>67</sup>, tratando así de hacer igual lo que en origen es “desigual”, y consiguiendo la satisfacción de intereses sociales dignos de protección (art. 35 Ley 62/2003)<sup>68</sup>.

### 3. *El fracaso de los cupos*

Las reflexiones anteriores han de servir como pórtico para comprender cómo el diseño de las medidas públicas destinadas a favorecer la contratación del colectivo de los discapacitados no sólo reviste el carácter prototípico de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social<sup>69</sup>, sino que incorpora algunos mecanismos más contundentes y específicos como puede ser la reserva en su favor de un porcentaje mínimo de puestos de trabajo a situar en un 2 por 100 del total de la plantilla (art. 38 LISMI)<sup>70</sup>. Aun cuando se trata de una obligación o, si se prefiere, una

<sup>64</sup> STCo 269/1994, de 3 de octubre.

<sup>65</sup> STCo 128/1987, de 16 de julio.

<sup>66</sup> R. ESTEBAN LEGARRETA, *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, pp. 36 y ss.

<sup>67</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Exclusiones, reservas y preferencias de empleo”, en AA.VV (E. BORRAJO DACRUZ), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983, p. 459.

<sup>68</sup> SSTCo 52/1987, de 7 de mayo, 84/1992, de 28 de mayo ó 9/1995, de 16 de enero.

<sup>69</sup> J. PÉREZ REY, “Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad”, en AA.VV (M.J. ROMERO RODENAS, Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 95 y ss.

<sup>70</sup> Nada impide que por convenio colectivo se fije una cuota mayor, tal y como sucede en el XII CC de centros y servicios de atención a las personas con discapacidad (BOE

imposición al empleador, con la cual se pretende asegurar la inserción de los minusválidos, lo cierto es que en la práctica ha resultado, sin embargo, poco efectiva, pese a que el porcentaje es inferior al de otros países como Francia, Italia o Alemania.

Así, de manera realista ante el incumplimiento generalizado del cupo, se ha concedido la facultad para que en las empresas de más de cincuenta trabajadores se pueda trocar (mediante convenio colectivo sectorial o decisión unilateral) por otras formas de más difusa eficacia aun cuando de más sencilla materialización, calificadas de “sorprendentes vías de escape” y consistentes en: a) la suscripción de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado, tanto para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o cualesquiera otros productos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad propia de la empresa que opta por esta medida, como para la prestación de servicios ajenos y accesorios a sus normales tareas<sup>71</sup>; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero), entendidos como el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un centro especial de empleo que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado<sup>72</sup>; c) la donación o patrocinio monetario para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública, cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la generación de empleo a favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado laboral (art. 2.1 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril)<sup>73</sup>. La cuantía de estas medidas

---

17 junio 2006) o en el CC del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés (DOGC 17 mayo 2007).

<sup>71</sup> C. GALA DURÁN, “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en centros especiales de empleo”, *TL*, núm. 55, 2000, p. 103.

<sup>72</sup> La intención de este mecanismo no puede ser mejor (al trabajador con discapacidad, le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo y a la empresa colaboradora le permite conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo cual determinará en su caso la aplicación de las ayudas previstas). Otra cosa es la realidad de los hechos. R. ESTEBAN LEGARRETA y J.M. FUSTE MIQUELA, “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)”, *RTSS (CEF)*, núm. 286, 2007, pp. 161 y ss. ó J.M VILLAR CAÑADA, “Los enclaves laborales”, en AA.VV (C. MOLINA NAVARRETE, Coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005, pp. 441 y ss.

<sup>73</sup> Ya con anterioridad, E. ROJO TORRECILLA, “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *RL*, núm. 8, 1998, p. 33.

gira alrededor del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), aplicado por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. En los dos primeros supuestos la cantidad de los contratos debe ascender “al menos, a tres veces” el IPREM, mientras que en el último caso el importe alcanzará, como mínimo, “1,5 veces el IPREM anual” (art. 2.2 Real Decreto 364/2005). Ni que decir tiene que estas cantidades deben servir a la adopción de medidas destinadas a facilitar el tránsito del discapacitado al mercado ordinario de trabajo<sup>74</sup>.

#### 4. *El establecimiento de un sistema de cuota indirecta*

Burlados con carácter general los cupos y teniendo en cuenta las desvirtuadas alternativas a los mismos<sup>75</sup>, la intención del legislador –asumiendo su necesario papel ejemplificante– ha ido más allá del establecimiento de la cuota y ha procedido a idear otros mecanismos alternativos utilizando aquélla de manera indirecta. Tal es lo que sucede con lo previsto en el párrafo primero de la disposición adicional 6<sup>a</sup> de la LCSP aquí analizada, que pretende contribuir a doblegar una voluntad empresarial poco inclinada a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo, a través de la promesa de un premio consistente en otorgar (si así se hubiera establecido en los pliegos de cláusulas particulares) preferencia en la adjudicación de un contrato administrativo para aquellas proposiciones presentadas por “empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación”.

Se trata de una medida de “empleo selectivo”<sup>76</sup>, que pretende favorecer, en último extremo, a los propios discapacitados, haciendo gala de lo que se ha dado en llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida –como ya consta– por el máximo intérprete de la Norma Fundamental<sup>77</sup>. La redacción legal de la previsión transcrita obliga, no obstante, al intérprete a descender a los siguientes aspectos:

<sup>74</sup> J.M. MORALES ORTEGA, “Los destinatarios de la política de empleo”, en AA.VV (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO; Dir.), *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, p. 316.

<sup>75</sup> A. OJEDA AVILES, “El procedimiento de recolocación revisitado”, *REDT*, núm. 14, 1983, p. 226.

<sup>76</sup> B. ALONSO GARCÍA, “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *TS*, núm. 91, 1998, p. 23.

<sup>77</sup> SSTCo 128/1987, de 16 de julio, 229/1992, de 14 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero.

## A) Naturaleza jurídica de la entidad empresarial

La empresa beneficiaria de la preferencia puede ser pública o privada. La segunda de estas dos modalidades no plantea problemas, pues, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (sociedad, empresario individual, asociación, fundación...), quedan incluidas en el ámbito de aplicación la disposición aquí analizada si cumplen los requisitos para ello<sup>78</sup>. En cambio, las primeras han de revestir auténtica “forma jurídico-privada”<sup>79</sup>, es decir, por encima de todo han de ser “empresas”, sometidas sin excepción, directa ni indirecta, a las mismas reglas de competencia operativas en el mercado, de modo que el adjetivo “públicas” viene a indicar tan sólo un modo particular de actuar, en cuanto manifestación de la iniciativa administrativa en la economía con el fin de satisfacer intereses generales<sup>80</sup>. En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales cuanto las sociedades mercantiles estatales (art. 53 y disposición adicional 12ª Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado –LOFAGE–, respectivamente) y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, así como las fundaciones públicas (Ley 50/2002, de 26 de diciembre).

Las entidades públicas empresariales compaginan funciones y tareas de carácter estrictamente privado o empresarial con las de carácter público, asumiendo la realización de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés general susceptibles de contraprestación. Se someten a un régimen jurídico mixto, de Derecho privado para el tráfico jurídico patrimonial externo, y de Derecho público en cuanto a la formación de su voluntad, ejercicio de autoridad o régimen presupuestario y contable. A diferencia de lo que ocurre con éstas, las sociedades mercantiles estatales desarrollan exclusivamente actividades económico-empresariales, por lo que en su régimen jurídico predomina decididamente el carácter privado. Se someten, pues, al Derecho común, esto es, al civil, mercantil o laboral, según corresponda, a salvo las especialidades presupuestarias, de control financiero y de contratación<sup>81</sup>. Por su parte, las fundaciones públicas son personas jurídicas creadas o asumidas por la Administración u otros órganos constitucionales del Estado, pero sometidas al régimen de

<sup>78</sup> J.M. SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y J.M. SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidades*, Valencia, 2000, p. 74.

<sup>79</sup> C. NUÑEZ-GONZÁLEZ, “La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía. Comentario a la Sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana”, *TS*, núms. 68-69, 1996, p. 31.

<sup>80</sup> V. EDO HERNANDEZ, “La empresa pública en España”, *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989, p. 70.

<sup>81</sup> Un estudio de ambas en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pp. 207 y ss.

las fundaciones privadas<sup>82</sup>. Todas éstas quedan, pues, incluidas dentro del marco objetivo de aplicación de la disposición adicional 6ª de la LCSP. Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas *stricto sensu* (art. 3.2 LCSP)<sup>83</sup> habrá que atender a lo previsto en el art. 51.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el cual establece una cuota de reserva mínima no inferior al 5 por 100 de las vacantes a favor de los minusválidos, de modo que progresivamente los incapacitados alcancen el 2 por 100 de los efectivos totales<sup>84</sup>, pero tal previsión –como es lógico– queda totalmente al margen del ámbito de la contratación administrativa, tratándose, empero, de una vía de reclutamiento directo de mano de obra.

#### B) El porcentaje de reserva

El parámetro del 2 por 100 queda referido a la plantilla total de la empresa, lo cual engloba, desde luego, sus posibles subdivisiones productivas, por más singularidad y autonomía que ostenten<sup>85</sup>. Es más, la inexistencia de un volumen mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial y fuentes destacadas de la creación de empleo<sup>86</sup>, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de minusválidos. Cinco cuestiones quedan, empero, sin resolver en el tenor legal de la norma aquí analizada:

1.- El mutismo sobre las modalidades contractuales en virtud de las cuales estuvieran vinculados los minusválidos con la empresa es absoluto, debiendo dar cabida a cualquiera de las existentes en el ordenamiento laboral: indefinidas o temporales, a tiempo completo o parcial, quedando

<sup>82</sup> A. CASARES MARCOS, A.: “Tipología fundacional”, en AA.VV. (J.M. BENEITO PÉREZ, Dir.), *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, pp. 233 y ss.

<sup>83</sup> En referencia a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos; las Universidades públicas; las entidades de Derecho Público, que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: a) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o b) que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

<sup>84</sup> R. PARADA VAZQUEZ, *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, p. 140.

<sup>85</sup> STSJ, Cont-Adm. Castilla y León/Valladolid 4 mayo 2000 (Ar. 1595).

<sup>86</sup> F. FITA ORTEGA, *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999, p. 23.

incluidos –lógicamente– los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y los antiguos trabajadores de la empresa a los que les haya sobrevenido la discapacidad funcional trabajando en la misma<sup>87</sup>.

Únicamente se prevé que si varias entidades licitadoras de las que hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla (disposición adicional 6, párrafo 1º LCSP). Tal criterio, introducido en fase de tramitación parlamentaria, pues la versión inicial del proyecto del ley no lo contemplaba, pretende servir de estímulo a los empresarios para decidirse a contratar personas con discapacidad por tiempo indefinido, sin necesidad, sin embargo, de que se trate de contrataciones a jornada completa, habida cuenta, y en la línea legislativa general tendente a mejorar las condiciones de trabajo de quien tiene minorado su tiempo de actividad, desde el año 1999 –Real Decreto 4/1999, de 8 de enero– también viene siendo fomentada la prestación de servicios a tiempo parcial, sobre todo para colectivos como el de los minusválidos, “atendiendo a la ocasionalmente necesaria obligación de recurrir a la jornada reducida ante las dificultades propias de la persona con discapacidad”<sup>88</sup>.

La preocupación por mantener la estabilidad en el empleo y permitir una adaptación adecuada al mundo laboral de los discapacitados no puede sino valorarse de forma positiva, pero debería haberse visto acompañada, no obstante, por algún tipo de previsión tendente a evitar que, durante el tiempo de vigencia del contrato administrativo, el empresario adjudicatario pueda despedir a los trabajadores minusválidos sin causa justificada y así reducir el porcentaje de reserva; es más, si el despido resultara procedente o el contrato se extinguiera por causa distinta como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, la voluntad del trabajador discapacitado o su fallecimiento, debería imponerse la obligación de sustitución de los afectados por otros trabajadores que cumplan las mismas características. Sólo así quedaría salvaguardado el espíritu de la norma y se evitarían hipotéticas situaciones de fraude, en las cuales en el momento de efectuar la licitación la intención del empleador (ayudado por el empleado, en los supuestos de connivencia), únicamente pretendería conseguir la adjudicación del contrato administrativo, pero no proporcionar un empleo de larga duración a un porcentaje determinado de personas discapacitadas.

2.- La ausencia sobre cualquier tipo de criterio de cómputo de los trabajadores a los cuales aplicar el porcentaje reseñado obliga a tomar en

<sup>87</sup> R. ESTEBAN LEGARRETA, “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA.VV (M.J. ROMERO RODENAS, Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, p. 82.

<sup>88</sup> R. ESTEBAN LEGARRETA, “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)”, *RL*, 2001, Tomo I, p. 219.

consideración, a falta de otros parámetros, las reglas utilizadas en las elecciones a representantes unitarios (art. 72.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores –ET– y Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) para cubrir las lagunas existentes: a) Los operarios vinculados por un contrato de duración determinada superior a un año se computarán como un trabajador más de la plantilla. b) Si su extensión fuese inferior a una anualidad, “cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más”. c) Existirá un límite a situar en que, si el cociente resultante “de dividir por doscientos el número de días trabajados es superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta como máximo, el total de dichos empleados”. d) En aquellos doscientos días deberán quedar englobados los días efectivamente trabajados, los de descanso semanal, los festivos y las vacaciones anuales; listado a incrementar con los perdidos como consecuencia de las causas de suspensión del contrato, pero no con las ausencias, “aun cuando sean justificadas”<sup>89</sup>.

3.- Tampoco se precisa el grado de minusvalía exigido para entender cumplido el porcentaje de reserva, razón por la cual procede acudir a lo dispuesto en el art. 1.1 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad, debiendo entender incluido en tal concepto a quienes se les haya reconocido por los equipos multiprofesionales correspondientes un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, certificación que se obtiene por los trámites del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre<sup>90</sup>. Tal previsión conlleva, sin embargo, una deplorable consecuencia negativa: si el legislador otorga el mismo valor a efectos de la preferencia en la adjudicación a todas las personas con un grado de discapacidad superior a este parámetro, no hay duda de que el sistema será más favorable para los sujetos menos disminuidos, ya que las empresas suelen “hacer una criba” y contratan a los trabajadores cuya minusvalía es menos acusada<sup>91</sup>. Para superar esta situación, procede efectuar la siguiente propuesta de *lege ferenda*: valorar más a los trabajadores con discapacidades más severas (personas con una minusvalía psíquica, sobre todo).

<sup>89</sup> J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “El comité de empresa. Procedimiento electoral”, *REDT*, núm. 100, T. II, pp. 1344 y ss.; M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995, pp. 283 y ss. ó C. BLASCO PELLICER, *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995, pp. 91 y ss.

<sup>90</sup> Sobre el cauce procedimental para la obtención de una resolución administrativa por la que se reconozca y declare el grado de minusvalía, I. GALLEGU CORCOLES, “El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía”, en AA.VV (M.J. ROMERO RODENAS, Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 189 y ss.

<sup>91</sup> R. ESTEBAN LEGARRETA, *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., p. 157.

A esta misma conclusión cabe llegar, también, si se atiende a lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 1 del Real Decreto 1414/2006, en virtud del cual “se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez”, no en vano con tal equiparación lo que se consigue es fomentar el empleo de los incapaces permanentes de la Seguridad Social en detrimento de aquéllos que padecen discapacidades severas y muy severas (tetraplégicos, ciegos...) <sup>92</sup>.

En efecto, la experiencia demuestra que, para un mismo puesto de trabajo, el empresario, que decide voluntariamente o está obligado a contratar a una persona con discapacidad, elige antes a aquél cuyo grado de autonomía es mayor, quedando beneficiados, de una manera sobresaliente, los trabajadores afectados por un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual cuando ésta se caracterice por la realización de un importante esfuerzo físico o una especial agudeza. Ciertamente estos pensionistas no podrán realizar las tareas propias de una actividad profesional tan dura, pero no tendrán ninguna limitación funcional para prestar servicios en otros cometidos más livianos o menos exigentes. Quizá para evitar esta consecuencia negativa, el Tribunal Supremo ha intentado zanjar una viva polémica judicial existente entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia <sup>93</sup>, llegando, en unificación de doctrina, a la siguiente conclusión: “son distintos los propósitos que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de la Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de minusvalía incluye dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia...; pero junto a esos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados

<sup>92</sup> J.L. ITURRI GARATE, “Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007, p. 331.

<sup>93</sup> Por citar sólo algunos pronunciamientos judiciales, cabe mencionar cómo a favor de la atribución automática del *status* o la condición de discapacitados a los perceptores de pensiones de Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se pronunciaron las SSTSJ, Social, Burgos 14 octubre 2004 (rec. 615/04), Castilla-La Mancha 10 noviembre 2005 (rec. 972/04) ó Navarra 20 junio 2006 (rec. 83/06). En contra, procede hacer referencia a las SSTSJ, Social, Murcia 7 febrero 2005 (rec. 19/05), Extremadura 28 abril 2005 (rec. 79/05), Cantabria 15 febrero 2006 (rec. 46/06) y País Vasco 4 junio 2006 (rec. 82/06).

respectivamente mediante los distintos procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento jurídico”<sup>94</sup>.

Tal interpretación, bien intencionada –sin duda–, no arregla del todo aquella exclusión laboral especialmente sufrida por los erróneamente denominados “grandes discapacitados”, siendo necesario establecer, de nuevo de *lege ferenda*, otras medidas añadidas como pudiera ser la fijación de una reserva, más pequeña que la genérica del 2 por 100, a favor de este subgrupo. Sus singulares circunstancias deben ser atendidas sin demora.

4.- No se acota de forma clara el espacio temporal a considerar, pues se omite tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem*, optando, con una confusa redacción, por referir el momento en el cual la empresa ha de reunir el requisito exigido “al tiempo de acreditar su solvencia técnica”, es decir, al momento de la admisión en la licitación. La prueba de las exigencias precisas para beneficiarse de la citada preferencia adjudicatoria deberá realizarse normalmente y, en último caso, al presentar la proposición, a la que deberán acompañarse precisamente los documentos que acrediten la solvencia técnica, no siendo suficiente con una simple declaración responsable, sino que es pertinente demostrar fehacientemente el cumplimiento de los requisitos precisos<sup>95</sup>. Esta referencia temporal plantea el problema de su extensión, ya que, si bien en algunos contratos típicos la acreditación de la solvencia técnica se hace solamente a través de documentos generados por el proponente, en otros cabe que se efectúe, entre distintos medios, a través de controles hechos por la Administración o en su nombre por organismos oficiales, “lo cual llevaría, en este último caso, a que el requisito de un número mínimo de trabajadores minusválidos en plantilla venga referido, no tanto al momento de la presentación del documento justificativo de la solvencia por este medio de control específico, cuanto al momento mismo del control de la solvencia por la Administración”<sup>96</sup>. Lo más razonable es, pues, que en el propio pliego de condiciones administrativas se precise el concreto lapso temporal en que se haya de acreditar este requisito, dentro de las posibles interpretaciones que caben en el marco de la expresión, ciertamente imprecisa, del texto legal.

A la postre, no se determinan tampoco las formalidades necesarias para justificar ante la Administración, en el momento indicado, el cumplimiento de la reserva. Para suplir esta laguna, cabe acudir a lo previsto en el art. 5 del Real Decreto 1451/1983, que recoge el deber de remitir al servicio público de empleo, dentro del primer trimestre de cada año y con conocimiento de los representantes de los trabajadores, una relación detallada de los puestos

<sup>94</sup> SSTS, Social, 21 y 22 marzo, 30 abril, 16 mayo, 20 junio y 16 y 18 de octubre 2007 (RJ 2007, 3539, 4627, 5012, 4911, 5355 y rec. 339/2006 y 571/2006).

<sup>95</sup> AA.VV (E. JIMÉNEZ APARICIO, Coord.), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1427.

<sup>96</sup> AA.VV (R. GARCÍA MACHO, Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1171.

de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad<sup>97</sup>. En consecuencia, un certificado del servicio público de empleo haciendo constar este extremo serviría como medio fundamental de prueba, sin marginar, ante el silencio legal, otros posibles de los que pudiera valerse la empresa.

5.- Vigentes los oportunos contratos laborales con discapacitados y verificado el cumplimiento de la cuota, la disposición adicional analizada no determina la necesidad de mantener a lo largo de la vida del vínculo administrativo la reserva del 2 por 100, lo cual hará quebrar la finalidad misma de la norma aquí analizada: el fomento de la contratación directa de trabajadores minusválidos por las empresas capaz de elevar las altas tasas de inactividad que sufre este colectivo. Más bien se trata, por tanto, de un mero parche o remedio temporal.

### C) Su limitado ámbito de aplicación

El alcance de la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de aquellos empleadores que cuenten con un porcentaje de trabajadores minusválidos en sus plantillas superior al 2 por 100, pese a su apariencia, es bastante limitado, por otras tres razones fundamentales: primera, porque la expresión “podrán” demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos, de ahí la importancia del esfuerzo llevado a cabo en determinados sectores gubernamentales (no en todos) para dotarla de mayor eficacia<sup>98</sup>; segunda, porque la prioridad que se establece lo es para el supuesto de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, lo cual reduce bastante su marco de aplicación; y tercera, porque la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que al tener que venir necesariamente establecida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y referida al momento de acreditar solvencia técnica, serán las propias entidades empresariales las que tengan que demostrar, no simplemente declarar, que cumplen el requisito exigido, resultando obvio que la organización productiva que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas aun cuando efectivamente cuente con un elevado porcentaje de mano de obra discapacitada<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> R. ESTEBAN LEGARRETA, “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA.VV (M.J. ROMERO RODENAS, Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, cit., p. 85.

<sup>98</sup> Así ha ocurrido, sin ánimo exhaustivo, con el Ministerio de Trabajo o el Ministerio de Asuntos Exteriores. R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ; R. TASCÓN LÓPEZ; H. ÁLVAREZ CUESTA y J.G. RODRÍGUEZ HIDALGO, *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., p. 61.

<sup>99</sup> AA.VV (E. JIMÉNEZ APARICIO, Coord.), *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., p. 1428. En este sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 16 de diciembre de 1998.

## 5. Otras medidas de refuerzo

Atendiendo a la escasa virtualidad de la medida aquí analizada, no puede extrañar que el legislador haya intentado “reforzar” el objetivo de minorar la resistencia empresarial a reservar puestos de trabajo a favor de los minusválidos a través de otras medidas incorporadas en otros preceptos mismo texto legal.

### A) Prohibiciones para contratar con la Administración

El art. 49 c) de la LCSP [anterior art. 20 d) LCAP] impide contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurren determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”. Procede alertar sobre la existencia de ciertas diferencias entre la redacción legal actual de esta prohibición y su precedente, pues el art. 20.1 d) de la LCAP sólo se refería a la sanción firme derivada de infracción grave en materia de “integración laboral de minusválidos”, lo cual hacía únicamente referencia en aquel momento al incumplimiento tanto de la cuota de reserva anteriormente mencionada como de las medidas alternativas a las que también se ha hecho referencia<sup>100</sup>. Aun cuando tal previsión “suponía un paso más del legislador, éste por vía sancionadora, para hacer cumplir con la normativa de integración en el mercado de trabajo de los minusválidos”<sup>101</sup>, algún sector de la doctrina la había considerado un poco exagerada, ya que “ni siquiera la propia Administración cumplía con la cuota”<sup>102</sup>.

Por tal motivo, la versión actual de la mencionada prohibición no debe considerarse sino positiva, pues su ámbito de aplicación es mucho más amplio, abarcando también cualquier contravención grave del cúmulo de las obligaciones establecidas en la Ley 51/2003. A tal efecto procede señalar, además, que la disposición final 11ª de esta Ley encomienda al Gobierno para que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma, remita a las Cortes un proyecto de Ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad con el fin de dar cumplimiento a los principios de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales

<sup>100</sup> R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ; R. TASCÓN LÓPEZ; H. ÁLVAREZ CUESTA y J.G. RODRÍGUEZ HIDALGO, *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., p. 62.

<sup>101</sup> B. ALONSO GARCÍA, “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *TS*, núm. 91, 1998, p. 23.

<sup>102</sup> CES: *Informe 5/1995, de 26 de octubre, sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, 1995, p. 59.

los términos de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas deben estar fijados por Ley. Para respetar y hacer respetar las garantías de la ciudadanía en un Estado social y democrático como es el nuestro, ya ha sido promulgada la Ley 49/2007, de 26 de diciembre<sup>103</sup>, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyos arts. 16.3 y 16.4 tipifican, respectivamente, las infracciones graves<sup>104</sup> y las muy graves (las cuales lógicamente deben entenderse también incluidas aunque la disposición adicional 6ª sólo se refiere a las primeras, pues, en otro caso, quedaría mejor tratado el sujeto al que se le hubiera impuesto mayor sanción)<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

<sup>104</sup> Son infracciones graves: a) los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable; b) la imposición abusiva de cualquier forma de renuncia total o parcial a los derechos de las personas por razón de su discapacidad, basada en una posición de ventaja; c) el incumplimiento deliberado del deber de sigilo y confidencialidad; d) el incumplimiento de los requerimientos específicos que formulen las autoridades; e) la obstrucción o negativa a facilitar la información solicitada por las autoridades competentes o sus agentes, que sea legalmente exigible, en orden al cumplimiento de las funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución en los términos previstos en esta Ley; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas sobre accesibilidad de los entornos, instrumentos, equipos y tecnologías, medios de transporte, medios de comunicación y de los productos y servicios a disposición del público que obstaculice o limite su acceso o utilización regulares por las personas con discapacidad; g) la negativa por parte de las personas obligadas a adoptar un ajuste razonable, en los términos establecidos en el art. 7 c) de la Ley 51/2003; h) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las previsiones efectuadas en el art. 10.2 f) de la Ley 51/2003, en lo referente a la elaboración de los planes especiales de actuación para la implantación de las exigencias de accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate; i) la coacción, amenaza o represalia ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal, reclamación, denuncia o participen en procedimientos ya iniciados para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, así como la tentativa de ejercitar tales actos; j) la comisión, en el plazo de tres meses y por tres veces, de la misma infracción leve.

<sup>105</sup> Son infracciones muy graves: a) las vejaciones que padezcan las personas en sus derechos fundamentales por razón de su discapacidad; b) las acciones que deliberadamente generen un grave perjuicio económico o profesional para las personas con discapacidad; c) conculcar deliberadamente la dignidad de las personas con discapacidad imponiendo condiciones o cargas humillantes para el acceso a los bienes, productos y servicios a disposición del público; d) generar deliberadamente situaciones de riesgo o grave daño para la integridad física o psíquica o la salud de las personas con discapacidad; e) las conductas calificadas como graves cuando sus autores hayan actuado movidos, además, por odio o desprecio racial o étnico, de género, orientación sexual, edad, discapacidad severa o no posibilidad de representarse a sí mismo; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad en la planificación, diseño y urbanización de los entornos, productos y servicios a disposición del público que impida el libre acceso y utilización regulares por las personas con discapacidad; g) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad que impida o dificulte gravemente el ejercicio de derechos fundamentales y el disfrute de libertades públicas por parte de las personas con discapacidad;

Razones de seguridad jurídica aconsejan, no obstante, que este tipo de sanción [la prohibición de contratar con la Administración recogida en el art. 49 c) LCSP] hubiera sido recogido expresamente entre el elenco de sanciones accesorias a las que hace referencia el art. 6 del citado proyecto de Ley, que se refiere sólo a la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas o hubiera solicitado en el sector de la actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

Pese a este inconveniente, no cabe minusvalorar la importancia, siquiera testimonial de esta prohibición, pues como con acierto se ha dicho “esencia de la honorabilidad del contratista será su respeto y cumplimiento de las normas y reglas profesionales”<sup>106</sup>. Merecen, por tanto, los más encendidos reproches aquellas opiniones conforme a las cuales resulta “absolutamente desproporcionado” que a la sanción a imponer por el incumplimiento “se le superponga una pena accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas (euros), con pérdidas de numerosos puestos de trabajo en aquellas empresas cuya actividad depende directamente de la contratación con las Administraciones públicas”<sup>107</sup>.

#### B) Acomodo de las prescripciones técnicas al parámetro de accesibilidad universal

El art. 101.1 de la LCSP determina que “las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003”. Se trata de una previsión de hondo calado para el colectivo aquí analizado, no en vano estas prescripciones resultan pieza esencial del expediente de contratación<sup>108</sup>, pues completan la cláusula administrativa al tiempo que definen el compromiso contractual<sup>109</sup>.

Es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero, también y sobre todo, en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia

---

h) la comisión de tres infracciones graves en el plazo de un año, así como las que reciban expresamente dicha calificación en las disposiciones normativas especiales aplicables a cada caso.

<sup>106</sup> M. FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Madrid, 1997, p. 78.

<sup>107</sup> Voto particular al Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, en CES: *Informe 5/1998, de 27 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, p. 21.

<sup>108</sup> AA.VV (A. RUIZ OJEDA, Dir.), *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004, p. 281.

<sup>109</sup> AA.VV (ARIÑO y ASOCIADOS): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, p. 644.

sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de los ciudadanos. La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación indirecta, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllos que no lo son. Las barreras arquitectónicas no sólo dificultan la vida diaria del discapacitado, sino también –y por lo que aquí interesa– la prestación de su fuerza de trabajo. Por este motivo, se hace necesaria la adaptación de las empresas a la discapacidad, lo cual requiere normalmente un coste económico al que no siempre son favorables las entidades productivas. En este sentido, la Directiva 2000/78 establece que se deben llevar a cabo los “ajustes razonables allí donde sean necesarios, para que dichas personas puedan acceder al empleo, tomar parte en él o progresar profesionalmente”. Por su parte, la Recomendación (2006)5 del Consejo de Europa sobre el Plan de Acción para la promoción de derechos y plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad (2006-2015), entre sus líneas de acción clave, alude a la necesidad de conseguir un “entorno construido accesible y sin obstáculos que favorecerá la igualdad de oportunidades, la autonomía, la participación en la sociedad y el acceso al empleo”<sup>110</sup>.

En el marco del Derecho interno, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) indica, en su art. 15.1 d), que el empleador “deberá adaptar el trabajo a la persona”; el Plan de Empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI “propone poner en marcha un Plan de Accesibilidad al Medio de Trabajo”; como una medida más concreta, el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores minusválidos, incluye la posibilidad de las empresas de solicitar subvenciones “con cargo al servicio público de empleo estatal” para “eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los minusválidos”<sup>111</sup>. En fin, el art. 37 bis de la LISMI (tras la redacción proporcionada al mismo por la Ley 62/2003) establece la obligación empresarial “de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad a la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa”. No basta, por tanto, con hacer accesible la organización productiva o adaptar el puesto de trabajo, sino que el deber legal abarca ambos extremos, con

<sup>110</sup> Recomendación adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros. [www.mtas.es](http://www.mtas.es)

<sup>111</sup> J. M. MORALES ORTEGA, “Los destinatarios de la política de empleo”, en AA.VV (M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y F.J. CALVO GALLEGU, Dirs.), *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, p. 307.

la única excepción de que ello suponga una onerosidad excesiva para la actividad empresarial, que en todo caso debe ser probada.

Dentro de esta línea de actuación, no cabe soslayar la importancia de la previsión incorporada en el art. 101 de la LCSP, pues contribuye a suprimir cuantos obstáculos urbanísticos y arquitectónicos, en la movilidad y en la comunicación, impidan que las personas minusválidas puedan desarrollar una vida activa y participativa en la comunidad, si bien cabe cuestionar, no obstante, la incorporación de la expresión “en la medida de lo posible”, pues los criterios de accesibilidad han de tenerse en cuenta, en todo caso, como regla general. Lo que sí aclara el art. 101 de la LCSP es que en el supuesto de no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia por el órgano de contratación<sup>112</sup>, lo cual no deja de suponer ciertas garantías para el colectivo aquí analizado.

### C) Reserva de participación para centros especiales de empleo

La disposición adicional séptima de la LCSP recoge la posibilidad de reconocer una “reserva de participación en procesos de licitación para centros especiales de empleo o bien una reserva de ejecución de contratos en programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales”. Supone otra de las novedades tendentes a mejorar las bajas tasas de empleabilidad de los minusválidos con el solo requisito de que en el anuncio de licitación se haga referencia a esta reserva.

Adolecer de una capacidad de trabajo notoriamente disminuida que imposibilite al minusválido prestar una ocupación en una empresa ordinaria, se constituye en el requisito de base para acceder a centros especiales de empleo, definidos como aquéllos cuya plantilla está constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso de producción, y “cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado y teniendo como finalidad la de asegurar un empleo remunerado y una prestación de servicios de ajuste personal y social; a la vez que un medio de integración de la más elevada cota posible de discapacitados al régimen del trabajo normal” (art. 42.1 LISMI)<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> CES: *Dictamen 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2006, p. 17.

<sup>113</sup> E. GARRIDO PÉREZ, “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *TL*, núm. 51, 1999, p. 64.

Precisamente en atención a la función social que cumplen esos centros, ya sean públicos o privados (con o sin ánimo de lucro), el legislador ha venido primando la creación y viabilidad de los mismos a través de una serie de ayudas y subvenciones económicas, a la par que incentivando la creación directa y el mantenimiento de los puestos de trabajo especiales para minusválidos. En concreto, la primera norma donde se encuentra el apoyo a la creación de centros de empleo protegido, esto es, de acogida, en fomento del empleo, de trabajadores minusválidos, es la Orden de 7 de noviembre de 1968, la cual concedía una serie de ayudas que consistían: por un lado, en subvenciones y préstamos para la creación y mantenimiento del propio centro (ampliación de locales, mejora de las instalaciones, adquisiciones de material...), y por otro, en auxilios destinados a sufragar los gastos derivados del alojamiento y/o manutención de los discapacitados. Con posterioridad, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre trabajadores minusválidos, dedica una serie de disposiciones destinadas a fomentar la ocupación de este colectivo, incidiendo en el interés público por potenciar la creación de centros de empleo protegido, su ampliación o mejora de los existentes, diseñando una bonificación en la cuota empresarial por los trabajadores minusválidos que prestan servicios en los mismos<sup>114</sup>.

Finalmente, toda esta línea de promoción de centros de empleo protegidos fue reforzada por la LISMI al apuntar cómo las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias y a través del estudio de necesidades sectoriales, habrían de fomentar la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo, sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades, a la vez que deberían promocionar la dotación de puestos especiales para minusválidos mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales objetivos (art. 45.2). Pero es básicamente en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, regulador de los centros especiales de empleo, donde se indica cómo entre las diversas fuentes de financiación de estos centros, se encuentran, por un lado, las ayudas que para su creación puedan establecer los programas de fomento del empleo y, por otro, los auxilios de mantenimiento a los que pueden acceder como consecuencia de los programas de apoyo al empleo establecidos por las Administraciones públicas, los cuales consisten en subvenciones por plaza ocupada por minusválido, bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social y subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y para la eliminación de barreras arquitectónicas. Ayudas todas estas que son precisamente las que se han venido recogiendo en las

<sup>114</sup> P. TUSET DEL PINO, "El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Gestión y financiación", en AA.VV (M.J. ROMERO RODENAS, Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pp. 155 y ss.

sucesivas convocatorias anuales de subvenciones públicas y programas de fomento desde 1984 hasta el momento presente<sup>115</sup>.

Los centros especiales de empleo no solamente se asimilan a la empresa ordinaria estructurándose sobre una actividad productiva y una participación regular en las operaciones de mercado (art. 42 LISMI), sino que se benefician también del reconocimiento y la ayuda de las instituciones públicas mediante su inscripción en un registro especial y el acceso a bonificaciones y subvenciones destinadas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo con el fin último de poder cumplir con la función social que tienen encomendada (art. 43 LISMI)<sup>116</sup>. Dentro de esta línea de tutela pública tendente a favorecer la inserción de trabajadores discapacitados en el mercado ordinario a través de los centros especiales de empleo destinados facilitarles una ocupación y unos servicios de ajuste personal y social capaz de permitir que tales trabajadores se encuentren en mejores condiciones que las iniciales de partida para poder acceder a las empresas ordinarias<sup>117</sup>, no puede extrañar que la disposición adicional séptima de la LCSP siga la estela de la Directiva 2004/18, en el sentido siguiente: a los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y de contribuir a la inserción en la sociedad de los grupos más desfavorecidos, esta Directiva, en su precepto número 19, establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan reservar, sin especificar cuantitativamente esa reserva, la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre que la mayoría –es de suponer que a partir de la mitad más uno– de los trabajadores afectados, sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales<sup>118</sup>. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado también, reiterando el tenor de la norma comunitaria, que “los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias,

<sup>115</sup> E. GARRIDO PÉREZ, “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *TL*, núm. 51, 1999, pp. 65-66.

<sup>116</sup> P. TUSET DEL PINO, *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000, p. 147.

<sup>117</sup> E. GARRIDO PÉREZ, “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, en AA.VV (M.J. ROMERO RODENAS, Coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, p. 56.

<sup>118</sup> J.M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, p. 235.

no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”<sup>119</sup>. Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido admitiendo, igualmente y sin óbice alguno, la posibilidad de reservar determinados contratos a cooperativas y otras empresas de economía social<sup>120</sup>.

Cabe deducir, pues, con toda claridad que la prestación de servicios a favor de un centro especial de empleo tiene la consideración de auténtico trabajo protegido merecedor de la reserva recogida en la disposición adicional 7ª de la LCSP. No se alcanza a comprender, sin embargo, la ausencia de todo tipo de referencia a los centros ocupacionales en esta misma disposición, no en vano éstos ofrecen a las personas minusválidas, cuya capacidad queda por debajo de los límites que permiten su integración dentro de la fórmula productiva del centro especial de empleo, el desarrollo de una ocupación o actividad frontera entre el trabajo y los tratamientos de rehabilitación a través de la ocupación y la prestación de actividad; en tales centros se realizan trabajos no estrictamente productivos, cuya finalidad esencial es potenciar y desarrollar las capacidades sociales y profesionales del discapacitado, con el fin último de conseguir su adaptación psicológica, médica, social y profesional, procurando colocar a la persona discapacitada en aquellas tareas más adaptadas a su situación personal (Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre)<sup>121</sup>. La única explicación posible a la ausencia de todo tipo de mención a estos centros ocupacionales en la disposición adicional 7ª de la LCSP puede encontrarse en el hecho de que la actividad llevada a cabo en los mismos no es estrictamente laboral, sino formativa y de terapia, de modo que los centros ocupacionales no tienen naturaleza empresarial sino de servicio social (art. 6 LISMI). Tal justificación quiebra, no obstante, si se tiene en cuenta la siguiente argumentación:

Cierto es que mientras los centros especiales de empleo se configuran como auténticas estructuras empresariales en las que los minusválidos prestan un trabajo productivo y remunerado, con vistas no sólo a su mayor capacitación social y profesional, sino también a un posible acceso al régimen de trabajo ordinario, los centros ocupacionales desarrollan, empero, un servicio social, permitiendo que los minusválidos realicen una serie de actividades o labores no productivas (terapia ocupacional) a la vez que reciben unos tratamientos de ajuste personal y social capaces de procurar a su favor una mayor habilitación personal y una mejor adaptación a la realidad social. A diferencia, pues, de los primeros, estos últimos vienen caracterizados por su finalidad esencialmente terapéutica, desarrollando programas orientados a la conservación de las facultades de los minusválidos, a su autonomía y a su satisfacción personal y social, lo que acoge

<sup>119</sup> STJCE 1997/129, de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare-Lombardía.

<sup>120</sup> STS, Cont-Admtivo, 3 julio 1991 (RJ 1991, 6548).

<sup>121</sup> J.M. SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y J.M. SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*, Valencia, 2000, p. 169.

igualmente su preparación para prestar en el futuro una actividad laboral o productiva<sup>122</sup>. La distinta configuración de unos y otros centros se hace, pues, partiendo del grado de discapacidad que tuviera el minusválido y, dependiendo de la misma, posibilitándose que éste pueda realizar bien una actividad laboral productiva (en un centro especial de empleo) o bien no productiva (en un centro ocupacional)<sup>123</sup>.

Si embargo, no puede dejar de advertirse el peligro de que en los centros ocupacionales se puedan estar realizando por parte de trabajadores minusválidos una serie de servicios o tareas que encubren en esencia una auténtica relación laboral. La falta de contornos claros dentro de lo que debe ser una ocupación de naturaleza jurídico-laboral y otra de índole terapéutica, y lo más preocupante, la carencia de precisiones normativas al respecto y de un control y seguimiento público de las actividades desarrolladas por los centros ocupacionales (al menos en atención al correcto destino de las subvenciones y ayudas otorgadas), facilita en esencia posibles desviaciones funcionales de una medida de formación ocupacional básica y de servicio social como es la que se trasluce tras un centro ocupacional hacia una auténtica prestación de servicios profesionales retribuidos y por cuenta ajena<sup>124</sup>. Por tales razones, procede apostar porque una futura reforma legislativa incluya también a los centros ocupacionales dentro de la reserva aquí analizada, no en vano la finalidad de la disposición adicional 7ª de la LCSP no es otra que la tantas veces mencionada: el incremento de las escasas tasas de ocupación de los discapacitados.

#### D) La denominada “cláusula de progreso”

La necesidad de que las prestaciones correspondientes a los servicios públicos se vayan adaptando a los avances científicos y técnicos y, en general, al progreso evolutivo socioeconómico, cobra pleno sentido en el 230.4 de la LCSP, el cual establece “la obligación del concesionario de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”. La sola lectura de este precepto manifiesta la clara voluntad de la Administración o, mejor, del propio ordenamiento, de impedir la inaplicación del progreso científico y técnico a las actividades que ya se están realizando conforme a autorizaciones administrativas otorgadas

<sup>122</sup> E. GARRIDO PÉREZ, *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, p. 47.

<sup>123</sup> M.T. IGARTUA MIRO, *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003, p. 130.

<sup>124</sup> E. GARRIDO PÉREZ, *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., p. 49.

con anterioridad<sup>125</sup>. El Derecho impone, pues, al adjudicatario la continua adecuación de los procesos autorizados a los avances de la ciencia y la tecnología, conceptos jurídicos indeterminados para cuya concreción están llamadas a jugar un papel importante las normas técnicas que progresivamente han sido alumbradas por la ciencia y recogidas tanto en disposiciones precisas como en prescripciones normativas más abiertas<sup>126</sup>. Se trata de deparar, con ello, unos mayores niveles de protección medioambiental o, por lo que aquí interesa, de beneficios a los destinatarios finales de los servicios prestados en régimen de concesión, singularmente a aquéllos afectados por algún tipo de deficiencia en su capacidad.

Procede parar un momento la atención para dilucidar quién debe asumir los costes que indudablemente está llamada a generar la aplicación de esta cláusula de progreso. Se trata de un tema de indudable importancia debido a los dilatados plazos con que suelen operar los contratos de concesión de obra pública, de manera que durante su vigencia, no es que sean probables, sino que son seguras las innovaciones científicas y técnicas cuya aplicación a aquéllos puede mejorar el cumplimiento del contrato y, con ello, el nivel de satisfacción de los destinatarios de las prestaciones inherentes a la explotación de la obra pública por el concesionario, singularmente las personas discapacitadas. Siendo esto así, necesariamente surge la duda acerca de quién debe soportar los costes que genera el cumplimiento del contrato conforme a unas exigencias, impuestas por el progreso, diferentes de aquéllas bajo las que se pactó la concesión.

Pues bien, el interrogante planteado, lejos de simplificaciones que supongan cargar a alguna de las dos partes del contrato, es decir, al contratista o a la Administración, en función de que se considere que los “costes del progreso” constituyen uno más de los de explotación, en cuyo caso habrían de ser soportados por el contratista<sup>127</sup>, o bien, por el contrario, se tengan en todo caso por costes no previstos en el vínculo contractual que, por ello, suponen una ruptura del equilibrio financiero, ajena a contratista cuya recompensa corresponde a la Administración<sup>128</sup>, la respuesta debe ser matizada atendiendo al contenido material de lo impuesto por las propias normas que dan acogida a los avances científicos y técnicos y la dinámica

<sup>125</sup> J.L. MEILAN GIL, *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968, pp. 29 y ss.

<sup>126</sup> T. QUINTANA LÓPEZ, “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *REDA*, núm. 131, 2006, pp. 421 y ss.

<sup>127</sup> P. MARTÍN HUERTA, P.: “Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato (arts. 245 a 248)”, en AA.VV (A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Dir.), *Comentario a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, pp. 245 y ss.

<sup>128</sup> J. TORNOS MAS, “Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración”, en AA.VV (R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, p. 1245.

del propio contrato<sup>129</sup>. Si en el contrato de concesión de obra pública, el contratista ha de cumplir sus obligaciones a su riesgo y ventura y, entre ellas, debe “mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios” (art. 230.4 LCSP), la obligación que pesa sobre él, derivada de la cláusula de progreso que contiene, se halla delimitada por la noción de mantenimiento de la obra pública; con ese límite, podría pensarse que los costes que genere su cumplimiento deben correr por cuenta del concesionario a lo largo del período de vigencia del contrato. Los mayores o menores avances científicos y técnicos que se produzcan y sean plasmados en normas jurídicas, así como los costes que puedan generar, siempre dentro de los límites del mantenimiento de la obra pública, formarían parte del *aleas* que, como empresario, el concesionario debe soportar. Habría que concluir, por tanto, que más allá de lo que fueran costes de mantenimiento, tampoco ajenos a la materialización de exigencias derivadas de la cláusula de progreso, deberían serle compensados de una u otra forma al concesionario, no en vano esos costes pueden romper el equilibrio financiero alcanzado entre las partes<sup>130</sup>.

#### E) El diseño para todos

En fin –y como cláusula de cierre–, la disposición adicional 21ª de la LCSP establece, como garantía indiscutible de accesibilidad para los discapacitados, la necesidad de que, en el ámbito de la contratación pública, se proceda a la determinación de los medios de comunicación admisibles, al diseño de los elementos instrumentales y a la implantación de los trámites procedimentales, sin perder de vista en ningún caso los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos en los términos definidos en la Ley 51/2003<sup>131</sup>.

Una sociedad que aboga por la inclusión y el respeto a los derechos humanos, debe ser aquella que asume las necesidades de todas las personas de forma igualitaria, pergeñando sus actuaciones en función de su diversidad y no de una “normalidad” establecida por la persona media. El diseño para todos, que es la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la ma-

<sup>129</sup> J.M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, p. 762.

<sup>130</sup> T. QUINTANA LÓPEZ, “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *REDA*, núm. 131, 2006, p. 436.

<sup>131</sup> AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos Públicos 2008-2009*, Madrid, 2007, p. 986.

por extensión posible, aparece como una vía adecuada para garantizar la igualdad de oportunidades y su participación activa en la sociedad, que la LCSP no ha podido olvidar.

El diseño para todos significa, pues, superar el estigma de la diferencia con que tradicionalmente se ha tratado a las personas con discapacidad y asumir que sus condicionantes en relación con el entorno están en igual plano que otros más comunes y compartidos, tales como la edad, la actividad que se realiza o la limitación temporal de alguna función; supone asumir que la dimensión humana no está definida por unas capacidades, medidas o prestaciones, sino que debe contemplarse de manera más global, de modo que la diversidad sea la norma y no la excepción<sup>132</sup>.

## VII. SU ACOMODO A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El contenido del párrafo primero de la disposición adicional 6ª de la LCSP (al igual que su precedente –la disposición adicional octava LCAP–), pese a su loable finalidad de contribuir al fomento del empleo de las personas que más dificultades presentan a la hora de acceder al mercado de trabajo (singularmente de los discapacitados), no ha dejado de plantear cuestiones que han sido y seguirán siendo controvertidas en el ámbito de la contratación administrativa. El núcleo del problema radica en la necesidad de hacer compatibles “los principios de igualdad y competencia en la licitación y adjudicación, que presiden la legislación contractual pública, con la utilización de las decisiones de los órganos de contratación como vehículo de las políticas de fomento y de acción y protección social”<sup>133</sup>, manifestadas, en este caso, en una preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de los sujetos anteriormente analizados.

Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que se han llevado a cabo, desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las Directivas Comunitarias. La nueva LCSP también ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia el impulso primordial –a parte de la introducción de oportunas mejoras al régimen jurídico precedente–, para su elaboración.

<sup>132</sup> I Plan nacional de accesibilidad 2004-2012. [www.mtas.es](http://www.mtas.es).

<sup>133</sup> AA.VV (A. RUIZ OJEDA, Dir.), *Derecho de la Contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, p. 1216.

Las Directivas 92/50, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.

Desde tal perspectiva, no hay que olvidar que la integración de aspectos sociales en los contratos públicos deriva directamente de la proclamación de España como Estado social y democrático de Derecho en el art. 1.1. CE, lo cual queda concretado en el art. 40 del propio texto constitucional, que prescribe 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 actividad orientada al pleno empleo”. Este principio se reproduce para la Comunidad Europea en el art. 2 del Tratado de la Unión, el cual establece entre sus fines la promoción de “un alto nivel de empleo y de protección social”<sup>134</sup>.

La apertura a la concurrencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a éstas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal y como expresamente ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al afirmar que los Estados miembros tienen la libertad de dictar –o conservar–normas materiales o procedimentales sobre contratos públicos, siempre y cuando sean respetadas las normas comunitarias y, muy especialmente, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (art. 3)<sup>135</sup>. Por ello, se impone la obligación de fijar las condiciones técnicas de los vínculos contractuales públicos, de tal suerte que no constituyan un obstáculo para las empresas eventualmente licitadoras, en aplicación de unos criterios previos de contratación que no comporten en modo alguno discriminación.

La propia denominación de las tres Comunidades Europeas (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Europea de la Energía Atómica y Comunidad Económica Europea), a partir de las cuales tuvo lugar el proceso de integración europeo, expresa con claridad el “carácter

<sup>134</sup> A. BLAZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, p. 49.

<sup>135</sup> SSTJCE de 9 de julio de 1987, de 26 abril de 1988 y de 5 diciembre de 1989.

predominantemente económico” presente en los objetivos básicos de sus Tratados fundacionales y las escasas e imprecisas competencias de la originaria Comunidad Económica Europea en el “ámbito social”<sup>136</sup>. Así, “Durante décadas se ha achacado a la Comunidad (Económica) Europea que había procedido a la construcción de una unión aduanera, monetaria y mercantil (la Europa de los mercaderes), al tiempo que postergaba los aspectos relacionados con el bienestar y los problemas de las personas (la Europa de los ciudadanos, la Europa social)”<sup>137</sup>.

El Derecho Social era, en aquel proyecto originario, únicamente competencia de los Estados miembros y por éstos ejercida en el ámbito comunitario a través de procedimientos de colaboración y cooperación promovidos por la propia Comisión<sup>138</sup>. No puede extrañar, por tanto, que al tratar de calificar estos primeros momentos de la política social comunitaria se aluda a expresiones tales<sup>139</sup> como “páginas en blanco”, “concepciones minimalistas”, la “Cenicienta de las políticas comunitarias”<sup>140</sup>, la “frigidez social de los fundadores de la Comunidad”<sup>141</sup>, la “timidez de las cláusulas sociales del Tratado de Roma”<sup>142</sup> o, incluso, la “atonía mostrada por las Comunidades en materia social”<sup>143</sup>.

Ahora bien, es a finales de los años setenta cuando, en el “Informe RICHONNIER-MOREAU”, presentado al Parlamento Europeo, aparece por primera vez la denominación de “espacio social europeo”, para afirmar que las Comunidades lo habían olvidado casi por completo tanto económica (representaba únicamente el 0,05 por 100 del PIB comunitario), como normativamente (reducido a una quincena de actos normativos y a una

<sup>136</sup> A. GUGGENBÜHL y S. LECLERC, *Droit Social Européen des travailleurs salariés indépendants*, Bruselas, 1995, pp. 3 y ss. Aunque los objetivos sociales no eran totalmente ajenos a los Tratados constitutivos, sus disposiciones relativas a la política social tenían como único objetivo impedir las distorsiones de la competencia que pudieran producirse en el caso de que los Estados miembros conservaran regímenes sociales distintos. AA.VV. (M. GARCÍA FERNÁNDEZ, Dir.), *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 1999, p. 115.

<sup>137</sup> A.V. SEMPERE NAVARRO, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho Social Europeo”, *AS*, 1998, T. V, p. 28.

<sup>138</sup> M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 24ª edición, Madrid, 2006, p. 680.

<sup>139</sup> Expresiones acuñadas por J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “Proyecto docente”, T. I, León, 2000, pp. 376 y ss. (ejemplar multicopiado).

<sup>140</sup> S. DEL REY GUANTER, “Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria”, *RL*, 1987, T. II, p. 1215.

<sup>141</sup> G.F. MANCINI, “Diritto del Lavoro e Diritto Comunitario”, *GDLRI*, núm. 27, 1985, p. 1180.

<sup>142</sup> G. LYON-CAEN y A. LYON-CAEN, *Droit Social International et Européen*, París, 1992, p. 23.

<sup>143</sup> J.M. GALIANA MORENO, “Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, *REDT*, núm. 88, 1998, p. 189.

treintena de estructuras de concertación)<sup>144</sup>. Se produce, así, una mutación radical en los fines a cumplir por el ordenamiento Comunitario, “relegando lo económico para describir un mismo fenómeno: la imperiosa necesidad de abordar, con mayor o menor motivación de progresión en lo social, las cuestiones nucleares del mundo del trabajo”<sup>145</sup>. La cohesión social, junto con el progreso económico, conforman el núcleo del proceso de integración europea y los pilares complementarios del desarrollo sostenible; la Agenda de Política Social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000, persigue el logro de una interacción positiva entre las medidas económicas, de empleo y sociales.

Como es lógico, la pugna por la consecución de estos objetivos se ha de plasmar también en la contratación administrativa<sup>146</sup>. La política de contratación pública no sólo está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica sino también al logro de metas sociales. En el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada<sup>147</sup>. Como con acierto se ha dicho, la política de la contratación pública debe compaginarse, pues, “con la consecución de otros objetivos, entre ellos los de la política social”<sup>148</sup>. Es decir, su principal finalidad debe ser la institucionalización de un modelo de competencia funcional, eficaz y efectiva, el cual debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera<sup>149</sup>.

Es más, el propio Libro Verde de la contratación pública considera que uno de los objetivos del mercado interior y, por tanto, de la contratación pública es, precisamente, la creación de empleo<sup>150</sup>, razón por la cual para determinar la adjudicación de un contrato público a una determinada empresa se pueden manejar criterios que integren aspectos sociales como pudiera ser la minoración de las tasas de desocupación, sobre todo de

<sup>144</sup> AA.VV (M. GARCÍA FERNÁNDEZ, Dir.), *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., p. 115.

<sup>145</sup> O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, «Du Traité de Rome au Traité de Maastricht: la longue marche de l'Europe sociale», *DS*, núm. 2, 1993, p. 195.

<sup>146</sup> J.A. BLAZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, p. 39.

<sup>147</sup> G. BOSCO, *Il mercato interno della Comunità Economica Europea*, Milán, 1990, p. 3.

<sup>148</sup> Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. COM (2001), 566 final, 15 de octubre de 2001, p. 4.

<sup>149</sup> J.M. GIMENO FELIU, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar los aspectos sociales y medioambientales”, en AA.VV (J.M. GIMENO FELIU, Coord.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, 2004, p. 67.

<sup>150</sup> COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996, p. 2.

quienes más dificultades presentan<sup>151</sup>. Como con acierto ha precisado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, “la posibilidad de que los órganos contratantes utilicen como criterio una condición relacionada con la mejora o el incremento del empleo u otros aspectos de contenido social es plenamente admisible, 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 prestación de servicios, y, cómo no, el principio de transparencia en la licitación”<sup>152</sup>. Cabe recordar, además, que el segundo considerando de la Exposición de motivos de la Directiva 2004/18 únicamente señala que “la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el de transparencia”<sup>153</sup>.

Realmente, lo que el órgano judicial postula (y la Directiva refrenda) es la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de aquellas cláusulas o condiciones sociales que no operen como requisitos de admisión y/o exclusión de ciertas empresas en los procedimientos de contratación ni como criterios adjudicadores del contrato, pues nunca podrán suponer vulneración alguna de los citados principios comunitarios de igualdad y publicidad. Admite, pues, una condición exigible al adjudicatario y no al licitador, esto es, una condición de ejecución del contrato o –por lo que aquí interesa– un mero parámetro de desempate entre ofertas equivalentes a la hora de proceder a la encomienda del vínculo administrativo a favor de una determinada empresa<sup>154</sup>, capaz de contribuir al fomento del empleo de aquellos colectivos más necesitados.

Tal pronunciamiento judicial provocó, además, una retirada de la objeción a la utilización de criterios de desempate de contenido social por parte de la Comisión Europea, que procedió a corregir, así, el Dictamen

<sup>151</sup> Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001.

<sup>152</sup> STJCE 26 de septiembre de 2000. En la doctrina, J.A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos Derecho Comunitario y Derecho español*, Madrid, 1996, p. 63 ó E. MELERO ALONSO, “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, pp. 3 y ss.

<sup>153</sup> J.M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, p. 19.

<sup>154</sup> H. GONSALBEZ PEQUEÑO, “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas”, *JA*, núm. 20, 2003, p. 60.

motivado de 21 de diciembre de 2001, a través de otro de fecha de 8 de febrero de 2002, en virtud del cual no cabe alegar ya ningún obstáculo al establecimiento de pautas sociales para deshacer el empate entre propuestas equivalentes, “siempre que la evaluación de las ofertas se efectúe desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos las normas de transparencia y el principio de no discriminación”. Criterio del que participan las más importantes instancias españolas, léase tanto el Consejo de Estado<sup>155</sup>, como el Consejo Económico y Social<sup>156</sup>, al entender que la adjudicación del contrato “no debe limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que ha de venir integrada en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos..., pudiendo utilizar criterios adicionales una vez que las ofertas han sido valoradas y comparadas desde del punto de vista de los criterios de adjudicación y nos encontramos con ofertas equivalentes”<sup>157</sup>.

No se trata, por tanto, de un requisito de aptitud cuyo incumplimiento inclina la exclusión de la licitación ni tampoco de un “criterio de adjudicación” determinante de la atribución del contrato, sino tan sólo de un mero “criterio de preferencia en la misma”<sup>158</sup>, en virtud del cual en los casos de equivalencia o igualdad de ofertas, el contrato debe adjudicarse a un licitador concreto que reúne unas características subjetivas específicas<sup>159</sup>, capaces de redundar en la mejora de los índices de empleabilidad de los sujetos más desfavorecidos. Su fundamento es, pues, la prioridad entre proposiciones parejas desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación<sup>160</sup>. En definitiva, ninguna tacha cabe efectuar a la disposición adicional aquí analizada, pues la preferencia que establece no es un criterio de adjudicación en sentido estricto, sino que representa un parámetro de definición para hacer una propuesta de adjudicación, en el supuesto de que, después de aplicar los criterios objetivos pertinentes, se produzca una igualdad de méritos entre diversas ofertas<sup>161</sup>, circunstancia de la cual no cabe deducir un falseamiento de la competencia ni otro tipo de distorsión perniciosa en el mercado empresarial.

<sup>155</sup> Dictamen 4468/1998, de 22 de diciembre.

<sup>156</sup> Dictamen 5/1998, de 27 de mayo.

<sup>157</sup> En este sentido, Informe 4/2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, e Informe 4/2002, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.

<sup>158</sup> Informes 44/98, de 16 de diciembre y 11/99, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; Recomendación 1/01, de 5 de abril e Informe 4/01, de 23 de noviembre, de la Junta Consultiva de Cataluña; e Informe 4/02, de 27 de junio, de la Junta Consultiva de las Islas Baleares.

<sup>159</sup> SSTJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto *Beentjes*) y de 26 de septiembre de 2000 (asunto *Nord-pas-de-Calais*).

<sup>160</sup> F. PLEITE GUADAMILLAS, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 56, 2006, p. 6.

<sup>161</sup> Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 1/2002, de 5 de abril.

## VIII. CONCLUSIÓN

La preocupación del sistema de contratación pública por promocionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios privados, en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de un interés general tan importante como es el del fomento de la ocupación de los colectivos más desfavorecidos no puede ser minusvalorada. Sin perder de vista cómo la promoción y estabilidad en el empleo, sobre todo de los sujetos más vulnerables, es un claro propósito que, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, se ha venido incorporando tradicionalmente al ordenamiento positivo y de forma exclusiva a través de incentivos directos a su reclutamiento (a modo de subvenciones, bonificaciones y exenciones fiscales o de Seguridad Social), lo cierto es que una de las novedades más importantes que la LCSP incorpora a su articulado es precisamente la dotación de mecanismos que permiten introducir en el sistema de contratación pública consideraciones de tipo social destinadas a conseguir una adecuación de la oferta y demanda de ocupaciones en un mercado cada vez más fragmentado. Ahora, no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos, sino que, sin quebrar esta premisa de partida, la disposición adicional 6ª de esta nueva Ley tiene en cuenta también el carácter transversal *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos a la vista de las características de los sujetos de los que se predica una preferencia en la adjudicación, todo ello con el fin de elevar las bajas tasas de empleabilidad de las denominadas “capas más débiles”, singularmente las personas con discapacidad.

Ahora bien, pese a este importante avance en aras de la tan ansiada justicia social, lo cierto es que la incidencia de los criterios de desempate a la hora de proceder a la atribución de un determinado vínculo contractual administrativo, previstos en los pliegos de cláusulas particulares, va a quedar bastante relegada en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, no en vano en una valoración en la que se incluyen décimas o centésimas de puntos resulta difícil un equilibrio técnico entre distintas propuestas que justifique la inclinación de la balanza a favor de aquella oferta que más contribuya a elevar los índices de ocupación de los colectivos más desfavorecidos.

No parece oportuno, en consecuencia, magnificar los efectos beneficiosos de la nueva disposición adicional 6ª de la LCSP, pues ello supondría atribuir la postulación de bondades que la práctica se puede encargar de contradecir con mayor o menor contundencia, pero tampoco cabe menospreciar su bondad, no en vano adopta como punto de partida la premisa siguiente: corresponde a la acción pública, significativamente a través del señuelo de la contratación, la función instrumental de fomentar y estimular, de facilitar y favorecer, la inserción y reinserción en el mercado de trabajo

de quienes más dificultades presentan (los discapacitados). Procede seguir avanzando por esta senda. La entidad de los bienes en juego demuestra que aún queda mucho por hacer.

#### RESUMEN

La preocupación del sistema de contratación pública por promover la actividad de los empresarios privados en una determinada dirección, con el objetivo de contribuir a la satisfacción de fines de interés general, cobra pleno sentido en relación con el fomento del empleo de los colectivos que más dificultades presentan a la hora de acceder a una ocupación por cuenta ajena, tal y como sucede con las personas con discapacidad. Bajo tal premisa, no cabe duda de que una de las novedades más importantes que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, incorpora a su articulado es precisamente la dotación de mecanismos que permiten introducir en el sistema de licitación administrativa consideraciones de tipo social destinadas a conseguir una adecuación de la oferta y demanda de ocupaciones en un mercado cada vez más fragmentado, en el cual los discapacitados sufren importantes tasas de desempleo.

**Palabras clave:** *Contratos públicos – Fomento del empleo – Personas con discapacidad*

#### ABSTRACT

The concern of the Public Contracting System in order to promote the activity of private employers in a certain direction, with the aim of satisfying general interest, achieves full meaning in relation to job creation in enabling the most disadvantaged citizens, e.g. disabled people, to have access to employment. With this premise, one of the most important innovations in the Law on Public Sector Contracts (Law 30/2007, 30 October) incorporates in its text some mechanisms to introduce social considerations in the competitive bidding system, aimed at achieving an adaptation between supply and demand in the increasingly fragmented labour market, in which the disabled suffer high levels of unemployment.

**Key words:** *Disabled people – Job creation – Public contracts.*

