



COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

MANUAL DE
BUENAS PRÁCTICAS
DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA SOCIALMENTE
RESPONSABLE
EN RELACIÓN CON
LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD,
QUE PUEDA SERVIR DE
GUÍA PRÁCTICA A TODOS
LOS ÓRGANOS DE
CONTRATACIÓN
DE LAS DIFERENTES
ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS

www.cermi.es

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.	4
II.	LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.	7
III.	VENTAJAS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES.	8
III.1.	Beneficios para las personas con discapacidad.	9
III.2.	Beneficios para las Administraciones Públicas.	9
III.3.	Beneficios para las empresas y entidades privadas.	10
III.4.	Beneficio comunitario para la sociedad.	11
IV.	BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA REGULADORA GENERAL.	12
V.	ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS SOCIALES.	18
VI.	MENCIÓN PARTICULAR A CADA UNA DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES CONTEMPLADAS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (LCSP) Y PROPUESTAS PARA SU APLICACIÓN CONCRETA POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.	20
VI.1.	Medidas contenidas en la LCSP de aplicación imperativa para todos los órganos de contratación.	20
VI.1.1.	Criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos.	20
VI.1.2.	Prohibiciones de contratar con el sector público.	22
VI.2.	Medidas contenidas en la LCSP cuya adopción se deja a la elección de cada uno de los órganos de contratación.	23

VI.2.1.	Condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato.	24
VI.2.2.	Criterios de adjudicación de los contratos.	30
VI.2.3.	Criterio de desempate.	38
VI.2.4.	Reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo.	40
VII.	MENCIÓN PARTICULAR A CADA UNA DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES CONTEMPLADAS EN LA LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN SECTORES ESPECIALES (AGUA, ENERGÍA, TRANSPORTES Y SERVICIOS POSTALES) -LPCSE- Y PROPUESTAS PARA SU APLICACIÓN CONCRETA POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.	47
VIII.	MENCIÓN ESPECIAL A OTRA MEDIDA CUYA APLICACIÓN SE PROPONE, PLENAMENTE FACTIBLE Y COMPATIBLE CON LA LCSP Y CON LA LPCSE, RELATIVA A LA ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD O DE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS DE CARÁCTER EXCEPCIONAL.	51
IX.	ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES.	55

I.- INTRODUCCIÓN.

El de las personas con discapacidad es uno de los grupos sociales cuya protección viene especialmente garantizada por la propia Constitución Española en su artículo 49, incardinado entre los principios rectores de la política social y económica y dentro del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y deberes fundamentales. En dicho precepto se impone a los poderes públicos la realización de una decidida política de inclusión de este grupo.

No cabe duda de que en nuestra época el empleo se ha convertido en uno de los factores más eficaces en la lucha contra la exclusión social, debido a que no sólo es una fuente de ingresos, sino también el origen de toda una red de relaciones sociales que facilitan la inclusión. Ahora bien, esta indiscutible realidad tropieza con las imponentes barreras que suponen en muchos casos tanto la inexistencia de empleo como en otras ocasiones la falta de calidad de parte del empleo existente, en especial de aquél al que pueden tener acceso estas personas en particular.

Por citar un dato objetivo, la tasa de empleo de las personas con discapacidad ronda el 30% mientras que las correspondientes cifras de la población general son bastante superiores, en torno al 58%. Es verdad que la situación de estas personas con discapacidad en el mercado de trabajo ha venido mejorando en los últimos años ya que tanto la participación laboral como el empleo han crecido, si bien la distancia con respecto a la población general parece no haberse reducido.

En este sentido se viene tratando de fomentar medidas para intentar cubrir las necesidades laborales de los grupos sociales más vulnerables, con menores oportunidades de lograr su incorporación al mercado laboral ordinario.

Para paliar este problema las Administraciones Públicas han venido tradicionalmente desplegando toda una batería de acciones diversas, tales como la aprobación de algunos incentivos para la contratación indefinida de personas con discapacidad, la creación de agencias directas de colocación o intermediación en el mercado de trabajo, la organización de servicios de información y de orientación laboral, la formación prelaboral y laboral específica y adaptada de los trabajadores, la asesoría multidisciplinar para el autoempleo y el apoyo constante a los emprendedores, el impulso a la creación de empresas de inserción con actividad mercantil, la aprobación de intensos programas de empleo social protegido o la exigencia de reserva de ciertos puestos de trabajo determinados para personas en situación de exclusión social, entre algunos otros.

En todo caso, a pesar de las indudables mejoras sociales y económicas que estas acciones han producido, la sociedad en nuestro tiempo continúa sin vencer de modo suficiente las desigualdades, y no sólo respecto a la posible temporalidad o precariedad en ocasiones en el puesto de trabajo, sino asimismo en el complicado acceso al mismo

para ciertas personas como es el caso de las que sufren alguna discapacidad, grupo que cuenta con una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores.

Frente a esa circunstancia, una solución factible, lógica y verdaderamente efectiva, pasa de forma necesaria por impulsar de manera decidida la realización de políticas activas de empleo de los miembros de este sector, proceso para el que es pieza esencial la proliferación de cláusulas sociales en la contratación tanto por parte del sector público como de las empresas privadas.

Debiendo tener en cuenta la innata transversalidad de las políticas de discapacidad, en cuya virtud las actuaciones de las Administraciones Públicas no se limitan ya únicamente a la aprobación de planes, programas y acciones específicas pensados exclusivamente para esas personas, sino que comprenden su implementación en las políticas y líneas de actuación general que se produzcan en cualquier ámbito de actuación pública, en donde se deberían tener en cuenta las necesidades y demandas de tales personas con discapacidad.

Asumiendo este punto de partida, nuestro legislador ha venido aprobando una serie de medidas tendentes a facilitar tan loable fin. Este *iter* normativo, como luego veremos con más detalle, cuenta desde el año 2007 con una nueva norma de rango legal, la Ley 30/2007, de 20 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que ha incrementado la siempre ilusionante posibilidad de que se puedan arbitrar nuevas medidas a favor de las personas con discapacidad en la vida laboral.

De forma paralela a la LCSP también fue dictada la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LPCSE).

Para potenciar la más adecuada aplicación de la LCSP, en fecha 23 de junio de 2009 el Congreso de los Diputados aprobó con el apoyo de todos los grupos parlamentarios una PROPOSICIÓN NO DE LEY en la que se solicita que se impulse una gestión socialmente responsable de las Administraciones Públicas mediante actuaciones que favorezcan la incorporación de cláusulas sociales en los concursos y contratos públicos, al amparo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

A tales efectos, en esa misma Proposición no de Ley se recomienda a los órganos de contratación la adopción de forma decidida de medidas favorables a las personas con discapacidad y, en particular, entre otras, se recomienda el establecimiento de la obligación de dedicar a la ejecución del contrato, siempre que sea posible, un número de trabajadores con discapacidad; la preferencia en la adjudicación de los contratos a las empresas que, en igualdad de las demás condiciones, acrediten mayor porcentaje de personas con discapacidad; o la reserva de la adjudicación de determinados contratos a favor de Centros Especiales de Empleo.

De igual manera, también se propone la elaboración, en colaboración con las organizaciones representativas de la discapacidad, de un Manual de buenas prácticas de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad, que pudiera servir de guía práctica para todos los órganos de contratación de todas las Administraciones Públicas.

Precisamente en ejecución de esta Proposición no de Ley se pretende elaborar y aprobar el presente Manual que ahora nos ocupa.

En este Manual de buenas prácticas de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad vamos a intentar acercarnos al mundo de las denominadas cláusulas sociales de contratación pública, explicando, de modo progresivo y detenido, qué son, para qué sirven, a quién benefician, cómo se articulan en nuestro ordenamiento legal, y cuáles son las medidas concretas y prácticas que en esa dirección entendemos que pueden ser las más apropiadas y efectivas para lograr el objetivo perseguido por las mismas.

Se pretende que el mismo pueda servir de guía práctica para todos los órganos de contratación de las diferentes Administraciones Públicas, de cara a recomendar y promover la utilización de dichas cláusulas sociales por los mismos, en aplicación y uso de las facultades que la legislación vigente les otorga; debiendo recordar en todo caso que la correcta utilización de tales competencias debe responder a los compromisos de los poderes públicos con las personas con discapacidad, contemplados tanto en los artículos 9.2, 10.2, 14 y 49 CE, como en la restante normativa tanto nacional como comunitaria que luego analizaremos.

En su virtud, las presentes medidas y las propuestas que al efecto se harán, se contemplan desde el punto de vista de los propios órganos de contratación, esto es, con una redacción que pudiera ser directamente utilizada por los mismos, y de hecho se recomienda que así se haga, al redactar sus pliegos de cláusulas administrativas particulares.

También se hará referencia a diversas normas autonómicas o a otros ejemplos concretos de pliegos de cláusulas, instrucciones o recomendaciones, donde ya se ha venido haciendo una cierta utilización de algunas de estas cláusulas.

En todo caso, lo que pretende el presente Manual es superar esas utilidades, todas ellas muy loables y positivas, si bien en algunos casos parciales, de cara a que pueda servir, según lo indicado, de guía práctica para todos los órganos de contratación de todas las Administraciones Públicas, con independencia de que haya o no podido ser dictada normativa o recomendaciones sectoriales o territoriales en la materia, en cuanto las competencias de que disponen dichos órganos de contratación a estos efectos, son de directa aplicación por derivar de la LCSP y de la LPCSE.

Debiendo recordar también a estos efectos que los artículos 49.1, 101, 102, 134 y las Disposiciones Adicional 6ª, 7ª y 21ª LCSP, que son los preceptos y disposiciones principales a los que nos referiremos, constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas (Disposición Final séptima LCSP).

De igual forma lo son los artículos 34, 61, 88 y 89 y las Disposiciones Adicionales 3ª y 6ª LPCSE (Disposición Final segunda LPCSE).

Ante todo ello, en ejercicio de estas posibilidades que de manera expresa concede la normativa vigente y aplicable, este Manual tiene el único objetivo de pretender analizar, facilitar y promover, la real y efectiva implementación de estos criterios o cláusulas sociales en el proceso de contratación de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que también deba ser igualmente su finalidad promocionar su cada vez más progresiva aplicación en el ámbito de contratación de las entidades privadas.

II.- LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACION PÚBLICA.

Como sabemos, se entiende generalmente por cláusula, cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado, que establecen derechos y deberes de obligado cumplimiento por las partes que los suscriben.

Por cláusulas sociales en un sentido extenso comprenderíamos el conjunto de medidas que han de adoptar los poderes públicos para la mejor inserción social de las personas en riesgo de exclusión social, propósito para el que es imprescindible su adecuada inserción laboral, en la medida en que el desempeño de una actividad económica remunerada es sin duda la mejor forma que tienen las personas para mejorar su calidad de vida y conquistar mayores cuotas de autonomía en su camino hacia una forma de vida independiente.

Una importante parte de estas cláusulas sociales se da en el ámbito de la contratación pública, siendo éste el caso al que ahora queremos referirnos. Las cláusulas sociales en la contratación pública podrían definirse en una primera visión como las disposiciones normativas que tienen como objeto la inclusión en los procesos de licitación pública, no sólo de requisitos económicos, sino también de aspectos de política social, y, concretamente, de medidas dirigidas a la promoción de empleo para personas que deban ser socialmente protegidas.

Este modo de intervención social otorgaría prioridades a las entidades que cumplan requisitos de inserción laboral para personas con discapacidad. Y una buena utilización

de dichas cláusulas sociales favorecería, sin ningún género de dudas, una contratación pública socialmente responsable, por todos los beneficios que para el conjunto de la sociedad, y para estas personas en particular, se generarían con su correcta aplicación.

Las Administraciones Públicas han jugado, juegan todavía y sin duda jugarán en el futuro, un papel decisivo en este proceso de integración socio-laboral, y ello, entre otros motivos, por tener en sus propios órganos la capacidad reglamentaria y ejecutiva necesaria para poder cumplir y hacer cumplir las medidas que se desarrollen en esta dirección, que por esa razón no quedarán reducidas a meras declaraciones de intenciones y podrán tener una aplicación práctica y efectiva.

Sin que tampoco podamos olvidar el contenido ejemplificante de las medidas que puedan aprobar con ese propósito, que les investirá de la necesaria legitimidad para poder impulsar e incluso exigir, en su caso, la aprobación de políticas de responsabilidad social en el seno de todo tipo de entidades, tanto públicas como privadas.

La fuerza de las Administraciones Públicas a tales efectos queda perfectamente clarificada si tenemos en cuenta que éstas funcionan como demandantes de bienes, productos y servicios ofrecidos en el mercado de la contratación pública, para lo que gestionan importantísimos fondos y presupuestos (no podemos dejar de lado que en nuestro país la contratación pública supone aproximadamente el 11% del PIB).

Tanto la normativa comunitaria como la española han recogido diversos mecanismos que permiten introducir consideraciones de tipo social en la contratación administrativa, determinando que con ésta se permita también el cumplimiento por la Administración de objetivos sociales, ya que el interés público no tiene por qué ser de orden exclusivamente económico, intentando con ello dar satisfacción a otro fin de interés general, esto es, a un fin público adicional al propio del contrato.

A estos efectos es a su vez de obligatoria mención el informe sobre la responsabilidad social de las empresas, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de enero de 2009, que considera que son de especial relevancia las medidas de inclusión de criterios sociales por parte de las Administraciones públicas, dado su doble carácter de consumidores y prestadores de bienes y servicios, por lo que las medidas adoptadas en esos ámbitos no solo tienen una relevancia interna, sino que además producen importantes actuaciones externas.

En todo caso, en la actualidad, las cláusulas sociales en la contratación pública para la inserción socio-laboral de ciertos grupos sociales ofrecen muchísimas ventajas para todos los implicados, y suponen en sí mismas un principio de cumplimiento por los poderes públicos de las obligaciones constitucionales que les incumben así como de las oportunidades que les concede tanto la normativa comunitaria como la española.

III.- VENTAJAS DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES.

Son múltiples los beneficios que pueden derivar de la presencia e incluso proliferación en la contratación administrativa de medidas aprobadas por los poderes públicos destinadas a garantizar, o cuando menos, a favorecer, el acceso de personas con discapacidad al mundo laboral, y, por ende, a la vida social.

Las cláusulas sociales son una herramienta de inserción laboral de esos grupos, que tiene probada eficacia y considerable alcance, produciendo al tiempo una acreditada rentabilidad en distintos planos: productivo, público, individual y comunitario.

Crean abundantes sinergias con otras actuaciones públicas y privadas de inserción laboral, multiplicando sus efectos y mejorando considerablemente su eficiencia coordinada, creando de ese modo una conciencia social, una atmósfera sincera de cooperación y solidaridad social que permita acuerdos beneficiosos, así como unas relaciones laborales más atractivas para todas las partes.

A mayor abundamiento, pero como un aspecto absolutamente esencial, se trataría realmente de un recurso de coste económico cero o de saldo positivo, lo que resulta muy importante ante la actual coyuntura económica, frente a otras medidas de inserción alternativas, siempre necesarias, pero que podrían generar mayores gastos tanto para las Administraciones Públicas como para las empresas privadas.

Su eficaz aplicación y puntual cumplimiento hace que con ellas ganen todas las partes involucradas. Los primeros beneficiados son, lógicamente, las propias personas con discapacidad que resulten empleados en virtud de las mismas, pero, como veremos brevemente a continuación, las cláusulas sociales suponen, además, una amplia y legítima rentabilidad para las Administraciones Públicas, las empresas y entidades privadas o el propio interés general de la sociedad, proyectándose las ventajas de estas medidas sobre todos los aspectos de la vida social, económica, política e incluso cultural de nuestro país.

III.1.- BENEFICIOS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Como decimos, en primer lugar, las cláusulas sociales producen importantísimos beneficios personales para las propias personas en situación desfavorecida, que son de variada índole, todas ellas derivadas del acceso al mercado laboral y de las consecuencias que ello conlleva, y que podemos resumir en la mayor normalización de la vida de estas personas cuando obtienen un empleo.

En ese sentido, tres podrían ser los aspectos básicos a destacar dentro de este proceso de normalización: el aspecto económico, el psico-fisiológico y el intelectual-profesional.

En primer lugar, el beneficio económico supone lógicamente la obtención de un salario a cambio de la prestación de un trabajo remunerado, que garantizará a los trabajadores una deseable autonomía personal y la previsión de una estabilidad en el futuro como consecuencia de sus prestaciones a la Seguridad Social.

Mientras que el beneficio psicológico y fisiológico deriva del simple hecho de relacionarse diariamente con otras personas realizando tareas complejas, lo que conlleva que se sientan más responsables y útiles, y, que en lógica consecuencia, se incremente su autoestima y sentimiento de realización personal, no siendo desdeñable el efecto rebote que puede provocar en las personas de su entorno.

Del mismo modo, la obtención de un empleo proporcionará a estos trabajadores una mayor posibilidad de aprendizaje y de formación, y un progresivo desarrollo mental e intelectual que irá aumentando de manera paulatina su cualificación profesional con todos los beneficios que ello pueda suponer.

III.2.- BENEFICIOS PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

La existencia de las cláusulas sociales, al suponer la incorporación al mercado laboral de personas con discapacidades, permiten a las distintas Administraciones Públicas cumplir con uno de los pilares esenciales de todo Estado social de Derecho, como es el acceso de todos los ciudadanos a un trabajo digno y el cumplimiento de la cohesión social.

La adopción de medidas como las que nos ocupan muestra el claro compromiso y la especial sensibilidad de las Administraciones Públicas hacia las personas con discapacidad, aplicando medidas de acción positiva que favorezcan la integración de estas personas.

A la par de tan relevante cuestión se dan otros beneficios añadidos de carácter público y político de las cláusulas sociales para las Administraciones y demás organismos públicos.

Entre ellos no es el menos importante la indudable opinión positiva que genera en la ciudadanía la aprobación de medidas con este objetivo.

Debiendo tenerse igualmente en cuenta que no generan coste económico alguno, aspecto siempre relevante y más en los actuales momentos, y que inciden muy favorablemente en la creación de empleo.

Conllevan a su vez reducción de gasto público, minorándose las subvenciones, subsidios y pensiones dirigidas a este colectivo, a lo que debe unirse el aumento de

ingresos que genera de forma directa la actividad laboral en forma de impuestos y cuotas a la Seguridad Social.

Al igual que la correlativa disposición de un mayor margen de maniobra del sector público para invertir en otras cuestiones, pudiendo incrementar la eficacia de los servicios sociales existentes o posibilitar la aparición de nuevas formas de solidaridad, igualdad de oportunidades y cohesión social.

III.3.- BENEFICIOS PARA LAS EMPRESAS Y ENTIDADES PRIVADAS.

No pueden en absoluto olvidarse los beneficios directos e indirectos que las empresas y demás entidades privadas pueden lograr, ya sea de orden económico o social, con las contrataciones de los grupos sociales de más dificultosa inserción.

Por un lado, y en el propio ámbito de la contratación pública, este cumplimiento de las cláusulas sociales tendentes a la inserción laboral para personas con discapacidad, según los casos, garantizaría a estas entidades la presentación de ofertas en concursos públicos, al cumplir la normativa vigente, o incluso les daría prioridad para resultar adjudicatarias.

A su vez, como sabemos, las mismas se beneficiarían de cuantiosas subvenciones por parte de los poderes públicos, al encontrarse establecidos importantes incentivos económicos por cada contrato celebrado a tiempo completo con una persona con discapacidad, así como subvenciones puntuales por la adaptación de puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal, estando reguladas asimismo otras subvenciones específicas para la formación profesional de los trabajadores con discapacidad. Por otra parte, las empresas pueden contar con bonificaciones públicas en las cuotas de cotización a la Seguridad Social.

En consecuencia, al estar sufragados de manera parcial por las Administraciones Públicas los costes salariales que generan los trabajadores con discapacidad, tales costes serían muy asumibles para las empresas contratantes de los mismos.

Pero tampoco es de desdeñar que gran parte de la población considere el compromiso social de una empresa fabricante/prestadora como un factor muy influyente, e incluso en ocasiones decisivo, a la hora de adquirir un determinado producto/servicio, siendo especialmente valorados los productos o servicios de empresas socialmente responsables.

Las encuestas de estos últimos años acreditan que un aspecto muy valorado de la acción social en las empresas se refiere a la formación y empleo con grupos desfavorecidos, lo que conlleva la obtención de beneficios en un doble sentido:

A nivel externo, con un mejor posicionamiento global y con una correlativa mejora de la imagen corporativa de la empresa, que seguro influirá en la rápida captación y progresiva fidelización de clientes.

A nivel interno, con la mejora del clima laboral, lo que redundará en una mayor identificación y compromiso de los trabajadores con la empresa, y, por ende, en el lógico incremento de la productividad y la consecuente mejor calidad de sus productos.

En todo caso, aunque son cada vez más las empresas comprometidas que aúnan esfuerzos por incorporar personas con discapacidades en el mercado laboral, siguen siendo muchas las que todavía mantienen este compromiso pendiente, si bien el número de las primeras ha ido progresando a lo largo de los últimos años.

En este sentido, la responsabilidad social corporativa de las empresas en la actualidad no se limita ya ni mucho menos a la tradicional acción social y al patrocinio y mecenazgo de acciones culturales y deportivas, sino que recae con especial intensidad sobre otras prácticas, como es el caso de favorecer las políticas de igualdad o las medidas de incorporación al trabajo de grupos sociales con especiales dificultades.

III.4.- BENEFICIO COMUNITARIO PARA LA SOCIEDAD.

No cabe duda de que la concienciación de la sociedad en la garantía y el respeto de los derechos propios de las personas con discapacidad es la pieza fundamental sobre la que debe apoyarse la existencia e incremento de las cláusulas sociales.

Una vez que hayamos conseguido esta necesaria sensibilización de todos, el progresivo avance hacia la erradicación de la exclusión social y el pleno empleo de las personas con discapacidad será mucho más fácil, en la medida en que todo el mundo estará dispuesto a colaborar, de una u otra forma, en generar o facilitar el acceso al empleo para todos con la utilización de los instrumentos a su alcance.

Ello conllevaría la reducción de la cierta fractura social existente, frenaría de raíz las continuas desigualdades laborales y permitiría que un mayor número de personas con discapacidad entrara a formar parte plena de la sociedad productiva.

De la misma forma se produciría un acercamiento altamente beneficioso entre las Administraciones Públicas, los agentes sociales, las empresas privadas y los ciudadanos, creando entornos y foros, compartiendo objetivos comunes y coordinando sus medidas encaminadas hacia un mismo fin, aumentando la calidad de vida de todos y favoreciendo el ritmo de progreso y la mayor calidad de vida de la sociedad.

En conclusión, a la vista de lo analizado, parece evidente la necesidad de la implementación y proliferación a todos los niveles de las políticas generadoras de cláusulas sociales, pues ello genera cuantiosos beneficios, y no sólo económicos, a todas

las partes que intervienen en el mercado de trabajo, como trabajadores, Administraciones Públicas y empresas y entidades privadas, e incluso coadyuva a la consecución del interés general de la comunidad en sí misma considerada.

Ante ello veremos a continuación cómo los recientes cambios legislativos en la sociedad actual amparan y recomiendan que la contratación pública persiga objetivos sociales específicos, y por qué las experiencias exitosas y los resultados obtenidos aconsejan sin lugar a dudas su necesaria implantación y desarrollo.

IV.- BREVE ANÁLISIS DE LA NORMATIVA REGULADORA GENERAL.

La aparición y aplicación efectiva de las cláusulas sociales a lo largo de los últimos cincuenta años en nuestro país y en la propia Comunidad Europea, ha sido lenta y paulatina pero segura, habiéndose introducido a través de numerosos avances jurisprudenciales, legislativos y doctrinales.

Consideramos de gran importancia hacer ahora una cierta referencia a dicha evolución y al propio marco normativo general en el que se integran tales cláusulas, para luego centrarnos en mayor medida en la regulación específica de la legislación nacional de contratación pública.

De esta manera seremos conscientes del importante apoyo legal jurídico que tales cláusulas han ido adquiriendo en los últimos años, y cuentan ya en la actualidad. No obstante, por razones sistemáticas, pretendemos ser breves y concisos.

Desde sus orígenes, tanto la Organización de las Naciones Unidas como la Comunidad Europea ya destacaron la importancia que tenía la lucha contra la exclusión social de parte de la población mundial, recomendando utilizar para ello, entre otros medios, la contratación pública como una de las herramientas más eficaces.

En consecuencia, los distintos Estados, entre ellos el nuestro, comenzaron a unir esfuerzos con este propósito, aprobando distintas medidas de fomento de empleo de estos grupos sociales con dificultades de acceso a dicho empleo.

Para este breve análisis de la normativa principal en la materia que ha permitido el surgimiento y desarrollo de cláusulas sociales en nuestro país, podemos partir de las regulaciones con un ámbito internacional y comunitario, y seguir con otras normas de carácter nacional.

A nivel internacional, las instituciones supranacionales han prestado una clara atención a las personas con discapacidad, que con el paso de los años se ha ido intensificando.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) ha apoyado diversas iniciativas a favor del empleo específico de las personas con discapacidad, entre las que son de destacar las Declaraciones emitidas sobre el reconocimiento de sus derechos, el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad aprobado en 1982, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad configuradas en el año 1993 o la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que les reconoce el derecho a una vida independiente y a la participación plena en la sociedad, sobre todo mediante el desarrollo de una actividad remunerada.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte, tiene aprobadas diversas recomendaciones y convenios (Recomendaciones nº 99 y 168; Convenios nº 111 y 159, entre otros) que han contribuido en gran medida al diseño por los distintos Estados nacionales de las políticas activas de empleo para personas con discapacidad, por ejemplo, al no entender discriminatorias las medidas positivas que adopten los Estados miembros encaminadas a la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los empleados con discapacidad y los demás trabajadores.

A nivel comunitario, la Comunidad Europea ha ido incorporando progresivamente estas materias sociales a las agendas de sus instituciones, lo que con el paso de los años les ha llevado a desarrollar una amplia política social contenida en variadas disposiciones y acuerdos.

En 1996 la Comisión Europea elaboró una Comunicación sobre “igualdad de oportunidades para personas con minusvalía”, criticando con dureza la situación entonces existente y ordenando una estrategia global decididamente a favor de las personas con discapacidad, incidiendo, de manera particular, en la inexorable necesidad de eliminar las barreras de todo tipo que obstaculizan el acceso de estas personas a una ciudadanía plena.

En este mismo sentido, el denominado Libro Verde de la Contratación Pública, también de 1996, señalaba que en la medida en que el criterio del precio no es el único determinante de la mejor oferta, y que uno de los objetivos del mercado interior es la creación de empleo, la adjudicación de los contratos ha de integrar la innegable necesidad de valorar las circunstancias sociales como puede ser la tasa de desocupación, en especial de los grupos con mayores dificultades de empleo, y, en particular, de las personas con discapacidad.

En 1998, la Comisión Europea elaboró otros dos documentos fundamentales al respecto, con los descriptivos títulos de “Elevar las tasas de empleo de las personas con discapacidad, un desafío en común” y “Normalizar el tratamiento de la discapacidad en la política social y de empleo de la Unión Europea”.

Ese mismo año, el Alto Comisionado sobre Discapacidad elaboró un compendio de buenas prácticas en materia de empleo para personas con discapacidad.

A finales del año 2000, el Consejo Europeo aprobó la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo, que no obligaba a las empresas a contratar directamente a personas con discapacidad pero sí a los Estados miembros a realizar todos los ajustes que sean razonables para su plena integración, facultándoles para desarrollar sus propias políticas encaminadas a crear o mantener disposiciones o facilidades con el objeto de proteger o fomentar la inserción de estas personas en el mundo laboral.

En diciembre de ese mismo año 2000, el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo adoptaron en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohibió de manera expresa toda discriminación por razón de discapacidad (artículo 21), y asimismo reconoció el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas destinadas a garantizar su independencia, su integración ocupacional y laboral, y su plena participación en la vida de la comunidad (artículo 26).

En enero de 2003 se aprobó una nueva estrategia europea de empleo por la Comisión Europea, que estableció como uno de los objetivos más relevantes el de conseguir antes del 2015 el fomento de la cohesión y un mercado de trabajo más inclusivo que permita reducir las disparidades existentes en el acceso al mismo.

Todos estos avances normativos y doctrinales progresivos que han ido teniendo lugar en esta materia, han desembocado en que en el año 2004, en concreto, el 31 de marzo, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaran la trascendental Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, a la que todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea han tenido que someterse, incorporando sus reglas básicas a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Esta Directiva 2004/18/CE ha asumido y regulado la introducción de claros e inequívocos criterios sociales en la contratación pública. El propio Preámbulo menciona dicha cuestión como una de las novedades más importantes de la misma, siendo este hecho uno de los más decisivos avances producidos hasta la fecha en la materia.

La Directiva está basada muy especialmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída, entre otras, en la famosa sentencia Beentjes de 20 de septiembre de 1988, asunto Gebroeders Beentjes BV contra los Países Bajos, As. 31/87, donde ya había reconocido la posibilidad de que fueran introducidos ciertos aspectos sociales en la contratación pública, así como en las sentencias de 26 de septiembre de 2000, en el asunto C-225/98 Nord-pas de Calais, y de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki, donde se desarrollan los criterios sociales de adjudicación.

Estas sentencias supusieron un gran avance en el campo de las medidas sociales a favor de las personas con discapacidad, si bien, debido a su incomprensible desconocimiento tanto por parte de contratantes como de contratistas, en la práctica no conllevaron tantas

ventajas como hubiera sido deseable, por lo que la inclusión de su contenido doctrinal en el propio texto de la Directiva 2004/18/CE ha sido un paso enormemente positivo y significativo.

En este sentido, la Directiva menciona de forma expresa y aún en su normativa aspectos tales como la necesidad, en la medida de lo posible, del establecimiento de requisitos de accesibilidad y de diseño para todos (artículo 23), la posibilidad de que las condiciones especiales de ejecución del contrato se puedan referir a consideraciones de tipo social (artículo 26), citando en particular su Exposición de Motivos (considerando 33) las que tengan por objeto favorecer el empleo de personas con especiales dificultades de inserción, llegando incluso a proponer ejemplos concretos, como la condición de contratar a desempleados de larga duración o a un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional (recordemos que en España este porcentaje es del 2% para todas las empresa públicas y privadas que tengan más de 50 trabajadores).

También regula la Directiva por primera vez (considerando 43 y artículo 56) la posibilidad de prever ciertos criterios sociales para la adjudicación del contrato, vinculados al objeto de éste; así como permite a los Estados miembros (artículo 19) reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos a los talleres protegidos (en España, Centros Especiales de Empleo) garantizando de ese modo que la adjudicación recaiga necesariamente en uno de ellos. Con esa medida, lo que se pretende es que la Administración otorgue un trato preferente a empresas u organismos con marcado carácter social que, en condiciones normales de competencia, por las especiales características de los trabajadores que emplea, se podría encontrar con ciertas desventajas respecto de otros posibles adjudicatarios.

En definitiva, la Directiva 2004/18/CE tiende a considerar las cláusulas sociales como un elemento decisivo y que debe o puede, según cada caso, ser aplicado en la contratación pública de los Estados miembros, siendo su regulación una normativa de mínimos que tales Estados deben indudablemente cumplimentar.

De forma paralela a la anterior Directiva fue igualmente publicada la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

A nivel nacional, en nuestro país se han ido produciendo significativos avances, en paralelo al resto de los Estados miembros de la Comunidad Europea, permitiendo de manera progresiva el surgimiento y adecuado funcionamiento de las cláusulas sociales en nuestro ordenamiento jurídico.

Esos pasos han tenido lugar a todos los niveles, tanto estatal como autonómico, y dada la vocación de globalidad de este Manual, intentaremos señalar en primer lugar los

avances principales cuyos efectos se han reflejado en todo el territorio nacional, para luego hacer también puntuales menciones a dicha normativa autonómica.

En este sentido, el primer paso lo constituye la Constitución Española de 1978, y en particular, su artículo 9.2 que, en términos generales, encomienda una acción positiva a los poderes públicos dirigida a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Esto, evidentemente, concede una amplia cobertura legal y constitucional a la existencia de acciones públicas dirigidas específicamente a ayudar e integrar a los individuos que tienen mayores dificultades en el disfrute de los derechos y valores protegidos constitucionalmente.

Otros preceptos constitucionales abundan en esta idea, como el artículo 10.2, que considera como fundamentos del orden político y de la paz social la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes; el artículo 14, que proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley sin que pueda existir discriminación por cualquier circunstancia o condición personal o social; y también muy especialmente el artículo 49, que ordena a los poderes públicos realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que deben presentar la atención especializada que requieran y amparar en el disfrute de sus derechos.

Con posterioridad, es de destacar la aprobación de la todavía vigente y trascendental Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (conocida como LISMI), clara manifestación de una mayor concienciación de la sociedad española, que comienza a intentar evitar la exclusión social de las personas con discapacidades facilitándoles el acceso al empleo, apoyándose para ello en todo momento en las distintas Administraciones Públicas, todo ello de acuerdo con los principios esenciales que proclama de equiparación, igualdad de oportunidades, integración y no discriminación.

La medida más importante que adoptó y que mantiene tras diversas reformas esta Ley, fue el establecimiento de una cuota de reserva de empleo para las personas con discapacidad. El artículo 38.1 LISMI recoge este aspecto manifestando que las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligados a que de entre ellos, al menos el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad.

Con posterioridad se regularon medidas alternativas de carácter excepcional a dicha cuota de reserva, que se rigen en la actualidad por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, como, entre otras, la celebración de contratos con Centros Especiales de Empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad, la constitución de enclaves laborales con

ellos, o la realización de donaciones u otras actividades de patrocinio a fundaciones o asociaciones dedicadas a estos menesteres.

En todo caso, pese a la rotundidad de la aseveración legal, aún a día de hoy hay que reconocer, siendo éste uno de los grandes problemas que deben definitivamente resolverse en la materia, que la aplicación de esta medida no está siendo plenamente eficaz, impidiéndose de esta manera que cumpla sus objetivos, pues son numerosas las empresas que incumplen sistemáticamente su carácter absolutamente preceptivo.

Otro de los grandes progresos que supuso la LISMI fue la regulación en su artículo 42.1 de los Centros Especiales de Empleo, que se definen como aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores con discapacidad, a la vez que siendo un medio de inclusión del mayor número de personas con discapacidad en el régimen de trabajo normal.

La totalidad de su plantilla estará constituida por trabajadores con discapacidad, sin perjuicio de las plazas del personal sin discapacidad, imprescindible para el desarrollo de su actividad.

Estos centros ya han demostrado su eficacia y su productividad, llegando a convertirse en empresas consolidadas dentro de sus respectivos sectores, que ofrecen sus bienes y servicios al mercado en condiciones absolutamente competitivas. No pudiendo olvidar que estos centros desempeñan un papel fundamental en la lucha por evitar la exclusión social atendiendo a numerosas personas con discapacidades, recogiendo de esa manera una larga tradición en nuestro país.

Los centros de empleo protegidos vienen siendo especialmente regulados por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de Centros Especiales de Empleo, que aprueba el Reglamento que establece su régimen jurídico específico, así como por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación de carácter especial de sus trabajadores con discapacidad.

Un nuevo paso en el proceso de lucha contra la exclusión social de las personas con discapacidades en nuestro país fue la aprobación de la vigente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que, entre otros aspectos, reconoce gran importancia a la llamada “discriminación positiva” o “acción positiva”, consistente en la utilización de normas, criterios y prácticas más favorables a las personas con discapacidades, y la existencia de apoyos complementarios, que pueden consistir tanto en ayudas técnicas o económicas como en la asistencia personal y en la prestación de servicios especializados y de ayudas o servicios auxiliares específicos para la comunicación.

Asimismo debe tenerse en cuenta, entre otros que no pueden ser citados en este breve análisis, el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, que regula el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad y extiende alguna de las medidas ya existentes para este sector a las llamadas empresas de inserción, que agrupan a entidades que trabajan por la inclusión laboral de otros grupos excluidos del mercado de trabajo.

Finalmente debe hacerse desde este momento una primera referencia a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que ha transpuesto en España las previsiones de la Directiva 2004/18/CE, antes analizada, incluyendo en su regulación una batería de medidas que, aparte de suponer importantes mejoras técnicas, son básicas para la plena inclusión en el mercado laboral, y, por ende, en la sociedad, de las personas con discapacidad.

A la vez fue publicada en nuestro país la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, denominada también Ley sobre procedimientos de contratación en sectores especiales (LPCSE), que procedió a trasponer la Directiva 2004/17/CE, previamente citada.

A estas normas legales, especialmente a la LCSP, debemos referirnos ya con mayor profundidad.

V.- ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS SOCIALES.

Como acabamos de reseñar, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), ha transpuesto en España las previsiones de la Directiva 2004/18/CE, incluyendo en su regulación medidas básicas para la plena inclusión en el mercado laboral de las personas con discapacidad.

Y de forma similar lo hizo la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LPCSE), lo que motiva que lo que seguidamente se expondrá sobre la LCSP sea en su gran mayoría plenamente aplicable a la LCPSE, de la que más adelante también veremos sus especificaciones en la materia.

Ya hemos comprobado previamente como la Directiva 2004/18/CE contenía medidas de carácter obligatorio para todos los Estados miembros, y otras en que dejaba su adopción a la elección de cada uno de ellos.

De manera similar ha quedado recogido en la LCSP (aunque en ésta también se incluye alguna otra medida referente al sector, no contemplada en la citada Directiva), conteniéndose en dicha Ley alguna de las medidas de forma preceptiva y dejándose la elección sobre la procedencia o no de otras a la decisión del órgano de contratación que haya de aplicarlas.

Siendo ese uno de los motivos, precisamente, de los que deriva la imperiosa necesidad de facilitar a los diversos órganos de contratación, entre otros, medios como el presente Manual, de cara a recomendar y promover la utilización de dichas cláusulas sociales por los mismos, en aplicación y uso de las facultades y competencias de la legislación vigente les otorga.

Así, según lo indicado, han quedado incluidas en la LCSP una serie de medidas de aplicación imperativa para todos los órganos de contratación.

Entre éstas medidas habría que destacar las comprendidas, por un lado, en el artículo 101.1 y en la Disposición Adicional 21ª LCSP y, por otro, la del artículo 49 LCSP.

Sin perjuicio de que más adelante haremos mención especial a cada una de ellas, a efectos sistemáticos avanzamos que tanto el artículo 101.1 como la Disposición Adicional 21ª LCSP proclaman la garantía general de la aplicación de los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos en el ámbito de la contratación pública.

Por su parte, dentro de las prohibiciones de contratar con el sector público, el artículo 49.1 c) LCSP incluye la que afecta a los sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral así como en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social relacionadas con la discapacidad.

A su vez también se han previsto en la LCSP otras medidas cuya elección sobre la procedencia o no de su aplicación se ha dejado a la decisión del órgano de contratación correspondiente.

En éstas se faculta en cada caso al órgano de contratación para optar por la aplicación o no de la medida concreta en cuestión, entre las que debemos destacar las previstas en los artículos 102 y 134 y en las Disposiciones Adicionales sexta y séptima, LCSP.

El artículo 102.1 LCSP permite establecer condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, el artículo 134 LCSP permite que el órgano de contratación pueda incluir también consideraciones sociales como criterios de adjudicación de los contratos.

No debemos olvidarnos tampoco de la Disposición Adicional sexta LCSP, el tradicionalmente denominado como criterio de desempate, que faculta al órgano de contratación para establecer, en condiciones de igualdad, su preferencia por la

contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad superior al 2% (recordemos que el 2% ya es exigido por la LISMI), incorporando la fijación de un segundo criterio de desempate (por si varias empresas cumplen el primero) a favor del licitador con el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

Finalmente, hay que destacar la Disposición Adicional séptima LCSP que, simplemente señalándolo, permite a cada órgano de contratación establecer la reserva de adjudicación de contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo, o de su ejecución, a programas de empleo protegido.

En los apartados siguientes, además de desarrollar dichos preceptos y tales opciones planteadas por la LCSP, así como de proponer posibles desarrollos concretos para la aplicación de estas medidas, también se hará referencia a alguna otra relativa a la acreditación del cumplimiento de la normativa vigente en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional, lógicamente plenamente compatible con la misma LCSP y con el resto de la normativa aplicable.

VI.- MENCIÓN PARTICULAR A CADA UNA DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES CONTEMPLADAS EN LA LCSP Y PROPUESTAS PARA SU APLICACIÓN CONCRETA POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.

Se ha reseñado que la LCSP contiene medidas de carácter obligatorio para todos los órganos de contratación y otras donde se deja su adopción a la elección de cada uno de ellos.

Nos referiremos sistemáticamente a cada uno de estos bloques de forma separada.

VI.1. MEDIDAS CONTENIDAS EN LA LCSP DE APLICACIÓN IMPERATIVA PARA TODOS LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.

Diferenciaremos, por un lado, el artículo 101 y la Disposición Adicional 21ª LCSP y, por otro, el artículo 49 LCSP.

VI.1.1. Criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos.

En especial, estos criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos deberán utilizarse en la definición de las prescripciones técnicas de los contratos públicos a tenor

de lo especificado en el artículo 101.1 LCSP, debiendo motivar suficientemente la imposibilidad de su exigencia, en caso de que concurra tal circunstancia. Así se dispone en el mencionado precepto:

“Las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, (...)”

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.”

Como bien se indica, estos conceptos nos vienen dados por la Ley 51/2003, en concreto por su artículo 2, en los siguientes términos:

Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

Diseño para todos: 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 mayor extensión posible.

La exigencia de respetar estos criterios en las prescripciones técnicas (que, como sabemos, son las que regirán la realización de la prestación y definirán sus calidades, a tenor del artículo 100 LCSP) garantiza que, al menos en la medida de lo posible, como indica el artículo 101.1 LCSP, las diversas prestaciones y servicios a satisfacerse por los contratos públicos deben tener en cuenta estos criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos para ser utilizables y practicables por todas las personas y, por supuesto, por las personas con discapacidad especialmente.

Y no sólo en cuanto a las prescripciones técnicas, sino que de igual manera se contempla el debido respeto a estos criterios a efectos de la participación y licitación en la propia contratación pública (procedimientos, instrumentos o comunicación).

Proclamando en este sentido la Disposición Adicional 21ª LCSP:

“En el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en

cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.”

La aplicación efectiva de estos principios en la contratación pública a todos los efectos supone la superación de la tradicional exclusión de este campo, por mera imposibilidad física, de las personas con discapacidad, por lo que debe considerarse un avance esencial, que llevaba muchos años siendo reclamado por el sector.

Al ser la aplicación de estos preceptos imperativa, poco más puede añadirse en el presente Manual que su necesario recordatorio para su obligada utilización, pudiendo sólo añadiendo que el término recogido en el artículo 101.1 LCSP para las prescripciones técnicas de “*en la medida de lo posible*” no deja la aplicación de tales criterios de accesibilidad universal y diseño para todos a la voluntad del órgano de contratación, sino que requiere su aplicación obligatoria salvo clara imposibilidad, que, además, deberá ser motivada de forma suficiente.

Por su lado, al no contemplarse esta misma opción de “*en la medida de lo posible*” en la Disposición Adicional 21ª LCSP, significa que no se ha apreciado por el legislador que puedan surgir dificultades para hacerse efectivos tales criterios en el ámbito de la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, siendo por ende su efectividad plena e incondicionada.

VI.1.2. Prohibiciones de contratar con el sector público.

Dentro de las prohibiciones de contratar con el sector público, el artículo 49.1 c) LCSP incluye la que afecta a los sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral así como en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social relacionadas con la discapacidad.

Brevemente señalar que son ámbitos diferentes, aunque a veces se confunden. De acuerdo con este precepto, deben distinguirse las siguientes prohibiciones de contratar:

- a) la prohibición de contratar con las personas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral, que de acuerdo con el artículo 15.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, se refiere al incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional.

- b) la prohibición de contratar con las personas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, que son las recogidas con ese carácter en los artículos 3 y 16 de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, 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.
- c) la prohibición de contratar con las personas sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia social relacionadas con la discapacidad, que son las recogidas con ese carácter en los apartados 12 y 13 bis del artículo 8 y en el artículo 16.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

A nuestros efectos, este precepto supone la imposibilidad para contratar con cualquier organismo de carácter público, con todo lo que ello puede llevar consigo, que aqueja a todos aquéllos que sean sancionados con carácter firme por incumplir las citadas disposiciones en materia de integración laboral y de no discriminación e igualdad de oportunidades.

Ante ello los diversos órganos de contratación deben atenerse al estricto cumplimiento de, entre otras, estas prohibiciones de contratación fijadas en el artículo 49 LCSP.

En concreto, la apreciación de la concurrencia de estas prohibiciones de contratar contempladas en el artículo 49.1 c) LCSP requerirán la previa declaración de su existencia por el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, conforme a los artículos 50.2 y 50.4 LCSP.

De ello se desprende que las autoridades competentes para la imposición de sanciones por las infracciones sociales recogidas en el artículo 49.1 c) LCSP deberán notificar las sanciones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en aras de que pueda iniciarse efectivamente el procedimiento para la declaración de la correspondiente prohibición de contratar.

Si bien los órganos de contratación no cuentan con competencias para imponer estas sanciones, no siendo ellas las autoridades competentes en la materia, sí podrán comprobar la no concurrencia de dichas prohibiciones en las diferentes entidades licitadoras.

VI.2. MEDIDAS CONTENIDAS EN LA LCSP CUYA ADOPCIÓN SE DEJA A LA ELECCIÓN DE CADA UNO DE LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.

Entre ellas se ha de hacer mención a las contempladas en los artículos 102 y 134 y en las Disposiciones Adicionales sexta y séptima, LCSP.

Como se ha reseñado más arriba, esta competencia de los órganos de contratación sobre la procedencia o no de aplicar ciertas medidas sociales es una de las razones principales que motivan la elaboración y aprobación del presente Manual de buenas prácticas de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad, en aras de que pueda servir de guía práctica para todos los órganos de contratación de las diferentes Administraciones Públicas, y de cara a recomendar y promover la utilización de dichas cláusulas sociales por los mismos, en aplicación y uso de las facultades que la legislación vigente les otorga.

Debiendo recordar además a estos efectos el compromiso de los poderes públicos con las personas con discapacidad, contemplado no sólo en los artículos 9.2, 10.2, 14 y 49 CE, sino en la restante normativa tanto nacional como comunitaria reseñada.

Con este objetivo ya se ha adelantado que las medidas y las propuestas que al efecto seguidamente se harán, se contemplan desde el punto de vista de los propios órganos de contratación, esto es, con una redacción que pudiera ser directamente utilizada por los mismos, y que se recomienda que así se haga, al redactar sus pliegos de cláusulas administrativas particulares.

En el caso de que se planteen diversas opciones, se hace precisamente al objeto de que dichos órganos de contratación puedan valorar cual podría ser la que mejor se acomode a su concreta situación o, mejor dicho, a la concreta situación del objeto del contrato de que se trate.

Para facilitar en la medida de lo posible la mayor información que se pueda a estos órganos de contratación, se hará también una breve referencia a diversas normas autonómicas o a otros ejemplos concretos de pliegos de cláusulas, instrucciones o recomendaciones, donde ya se ha venido haciendo una cierta utilización de algunas de estas cláusulas.

Dada la amplitud de las normas dictadas por las diversas Comunidades Autónomas y por otros entes y organismos, no se ha pretendido hacer una relación completamente exhaustiva de su utilización, sino únicamente atender a algunos de sus principales ejemplos.

Además, algunas de éstas son anteriores a la aprobación de la actual Ley de Contratos del Sector Público, y aunque sigan vigentes, se verían rebasadas por lo recogido en esta norma, de ir más allá la nueva LCSP que lo que establecían las autonómicas.

En su virtud, y como quedó expuesto en la introducción, este Manual pretende superar esas utilidades, todas ellas loables y positivas, si bien en algunos casos parciales, de cara a que pueda servir, como se pretende, de guía práctica para todos los órganos de

contratación de todas las Administraciones Públicas, con independencia de que haya o no podido ser dictada normativa o recomendaciones sectoriales o territoriales en la materia, en cuanto las competencias de que disponen dichos órganos de contratación a estos efectos son de directa aplicación por derivar de la LCSP.

Efectivamente, como nos recuerda la Disposición Final séptima LCSP, sobre títulos competenciales, los artículos 49.1, 101, 102, 134 y las Disposiciones Adicionales 6ª, 7ª y 21ª LCSP, que son los preceptos y disposiciones a los que especialmente nos estamos refiriendo, constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas.

Comenzamos ya con estas medidas contenidas en la LCSP cuya adopción se deja a la elección de cada uno de los órganos de contratación.

VI.2.1. Condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato.

El artículo 102.1 LCSP, de conformidad con lo previsto ya por la jurisprudencia comunitaria, permite establecer condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato. En concreto, señala que:

“Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.”

Es decir, los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, entre otras, entre las cuales, sin lugar a dudas, deben encontrarse las personas con discapacidad, como claramente se recoge en la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados en fecha 23 de junio de 2009, al principio reseñada.

Esta medida supondría una aplicación concreta de la facultad directa que el artículo 102 LCSP concede al órgano de contratación.

Para ello tales condiciones de ejecución deben incluirse en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato, y ser plenamente conformes con el Derecho comunitario, pudiendo los órganos de contratación, entre otras posibles medidas, prever la obligación de dedicar a la ejecución del contrato objeto del concurso, a un número determinado de trabajadores con discapacidad. Debiendo o pudiendo fijarse dicho número por el propio órgano de contratación, en función del contrato de que se trate.

Como variantes de esta medida, podrían optar los órganos de contratación porque dicha condición de ejecución prevea que tales trabajadores con discapacidad deban ser desempleados, contratados precisamente para la ejecución del contrato objeto del concurso, o pudiendo preverse únicamente la obligación de que se dedique a la ejecución del contrato a trabajadores con discapacidad, con independencia de que ya puedan o no formar parte de dicha plantilla de la empresa.

También resulta importante destacar que a tenor del mismo artículo 102.2 LCSP, los pliegos o el contrato, si así lo estiman pertinente, podrán establecer penalidades económicas, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1 LCSP, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206 g) LCSP (causas de resolución). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos previstos en el artículo 49.2 e) LCSP (prohibiciones de contratar).

PROPUESTAS PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA:

Ya se ha comentado que las presentes propuestas se redactan desde el punto de vista de los propios órganos de contratación, para poder ser directamente utilizadas por los mismos al redactar sus pliegos de cláusulas administrativas particulares.

No debiendo olvidarse que tanto en el correspondiente anuncio de licitación como también en los pliegos o contratos deberán indicarse expresamente las condiciones sociales fijadas en relación con la ejecución del contrato.

Se recomienda a todos los órganos de contratación la utilización de esta medida que ahora nos ocupa salvo que, por la naturaleza o características del contrato a celebrar, no pueda incluirse como condición especial de ejecución del contrato, si bien entendemos que dicha imposibilidad será realmente extraordinaria, al existir en la mayoría de los casos funciones en la ejecución de un contrato que puedan cumplimentar igualmente personas con discapacidad.

De cualquier manera, si se diera dicho supuesto extremo de que realmente por la naturaleza o características del contrato a celebrar no pueda incluirse esta obligación, sería deseable que el propio órgano de contratación motivara esa imposibilidad por escrito en los mismos pliegos.

La propuesta de condición social de ejecución que ahora se plantea, en la línea de lo aprobado en la Proposición no de Ley reseñada, prevé la obligación de dedicar a la ejecución del contrato objeto del concurso, a un número determinado de trabajadores con discapacidad.

Como también se ha adelantado, existirían posibles diversas opciones o variantes de esta condición social de ejecución. Así, una de ellas podría ser que la condición de ejecución consista en que tales trabajadores con discapacidad sean desempleados, esto es, que sean contratados precisamente para la ejecución del contrato objeto del concurso, y otra variante podría ser simplemente la obligación de que se dedique a la ejecución del contrato a trabajadores con discapacidad, con independencia de que puedan o no formar parte de dicha plantilla de la empresa con carácter previo.

Los órganos de contratación optarían por la medida que entiendan resulte más oportuna, dentro de su ámbito de discrecionalidad.

En ambos supuestos estos trabajadores con discapacidad deberán suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación de tener contratados un 2% de personas con discapacidad, cuando se esté obligado a la misma.

En el primero de ellos quedaría concretado por los órganos de contratación un número mínimo de -por ejemplo- un trabajador con discapacidad desempleado (absolutamente asumible por todas las empresas) que deba ser contratado como condición para la ejecución del contrato.

Se entiende necesario fijar al menos este número mínimo (insistimos en que perfectamente asumible) para que esta medida no quede vacía de contenido, sin perjuicio de que pueda determinarse un número superior.

Efectivamente, podría fijarse otro número mínimo por el propio órgano de contratación, en función del contrato de que se trate.

La medida prevista sería de obligado cumplimiento para todas aquellas empresas que resulten adjudicatarias del contrato.

No obstante, podría llegar a darse el caso de que la entidad adjudicataria al tratar de contratar a esa o esas personas con discapacidad no las encuentre por no haberlas podido proporcionar las oficinas de empleo o tampoco haberse podido contratar a través de otros procedimientos de selección habituales. En estos supuestos no parecería lógico penar económicamente a la adjudicataria, resolver su contrato o adoptar otras medidas

similares procedentes, en su caso. Ante ello y siempre que se acredite debidamente tal imposibilidad, se podría incorporar la cautela de que en tales casos podría autorizarse por el órgano de contratación la sustitución de la obligación fijada por alguna otra medida como, entre otras posibles, colaborar con un Centro Especial de Empleo para la realización de actividades igualmente relacionadas con la ejecución del contrato en cuestión, por un importe equivalente a la contratación de una persona con discapacidad.

A tenor de todo lo expuesto, una posible redacción para los pliegos de cláusulas administrativas particulares podría ser la siguiente:

"1. Con el fin de promover el empleo de las personas con discapacidad, se establece como una condición especial de ejecución del contrato, de tipo social, la obligación del adjudicatario de contratar y destinar, con vistas a la ejecución del contrato objeto del presente concurso, al menos a un trabajador con discapacidad desempleado.

2. En el caso de que el adjudicatario estuviera ya sujeto a la obligación legal de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100 de la plantilla de la empresa, por emplear a un número de 50 o más trabajadores, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, o de adoptar medidas alternativas en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, los trabajadores con discapacidad desempleados que se contraten a efectos de cumplimentar esta condición de ejecución deberán suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de dicha obligación legal.

3. Para la debida aplicación de esta medida, las empresas o los empresarios licitadores, formularán en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable manifestando que cumplirán esta condición especial de ejecución del contrato.

Durante la vigencia del presente contrato o también antes de la devolución de la garantía definitiva, este órgano de contratación podrá exigir a los adjudicatarios, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con esos trabajadores con discapacidad dedicados especialmente a la ejecución del presente contrato, así como documentación acreditativa de que tales trabajadores suponen un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación legal exigida por el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

4. Se atribuye a esta condición social en relación con la ejecución del contrato, el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos de poder considerar su incumplimiento como causa de resolución del contrato, a tenor de lo previsto en el artículo 206 g) de la Ley de Contratos del Sector Público.

5. El adjudicatario sólo podrá quedar exento del cumplimiento de esta condición acreditando debidamente que se ha intentado la contratación de personas con discapacidad para diferentes puestos relacionados con el contrato adjudicado sin que existan en las oficinas de empleo personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo que se ajusten a los requisitos interesados o que, existiendo, no se encuentren interesados en la oferta de empleo.

En tales casos, el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada por el adjudicatario y de las circunstancias que concurran, podrá autorizar la sustitución del cumplimiento de la condición por la colaboración del citado adjudicatario con un Centro Especial de Empleo para la realización de actividades relacionadas con la ejecución del contrato por un importe equivalente a la contratación de una persona con discapacidad según las reglas de cálculo establecidas por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, o normas que le puedan sustituir o desarrollar.”

En la segunda de las variantes se exigiría únicamente que se destine directamente a la ejecución del contrato a un trabajador con discapacidad, con independencia de que puedan o no formar parte de dicha plantilla de la empresa con carácter previo.

Como en el caso anterior, este trabajador con discapacidad deberá suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación de tener contratados un 2% de personas con discapacidad.

Esta otra posible redacción para los pliegos podría ser del siguiente tenor (muy similar que la previa, si bien no exigiendo que los trabajadores con discapacidad dedicados a la ejecución del contrato sean desempleados):

"1. Con el fin de promover el empleo de las personas con discapacidad, se establece como una condición especial de ejecución del contrato, de tipo social, la obligación del adjudicatario de destinar, con vistas a la ejecución del contrato objeto del presente concurso, al menos a un trabajador con discapacidad.

2. En el caso de que el adjudicatario estuviera ya sujeto a la obligación legal de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100 de la plantilla de la empresa, por emplear a un número de 50 o más trabajadores, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, o de adoptar medidas alternativas en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, los trabajadores con discapacidad que se destinen a efectos de cumplimentar esta condición de

ejecución deberán suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de dicha obligación legal.

3. Para la debida aplicación de esta medida, las empresas o los empresarios licitadores, formularán en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable manifestando que cumplirán esta condición especial de ejecución del contrato.

Durante la vigencia del presente contrato o también antes de la devolución de la garantía definitiva, este órgano de contratación podrá exigir a los adjudicatarios, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con esos trabajadores con discapacidad dedicados especialmente a la ejecución del presente contrato, así como documentación acreditativa de que tales trabajadores suponen un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación legal exigida por el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

4. Se atribuye a esta condición social en relación con la ejecución del contrato, el carácter de obligación contractual esencial, a los efectos de poder considerar su incumplimiento como causa de resolución del contrato, a tenor de lo previsto en el artículo 206 g) de la Ley de Contratos del Sector Público.

5. El adjudicatario sólo podrá quedar exento del cumplimiento de esta condición acreditando debidamente que se ha intentado la contratación de personas con discapacidad para diferentes puestos relacionados con el contrato adjudicado sin que existan en las oficinas de empleo personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo que se ajusten a los requisitos interesados o que, existiendo, no se encuentren interesados en la oferta de empleo.

En tales casos, el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada por el adjudicatario y de las circunstancias que concurran, podrá autorizar la sustitución del cumplimiento de la condición por la colaboración del citado adjudicatario con un Centro Especial de Empleo para la realización de actividades relacionadas con la ejecución del contrato por un importe equivalente a la contratación de una persona con discapacidad según las reglas de cálculo establecidas por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, o normas que le puedan sustituir o desarrollar.”

UTILIZACIÓN DE ESTA CLÁUSULA POR DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

Se ha reseñado más arriba que para facilitar en la medida de lo posible la mayor información que se pueda, se haría en este Manual una breve referencia a diversas normas autonómicas o a otros ejemplos concretos de pliegos de cláusulas, instrucciones o recomendaciones, donde ya se ha venido haciendo una cierta utilización de algunas de estas cláusulas.

Si bien debemos insistir en que el presente Manual pretende superar esas utilizaciones, todas ellas positivas, y debemos también reiterar que con independencia de que haya o no podido ser dictada normativa o recomendaciones sectoriales o territoriales en la materia, las competencias de que disponen los órganos de contratación a estos efectos son de directa aplicación por derivar de la LCSP, no habiendo necesidad alguna de que se dicten tales normativas o instrucciones para la debida y correcta aplicación por todos los órganos de contratación de las presentes cláusulas sociales que ahora nos ocupan.

En todo caso, como referencia, puede apuntarse estas iniciativas similares o diferentes, previstas en las siguientes normas autonómicas en relación con las condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato:

-Decreto 84/2006, 20 junio, de la Comunidad Canaria, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral (artículo 1).

-Orden Foral del País Vasco 6/2008, de 2 junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de relaciones con el parlamento, que dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público (Apartados IX.1 y 2 del Anexo).

VI.2.2. Criterios de adjudicación de los contratos.

Al mismo tiempo, el artículo 134 LCSP permite que el órgano de contratación también pueda incluir consideraciones sociales como criterios de adjudicación de los contratos.

Así, empleando una terminología ciertamente confusa, ordena valorar las ofertas y determinar la que sea económicamente más ventajosa utilizando criterios directamente vinculados al objeto del contrato, como son, entre otros, los vinculados con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. En concreto, dispone:

“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula

utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.”

No hace falta reincidir por obvio en que la literatura utilizada por este precepto resulta ciertamente confusa y difícil de comprender. En todo caso, una interpretación lógica y sistemática con la restante normativa existente, tanto nacional como comunitaria, así como con la propia jurisprudencia comunitaria a la que inicialmente se hizo referencia, lleva a entender que una clara categoría de población desfavorecida por sus especiales dificultades de inserción en el mercado laboral sería la de las personas con discapacidad, categoría ésta de población habitualmente usuaria o beneficiaria, lógicamente, y al igual que las restantes categorías de población, de la generalidad de las posibles prestaciones a contratar.

De cualquier manera tampoco se ha de otorgar a una u otra interpretación de esta redacción tan concreta mayor trascendencia que la que tiene, en cuanto el propio artículo 134 LCSP determina al enumerar todos estos criterios, que son meramente ejemplificativos, y no cerrados o tasados. De hecho dispone “*u otros semejantes*”.

Esto es, lo que claramente se está exigiendo como requisito especial es que estos criterios sociales de adjudicación utilizados, estén directamente vinculados al objeto del contrato, pudiendo aplicarse los ahí previstos u otros semejantes.

Ante ello, un posible criterio de adjudicación de carácter social, que en su caso habría de cumplir el adjudicatario de un contrato determinado, podría ser el de tener un número o un porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla directamente vinculados a la ejecución del objeto del contrato.

En todo caso recordemos que a tal criterio debe atribuirse una ponderación moderada, con lo que cumpliría las exigencias de la jurisprudencia comunitaria, que exige que esos criterios sociales deben tener un carácter complementario de los restantes criterios, sin que resulten decisivos para la adjudicación, y sin que atribuyan al poder adjudicador una libertad incondicional de elección.

Una ponderación moderada entendemos que podría variar entre un 10% y un 30% (o entre 10 y 30 puntos, según la terminología a utilizar), porcentajes que en ningún caso resultarían totalmente determinantes para la adjudicación.

Y de igual manera que señalamos para el apartado anterior, existirían diversas opciones o variantes de este criterio de adjudicación, pudiendo diferenciar si los trabajadores con discapacidad deben ser desempleados y contratados precisamente para la ejecución del contrato objeto del concurso, o si no resulta necesario que sean desempleados, bastando con que se destinen a la ejecución del contrato, con independencia de que puedan o no formar parte de dicha plantilla de la empresa con carácter previo.

De nuevo en ambos supuestos estos trabajadores con discapacidad deberán suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación de tener contratados un 2% de personas con discapacidad, cuando se esté obligado a la misma.

Resulta importante destacar para evitar confusiones, que esta medida sobre adjudicación podría ser complementaria de la anterior sobre condiciones de ejecución del contrato, ya que en la que ahora nos ocupa, que sería potestativa para poder sumar los puntos correspondientes en la baremación, sería posible, por ejemplo, una ponderación de un 10% (u otra moderada que se fije por el órgano de contratación) por destinar 2 o más trabajadores (u otro número que también se fije por el citado órgano de contratación) para vincularlos directamente a la ejecución del contrato; en cambio, en la condición de ejecución del apartado anterior, se proponía de forma obligatoria el destinar uno sólo (si bien podría adoptarse otro número por el órgano de contratación).

Esto es, la condición de ejecución sería de obligado cumplimiento para todas aquellas empresas que resulten adjudicatarias del contrato, y supondría en el ejemplo propuesto la dedicación a la ejecución del contrato de un trabajador con discapacidad desempleado; y el criterio de adjudicación ponderado sería potestativo para poder sumar los puntos en la baremación, por lo que en este último caso las empresas potestativamente podían destinar o no trabajadores con discapacidad al objeto del contrato y, en consecuencia, sumar o no los puntos allí establecidos.

Por tanto ambas medidas pueden ser plenamente complementarias.

En todo caso, al igual que se expuso para las condiciones de ejecución, también ahora podría llegar a darse el caso de que la entidad adjudicataria que se hubiera comprometido para sumar los puntos en la baremación a la contratación de estos trabajadores con discapacidad, al tratar de contratar a los mismos no los encuentre por no haberlos podido proporcionar las oficinas de empleo o tampoco haberse podido contratar a través de otros procedimientos de selección habituales. Reiteramos que en estos supuestos no parecería lógico resolver el contrato o adoptar otras medidas similares procedentes, en su caso. Ante ello y como ya expusimos para el apartado anterior, siempre que se acredite debidamente tal imposibilidad, se podría incorporar la cautela de que en tales casos podría autorizarse por el órgano de contratación la

sustitución de la obligación fijada por alguna otra medida como, entre otras posibles, colaborar con un Centro Especial de Empleo para la realización de actividades igualmente relacionadas con la ejecución del contrato en cuestión, por un importe equivalente a la contratación de una persona con discapacidad.

PROPUESTAS PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA:

En esta primera propuesta, complementaria de la anterior sobre condiciones de ejecución del contrato, se valoraría en una ponderación de un 10% (entre otras posibles, hasta un 30% aproximadamente) la contratación de 2 o más trabajadores desempleados para vincularlos directamente a la ejecución del contrato, reiterando que dicho porcentaje podría ser lógicamente modificado por el órgano de contratación, si bien se ha entendido como absolutamente moderado pero suficientemente significativo para que tenga un mínimo valor, sin llegar a ser determinante por sí solo.

Podría proponerse la siguiente redacción para el pliego de cláusulas administrativas particulares:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, este órgano de contratación atenderá, entre otros, al criterio del número de trabajadores con discapacidad desempleados que contratarían los licitadores de resultar adjudicatarios para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada.

2. A este criterio se le atribuirá una ponderación del 10 por 100 del total de baremación de las ofertas presentadas para la adjudicación del presente contrato, otorgándose un 5 por 100 por el compromiso de incorporar 2 trabajadores con discapacidad desempleados y otorgándose también el otro 5 por 100 si el compromiso es de incorporar más de 2 trabajadores con discapacidad desempleados.

3. En el caso de que los licitadores estuvieran ya sujetos a la obligación legal de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100 de la plantilla de la empresa, por emplear a un número de 50 o más trabajadores, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, o de adoptar medidas alternativas en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, los trabajadores con discapacidad desempleados que a efectos del presente criterio de adjudicación se contraten para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada deberán suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de dicha obligación legal.

4. Para la debida aplicación de esta medida, las empresas o los empresarios que participen el procedimiento de adjudicación de este contrato, formularán en el

momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable manifestando, de ser el caso, el número de trabajadores con discapacidad desempleados que se comprometen a contratar, de resultar adjudicatarios del contrato, para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada.

Durante la vigencia del contrato o también antes de la devolución de la garantía definitiva, este órgano de contratación podrán exigir a los adjudicatarios, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con esos trabajadores con discapacidad desempleados dedicados especialmente a la ejecución del presente contrato, así como documentación acreditativa de que tales trabajadores suponen un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación legal exigida por el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

5. El adjudicatario sólo podrá quedar exento del cumplimiento de esta obligación acreditando debidamente que se ha intentado la contratación de personas con discapacidad para diferentes puestos relacionados con el contrato adjudicado sin que existan en las oficinas de empleo personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo que se ajusten a los requisitos interesados o que, existiendo, no se encuentren interesados en la oferta de empleo.

En tales casos, el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada por el adjudicatario y de las circunstancias que concurran, podrá autorizar la sustitución del cumplimiento de la condición por la colaboración del citado adjudicatario con un Centro Especial de Empleo para la realización de actividades relacionadas con la ejecución del contrato por un importe equivalente a la contratación de una persona con discapacidad según las reglas de cálculo establecidas por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, o normas que le puedan sustituir o desarrollar.”

Al igual que lo explicado en el apartado anterior, en la segunda de las variantes se exigiría únicamente que se destine directamente a la ejecución del contrato a dichos trabajadores con discapacidad, con independencia de que puedan o no formar parte de dicha plantilla de la empresa con carácter previo, pudiendo tener la siguiente redacción (de nuevo muy similar a la anterior si bien no exigiendo que los trabajadores con discapacidad dedicados a la ejecución del contrato sean desempleados):

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, este órgano de contratación atenderá, entre otros, al criterio del número de trabajadores con discapacidad que los

licitadores, de resultar adjudicatarios, vincularían directamente a la prestación de la ejecución contratada.

2. A este criterio se le atribuirá una ponderación del 10 por 100 del total de baremación de las ofertas presentadas para la adjudicación del presente contrato, otorgándose un 5 por 100 por el compromiso de vincular 2 trabajadores con discapacidad y otorgándose también el otro 5 por 100 si el compromiso es de vincular más de 2 trabajadores con discapacidad.

3. En el caso de que los licitadores estuvieran ya sujetos a la obligación legal de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100 de la plantilla de la empresa, por emplear a un número de 50 o más trabajadores, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, o de adoptar medidas alternativas en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, los trabajadores con discapacidad que a efectos del presente criterio de adjudicación sean vinculados directamente a la prestación de la ejecución contratada deberán suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de dicha obligación legal.

4. Para la debida aplicación de esta medida, las empresas o los empresarios que participen el procedimiento de adjudicación de este contrato, formularán en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable manifestando, de ser el caso, el número de trabajadores con discapacidad que se comprometen a destinar, de resultar adjudicatarios del contrato, para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada.

Durante la vigencia del contrato o también antes de la devolución de la garantía definitiva, este órgano de contratación podrán exigir a los adjudicatarios, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con esos trabajadores con discapacidad dedicados especialmente a la ejecución del presente contrato, así como documentación acreditativa de que tales trabajadores suponen un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación legal exigida por el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

5. El adjudicatario sólo podrá quedar exento del cumplimiento de esta obligación acreditando debidamente que se ha intentado la contratación de personas con discapacidad para diferentes puestos relacionados con el contrato adjudicado sin que existan en las oficinas de empleo personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo que se ajusten a los requisitos interesados o que, existiendo, no se encuentren interesados en la oferta de empleo.

En tales casos, el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada por el adjudicatario y de las circunstancias que concurran, podrá

autorizar la sustitución del cumplimiento de la condición por la colaboración del citado adjudicatario con un Centro Especial de Empleo para la realización de actividades relacionadas con la ejecución del contrato por un importe equivalente a la contratación de una persona con discapacidad según las reglas de cálculo establecidas por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, o normas que le puedan sustituir o desarrollar.”

Pero también podrían proponerse ejemplos más genéricos para ser utilizados por los órganos de contratación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, o que dieran lugar a una mayor libertad de valoración de dichos órganos de contratación, sin que por supuesto tales criterios dejen de ser absolutamente moderados en cuanto a su ponderación.

En este sentido podría proponerse, entre otras, la siguiente fórmula, muy similar a las anteriores si bien en la misma no se concreta el número de trabajadores con discapacidad a contratar sino que únicamente se reseña el porcentaje que se aplicará a dicho criterio de valoración (un 10% o cualquier otro que no resulte totalmente determinante para la adjudicación), dejándose a la valoración del órgano de contratación la concreción de los puntos que se le otorga a cada licitador en función de la propuesta singular que efectúe:

“1. Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, este órgano de contratación atenderá, entre otros, al criterio del número de trabajadores con discapacidad desempleados que contratarían los licitadores de resultar adjudicatarios para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada.

2. A este criterio se le atribuirá una ponderación del 10 por 100 del total de baremación de las ofertas presentadas para la adjudicación del presente contrato.

3. En el caso de que los licitadores estuvieran ya sujetos a la obligación legal de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100 de la plantilla de la empresa, por emplear a un número de 50 o más trabajadores, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, o de adoptar medidas alternativas en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, los trabajadores con discapacidad desempleados que a efectos del presente criterio de adjudicación se contraten para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada deberán suponer un exceso respecto al estricto cumplimiento de dicha obligación legal.

4. Para la debida aplicación de esta medida, las empresas o los empresarios que participen el procedimiento de adjudicación de este contrato, formularán en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable manifestando, de ser el caso, el número de trabajadores con discapacidad desempleados que se comprometen a contratar, de resultar adjudicatarios del contrato, para vincularlos directamente a la prestación de la ejecución contratada.

Durante la vigencia del contrato o también antes de la devolución de la garantía definitiva, este órgano de contratación podrán exigir a los adjudicatarios, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con esos trabajadores con discapacidad desempleados dedicados especialmente a la ejecución del presente contrato, así como documentación acreditativa de que tales trabajadores suponen un exceso respecto al estricto cumplimiento de la obligación legal exigida por el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

5. El adjudicatario sólo podrá quedar exento del cumplimiento de esta obligación acreditando debidamente que se ha intentado la contratación de personas con discapacidad para diferentes puestos relacionados con el contrato adjudicado sin que existan en las oficinas de empleo personas con discapacidad inscritas como demandantes de empleo que se ajusten a los requisitos interesados o que, existiendo, no se encuentren interesados en la oferta de empleo.

En tales casos, el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada por el adjudicatario y de las circunstancias que concurran, podrá autorizar la sustitución del cumplimiento de la condición por la colaboración del citado adjudicatario con un Centro Especial de Empleo para la realización de actividades relacionadas con la ejecución del contrato por un importe equivalente a la contratación de una persona con discapacidad según las reglas de cálculo establecidas por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, o normas que le puedan sustituir o desarrollar.”

UTILIZACIÓN DE ESTA CLÁUSULA POR DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

Si bien los ejemplos que seguidamente se mencionarán no son exactamente idénticos a la propuesta que se acaba de reseñar, todos ellos vienen referidos igualmente a criterios sociales de adjudicación de los contratos, pudiendo indicarse los previstos en las siguientes normas en aras de comprobar como ya vienen siendo aplicados diferentes tipos de esos criterios sociales para la adjudicación en diversas normativas autonómicas o de otro ámbito:

-Ley Foral de Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, modificada por Ley Foral 1/2009, de 19 de febrero, por la que se modifica el artículo 51 de la anterior (artículo 51.2).

-Orden Foral del País Vasco 6/2008, de 2 junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de relaciones con el parlamento, que dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público (Apartado VII.1 del Anexo).

-Diversos Ayuntamientos (Bilbao, A Coruña, Pamplona, Sabadell, Girona, entre muchos otros, vienen ya utilizando en algunos de sus contratos públicos, cláusulas con criterios más o menos similares).

VI.2.3. Criterio de desempate.

En la Disposición Adicional sexta LCSP se faculta al órgano de contratación para establecer, en condiciones de igualdad, su preferencia por la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad superior al 2% (reiteramos que el 2% ya es exigido por la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos), incorporando la fijación de un segundo criterio de desempate (por si varias cumplen el primero) a favor del licitador con el mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla. En este sentido, establece:

“Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 %, 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.”

Si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 %, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.”

Parece evidente que primar a las empresas que proporcionen trabajo a más personas con discapacidades fomentará o favorecerá la contratación de éstas, pese al innegable problema de que este criterio de desempate sólo sea aplicable en caso de empate absoluto, situación que no es muy usual que se alcance, sin perjuicio de que sí ha servido en ocasiones de criterio efectivo de desempate. A tales efectos y para no

desdeñar en absoluto el presente criterio se indica que en el Ministerio de Defensa se dilucidaron en los últimos años dos importantes concursos públicos en virtud del presente criterio de desempate.

PROPUESTAS PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA:

En la presente propuesta se recoge la previsión del citado criterio de desempate, al igual que lo hace la DA sexta LCSP, y se determina y facilita el modo de acreditar su efectivo cumplimiento:

“1. Se incorpora como criterio de desempate al presente pliego de cláusulas administrativas particulares que regirá este concurso, la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar la solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100 de la misma, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirven de base para la adjudicación.

Si varias empresas licitadoras de las que hubieren 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.

2. Para la debida aplicación de este criterio de desempate, se incorpora a estos pliegos de cláusulas administrativas particulares en cuanto a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma.

3. Este órgano de contratación podrá exigir igualmente a las empresas empatadas, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con trabajadores con discapacidad.”

UTILIZACIÓN DE ESTA CLÁUSULA POR DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

En relación con la cláusula que nos ocupa del criterio de desempate, la misma ha venido siendo ya recogida, entre otras, en:

-Ley 18/2003, de 29 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (artículo 115).

-Decreto 279/2004, de 17 diciembre, de la Comunidad Valenciana, que regula medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad (artículo 3).

-Decreto 84/2006, 20 junio, de la Comunidad Canaria, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa para fomentar la integración laboral de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral (artículo 2).

-Ley Foral de Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, modificada por Ley Foral 1/2009, de 19 de febrero, por la que se modifica el artículo 51 de la anterior (artículo 51.3).

-Orden Foral del País Vasco 6/2008, de 2 junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de relaciones con el parlamento, que dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público (Apartado VII.1 del Anexo).

-Reglamento General de Contratación Pública de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, de la Comunidad de Madrid (artículo 20); así como Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, también de la Comunidad de Madrid (artículo 5).

VI.2.4. Reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo.

Finalmente hay que hacer una referencia a la Disposición Adicional séptima LCSP que, simplemente señalándolo de forma expresa, permite a cada órgano de contratación establecer la reserva de adjudicación de algunos contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo (lo que asegura que el adjudicatario sea uno de ellos) o de su ejecución a programas de empleo protegido. En tal sentido, dispone:

“Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 % de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición.”

Como sabemos, los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores con discapacidad, a la vez que ser un medio de inclusión del mayor número de personas con discapacidad al régimen de trabajo normal.

A tenor de su normativa aplicable, la totalidad de la plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por trabajadores con discapacidad, sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal sin discapacidad, imprescindible para el desarrollo de su actividad.

Con ello resulta evidente que queda más que cumplimentado el requisito exigido por la DA séptima LCSP de que en los mismos, al menos el 70 % de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

Como ya se expuso brevemente en otro momento de este Manual, los mismos se encuentran especialmente regulados por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de Centros Especiales de Empleo, que aprueba el Reglamento que establece su régimen jurídico específico, así como por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación de carácter especial de sus trabajadores con discapacidad.

Los Centros Especiales de Empleo pueden ser muy heterogéneos, pudiendo tener carácter público o privado y carecer o no de ánimo de lucro, debiendo en todo caso inscribirse en un Registro estatal o autonómico según el ámbito territorial en que desempeñen sus funciones.

Podrán ser creados por las Administraciones Públicas, bien directamente o en colaboración con otros organismos, por entidades o por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios.

Su financiación se cubre, entre otras opciones, con los beneficios que en su caso se puedan derivar de su actividad, las aportaciones de los titulares o de terceros, las ayudas a su creación que puedan establecer los programas de fomento del empleo y las denominadas ayudas de mantenimiento, esto es, subvenciones por puesto de trabajo ocupado por personas con discapacidad, bonificaciones a la cuota empresarial a la Seguridad Social o subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas.

En todo caso, y a efectos prácticos, debe insistirse en que estos centros ya han demostrado su eficacia y su productividad, llegando a convertirse en empresas consolidadas dentro de sus respectivos sectores, que ofrecen sus bienes y servicios al mercado en condiciones absolutamente competitivas.

Adicionalmente a todo ello, reiteramos que estos centros desempeñan un papel fundamental en la lucha por evitar la exclusión social atendiendo a numerosas personas con discapacidades, recogiendo de esa manera una larga tradición en nuestro país.

Por su parte, los programas de empleo protegido han sido generados al margen del sistema ordinario de trabajo, y están orientados a facilitar la incorporación de los

trabajadores con discapacidad al mercado laboral. En ese sentido abarcarían toda forma de apoyo destinada a facilitar el desarrollo de una actividad profesional y la inserción en el entorno laboral por parte de una persona con discapacidad, como paso previo, siempre que ello sea posible, para su inserción en el mercado ordinario de trabajo, fin último de todos los programas de empleo protegido.

En este concepto no sólo deberían incluirse los Centros Especiales de Empleo, que es la forma más inequívoca y socialmente admitida, debiendo también significarse otras instituciones cuyo estudio detallado desborda este Manual, pero que cuando menos han de ser citadas en el mismo, como los enclaves laborales, el empleo con apoyo o el empleo autónomo para personas con discapacidad, entre otros posibles.

Los enclaves laborales, regulados básicamente por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, se refieren a la subcontratación de obras o servicios entre Centros Especiales de Empleo y empresas ordinarias, permitiendo a los trabajadores con discapacidad desarrollar su trabajo en el seno de éstas dentro un entorno normalizado de trabajo, con todo lo que ello implica. Tienen una gran utilidad actual, funcionando como una medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva para personas con discapacidad.

El empleo con apoyo, regido por Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, designa el conjunto de acciones que buscan facilitar la adaptación social y laboral de los trabajadores con discapacidad severa en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñen puestos equivalentes, comprendiendo tanto la orientación profesional como el acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo.

El empleo autónomo para personas con discapacidad también ha contado tradicionalmente con ayudas institucionales y legislativas, tanto del Estado como de las distintas Comunidades Autónomas.

De forma genérica la reserva obligatoria de ciertos contratos ya había sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a favor de las cooperativas y otras empresas de economía social; y la reserva obligatoria de contratos en relación con los Centros Especiales de Empleo ya existía también a nivel internacional, por ejemplo, en el Reino Unido, o en ciertos estados de Estados Unidos, así como desde hace un tiempo en algunas de nuestras Comunidades Autónomas, que en sus respectivas normativas establecieron la reserva obligatoria a dichos centros de un porcentaje de adjudicación de los contratos que se celebren en su ámbito respectivo.

En la actualidad, y con base en la Directiva 2004/18/CE, ya comentada, la Disposición Adicional séptima LCSP permite que cada órgano de contratación pueda establecer esta medida en los contratos que licite, constituyendo de esa manera una medida básica de acción positiva en materia de igualdad de oportunidades, dado que se favorecerá la contratación con estos centros y, por tanto, su mayor desarrollo y su ampliación en

número, cumpliendo con una exigencia social básica, como es la de que las personas con discapacidad se vean incluidas en el mercado laboral.

En su virtud, y en aplicación de esta facultad que le otorga la Disposición Adicional séptima LCSP, sería muy positivo hacer efectiva esa reserva de adjudicación de contratos de competencia de cada órgano de contratación a Centros Especiales de Empleo o la reserva de su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, ya que se considera una clara acción muy eficaz para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades en nuestro país, tal y como se ha reseñado que sucede cada vez en más naciones.

Los concretos contratos a reservar podrían ser seleccionados en base a un porcentaje del volumen de contratación anual, con lo que se evitaría que los contratos reservados fueran muy poco significativos a efectos económicos, sin que tampoco alcanzaran en absoluto un número excesivo.

Un porcentaje apropiado de reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo podría encontrarse en el entorno entre el 5% y el 10% del importe total anual de contratación, pudiendo quedar excluidos del cómputo los contratos de obras y de concesión de obra pública (por no ser éstos precisamente los que mayormente suelen ser prestados por Centros Especiales de Empleo y por suponer unos importes de contratación especialmente importantes).

No obstante, mientras no se prevea para las reservas de contratos algún porcentaje concreto del volumen de contratación anual o alguna otra fórmula para fijar el volumen de contratos reservados, los órganos de contratación podrán proceder a dichas reservas en los contratos en que lo entiendan más oportuno, en cuanto la facultad que les concede la DA séptima LCSP es de aplicación inmediata y directa en todo el territorio nacional al suponer legislación básica de aplicación general a todas las Administraciones Públicas (Disposición Final séptima LCSP).

Esta reserva legal para estas entidades que desarrollan una importantísima función social, ayudaría al mantenimiento, crecimiento y potenciación de una estructura básica para la plena inclusión laboral, y, por tanto social, de los trabajadores con discapacidad.

Al amparo de esa reserva en la adjudicación entendemos que resulta igualmente muy beneficioso que los órganos de contratación eximan de la obligación de constituir garantía a los centros, entidades y empresas contratados, en base, reiteramos, a la importante función social que éstos desarrollan.

Esta facultad la ostentan tales órganos de contratación al amparo de la posibilidad concedida en ese sentido por el artículo 83.1 LCSP donde se dispone que *“atendidas las circunstancias concurrentes, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos*

(...)”, añadiendo igualmente el mencionado precepto que no es posible esta exención en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas.

PROPUESTAS PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA:

Como se ha indicado, aplicando expresamente las posibilidades que concede la Disposición Adicional séptima LCSP, cada órgano de contratación particular podría incluso prever de forma genérica un porcentaje del volumen de contratación anual para que quede reservado a los Centros Especiales de Empleo.

Esta previsión genérica también podría ser efectuada por cada Departamento Ministerial en cuanto propio órgano de contratación y para todos sus restantes órganos de contratación dependientes del mismo, o por una Consejería autonómica, esto es, por órganos de contratación superiores y que obliguen a los inferiores de ellos dependientes.

Fuera cual fuera esa fórmula, sería muy positivo que la reserva se efectuara en base a un porcentaje del volumen de contratación anual. De esta manera reiteramos que se aseguraría un mínimo de contratos a reservar para que no quedara dicha medida vacía de contenido, sin que tampoco alcanzara en absoluto un número excesivo. A estos efectos se insiste en que podrían quedar excluidos del cómputo los contratos de obras y de concesión de obra pública, que no son habitualmente prestados por Centros Especiales de Empleo y podrían ya suponer unos importes de contratación muy importantes.

Se ha entendido que un porcentaje apropiado de reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo podría ser entre el 5% y el 10% del importe total anual de contratación, excluyendo dichos contratos de obras y de concesión de obra pública.

A efectos de facilitar el cómputo del porcentaje parece oportuno, y así se propone, que ese porcentaje para la reserva en cada órgano de contratación se establezca sobre el importe total anual de su contratación en el ejercicio anterior.

Y se considera para el efectivo cumplimiento de tal porcentaje que únicamente podría justificarse el incumplimiento del indicado porcentaje de reserva en la falta de presentación de ofertas aceptables en los expedientes en los que se solicitaron, o en la no inscripción en el Registro de Contratistas de empresas que cumplan los requisitos se adecuen al objeto contractual reservable.

Como propuesta para una posible previsión genérica de reserva de contratos de los órganos de contratación se efectúa la siguiente:

“1. Este órgano de contratación reservará la adjudicación de un porcentaje de un 10 por 100 del importe total anual de su contratación a Centros Especiales de Empleo, o reservará su ejecución en el marco de 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 puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Quedan excluidos del cómputo los contratos de obras y de concesión de obra pública.

El porcentaje de esta reserva social en este órgano de contratación se establecerá sobre el importe total anual de su contratación en el ejercicio anterior.

2. Únicamente podrá justificarse el incumplimiento del indicado porcentaje de reserva en la falta de presentación de ofertas aceptables en los expedientes en los que se solicitaron, o en la no inscripción en el Registro de Contratistas de empresas que cumplan los requisitos y adecuación al objeto contractual reservable.

3. En todos los anuncios de licitación de contratos cuya adjudicación este órgano de contratación considere conveniente reservar a Centros Especiales de Empleo o cuya ejecución entienda oportuno reservar en el marco de programas de empleo protegido, deberá hacerse referencia a la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, donde se permite esta posibilidad.

4. Este órgano de contratación eximirá de la obligación de constituir garantía a los centros, entidades y empresas contratados al amparo de la reserva a que se refiere el presente artículo. Esta exención se reseñará y justificará en los pliegos en base a la importante función social que tales centros, entidades y empresas desarrollan.”

No obstante, haya o no haya sido previsto para las reservas de contratos algún porcentaje concreto del volumen de contratación anual o alguna otra fórmula para fijar el volumen de contratos reservados, reiteramos que los órganos de contratación podrán proceder igualmente a dichas reservas en los contratos en que lo entiendan más oportuno, en cuanto la facultad que les concede la DA séptima LCSP es de aplicación inmediata y directa en todo el territorio nacional al suponer legislación básica de aplicación general a todas las Administraciones Públicas (Disposición Final séptima LCSP).

A estos efectos insistimos con carácter previo y en cumplimiento de la propia DA séptima LCSP arriba transcrita, que en todos los anuncios de licitación de contratos cuya adjudicación cada órgano de contratación considere conveniente reservar a Centros Especiales de Empleo o cuya ejecución entienda oportuno reservar en el marco de programas de empleo protegido, deberá hacerse referencia a la Disposición Adicional séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, donde se permite esta posibilidad.

Esto es, una vez que un órgano de contratación opte por la presente reserva de contratos a los Centros Especiales de Empleo lo indicará en el anuncio de licitación, pudiendo incluir tanto el dicho anuncio de licitación como en el pliego de cláusulas administrativas particulares la siguiente redacción:

“1. Este órgano de contratación, al amparo de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, reserva la adjudicación del presente contrato a Centros Especiales de Empleo, 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 puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

2. A efectos del presente contrato se exime de la obligación de constituir garantía a los centros, entidades y empresas contratados, en base a la importante función social que tales centros, entidades y empresas desarrollan.”

En todo caso, también podría darse el supuesto de que no se quiera reservar la totalidad de un contrato concreto a los Centros Especiales de Empleo (si bien ésta será la forma ordinaria y habitual de llevar a cabo estas reservas), sino sólo una parte del mismo.

En este segundo caso (podría denominarse de reserva parcial) podrían a su vez darse dos posibilidades diferentes.

Podría acontecer, por un lado, que se abra un único procedimiento de adjudicación para la totalidad del objeto de un contrato, y que en él pudiera reservarse una parte del mismo a los Centros Especiales de Empleo; o, por otro lado, que puedan distinguirse dos procedimientos de adjudicación diferentes (dividiendo el objeto del contrato, si es posible, en dos contratos), y que en este último caso sea sólo uno de dichos procedimientos de adjudicación el que específicamente se reserve (en su totalidad) para la participación en el mismo de Centros Especiales de Empleo, quedando el otro procedimiento para el global de los licitadores.

Por ejemplo, y pretendiendo ser prácticos, si nos encontramos ante un posible procedimiento para adjudicar diversos contratos con un mismo objeto, como pueden ser las tiendas de conveniencia de un aeropuerto, podría reservarse, en el primer caso (de un único contrato reservando sólo parte del mismo a Centros Especiales de Empleo), un determinado número de concesiones para los licitadores que sean Centros Especiales de Empleo; y, en el segundo caso (de dos contratos), podría reservarse en su totalidad uno de ellos donde se adjudiquen un cierto número de concesiones para los licitadores que sean Centros Especiales de Empleo.

En el primero de los supuestos contemplados, esa reserva de parte del contrato podría tener también como base legal, además de la propia DA séptima LCSP, las medidas de acción positiva que permite adoptar la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con

discapacidad, destinadas a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que las personas con discapacidad tienen para la participación plena en la vida política, económica, cultural y social.

Sería una cláusula social similar a la que regula la reserva de puestos de trabajo a favor de las personas con discapacidad en el acceso al empleo público, destacando la importantísima función social que desempeñan los Centros Especiales de Empleo, y estableciendo una especie de turno específico e independiente a favor de los Centros Especiales de Empleo, con un porcentaje determinado.

Podría proponerse para este primer supuesto algo parecido a lo siguiente, sin perjuicio de los ajustes que en todo caso el órgano de contratación considere necesarios:

“1. Al amparo de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, en atención a la importantísima función social que desempeñan, se reserva el X % del objeto de este contrato (o X concesiones) a favor de los Centros Especiales de Empleo, en que al menos el 70 % de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

2. A efectos de dicha reserva, se exime de la obligación de constituir garantía a los centros, entidades y empresas contratados, en base a la importante función social que tales centros, entidades y empresas desarrollan.”

Probablemente menos complejidades técnicas tendría la reserva de contratos en el segundo supuesto, de que la misma se hiciera diferenciando desde su origen dos procedimientos de contratación pública con distinto objeto, uno con un objeto cierto a cuya concesión pueden optar el común de las empresas, y otro específico y restringido para los Centros Especiales de Empleo, que asimismo habrán de tener en todo caso un objeto determinado, de X concesiones, por poner un ejemplo.

En este segundo contrato, la cláusula social de reserva podría ser como la ya apuntada más arriba de reserva total de un contrato (dado que es eso lo que se estaría produciendo) a Centros Especiales de Empleo:

“1. Este órgano de contratación, al amparo de la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, reserva la adjudicación del presente contrato a Centros Especiales de Empleo, 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 puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

2. A efectos del presente contrato se exime de la obligación de constituir garantía a los centros, entidades y empresas contratados, en base a la importante función social que tales centros, entidades y empresas desarrollan.”

UTILIZACIÓN DE ESTA CLÁUSULA POR DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

En relación con esta reserva de contratos, viene ya siendo aplicada, entre otras Administraciones, en diferentes Comunidades Autónomas:

-Ley 18/2003, de 29 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (artículo 116).

-Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de la Generalitat de Cataluña, de medidas fiscales y administrativas, tras su modificación por artículo 19 de la Ley 7/2004, de 16 de julio (artículo 35).

-Decreto 279/2004, de 17 diciembre, de la Comunidad Valenciana, que regula medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad (artículo 4).

-Ley Foral de Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, modificada por Ley Foral 1/2009, de 19 de febrero (artículo 9). En fecha 22 de junio de 2009 se procedieron igualmente a aprobar por el Gobierno de Navarra, las Instrucciones para la aplicación de dicho artículo 9 en materia de reserva de contratos, de la Foral 6/2006, de contratos públicos, en la Administración de la Comunidad Foral.

-Orden Foral del País Vasco 6/2008, de 2 junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de relaciones con el parlamento, que dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público (Apartado IV del Anexo).

VII.- MENCIÓN PARTICULAR A CADA UNA DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES CONTEMPLADAS EN LA LEY SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN SECTORES ESPECIALES (AGUA, ENERGÍA, TRANSPORTES Y SERVICIOS POSTALES) Y PROPUESTAS PARA SU APLICACIÓN CONCRETA POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN.

En aras de evitar innecesarias reiteraciones, el presente punto será tratado de forma más breve debido a la gran similitud que guardan las cláusulas sociales contempladas en la

Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, con las recogidas en la LCSP. Ello motivará que sean continuas las remisiones al previo apartado VI referido a las cláusulas sociales incluidas en la LCSP.

Dicha Ley 31/2007, de 30 de octubre, resulta de aplicación a las entidades contratantes que sean organismos de derecho público o empresas públicas y a las entidades contratantes que sin ser organismos de derecho público o empresas públicas, tengan derechos especiales o exclusivos. Así, y sin carácter limitativo, serían entidades contratantes a tenor de la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley, entre muchas otras, el Canal de Isabel II, Endesa, S.A., Iberdrola, S.A., Unión Fenosa, S.A., Enagás, S.A., ADIF, RENFE Operadora, FEVE, Empresa Municipal de Transportes de Madrid, Metro de Madrid, Correos y Telégrafos, S.A., AENA, Ente Público Puertos del Estado, y un largo etcétera.

De igual manera que lo expuesto para la LCSP, también esta Ley sobre procedimientos de contratación en sectores especiales (LPCSE, en adelante) contiene medidas de carácter obligatorio para todos los órganos de contratación y otras donde se deja su adopción a la elección de cada uno de ellos.

En relación con las primeras, esto es, con las **medidas de carácter imperativo para todos los órganos de contratación**, sólo indicaremos que su redacción guarda gran similitud con lo ya expuesto en el apartado VI.1 para la LCSP por lo que sin perjuicio de transcribir los correspondientes preceptos de la LPCSE, por lo demás, y en aras de no ser reiterativos, nos remitimos íntegramente a lo expuesto en dicho apartado.

Comenzando con los **criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos** disponen el artículo 34 y la Disposición Adicional Sexta LPCSE lo siguiente:

“Artículo 34. Prescripciones técnicas.

1. Las prescripciones técnicas figurarán en la documentación del contrato, ya sea en los anuncios de licitación, en el pliego de condiciones o en los documentos complementarios.

2. En la medida de lo posible las prescripciones técnicas deberán definirse teniendo en cuenta:

- a. Los criterios de accesibilidad para personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios. (...)*

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. (...).”

“Disposición Adicional Sexta.

En el ámbito de la contratación sujeta a esta Ley, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y el desarrollo del procedimiento deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igual de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.”

En relación con las **prohibiciones de contratar** recogidas en el artículo 49.1 LCSP, determina la Disposición Adicional Tercera LPCSE:

“Disposición Adicional Tercera.

Los supuestos de prohibición de contratar establecidos en el artículo 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público serán de aplicación a las entidades contratantes que sean organismos de derecho público, a que se refiere el artículo 3.1, y a las empresas públicas.”

Centrándonos ya en las **medidas** que también contiene la LPCSE **cuya adopción se deja a la elección de cada uno de los órganos de contratación**, de nuevo reseñamos que su redacción resulta muy similar a lo ya expuesto en el apartado VI.2 de este Manual para la LCSP por lo que volvemos a remitirnos a lo analizado en dicho apartado así como a las propuestas allí elaboradas, sin perjuicio de transcribir los correspondientes preceptos de la LPCSE.

Estas medidas serían básicamente las de los artículos 61, 88 y 89 LPCSE, todos ellos legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, y, en consecuencia, de aplicación general a tenor de la Disposición Final segunda LPCSE.

Siguiendo el mismo orden del apartado VI.2 al que ahora nos estamos remitiendo, el artículo 88 LPCSE regula las **condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato** de una manera casi idéntica a como las recoge el artículo 102.1 y 2 LCSP, dando por reproducido lo indicado en el apartado VI.2.1 para la LCSP En concreto, reseña:

“Artículo 88. Condiciones de ejecución del contrato.

“1. Las entidades contratantes podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en el pliego de condiciones.

2. Las condiciones que regulen la ejecución de un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo

social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

3. En el pliego o en el contrato se podrán establecer penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirseles el carácter de obligaciones contractuales esenciales.”

Respecto a los **criterios de adjudicación de los contratos**, debemos hacer referencia al artículo 61 LPCSE, también de redacción semejante al artículo 134 LCSP, dando nuevamente por reproducido todo lo expuesto en el apartado VI.2.2 para la LCSP.

“Artículo 61. Criterios de valoración de las ofertas.

1. (...) Para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.”

Por último, la LPCSE también hace referencia en su artículo 89 a la **reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo**, como así también lo hace de igual manera la Disposición Adicional séptima LCSP, siendo por ello aplicable lo indicado en el apartado VI.2.4 para la LCSP.

“Artículo 89. Contratos reservados.

1. Las entidades contratantes podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros especiales de empleo o prever su ejecución en el contexto de programas de empleo protegido cuando al menos el 70 % de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad

que, debido a la índole o a la gravedad de sus discapacidades, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

2. En el anuncio utilizado para convocar la licitación deberá hacerse mención del artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE.

VIII.- MENCIÓN ESPECIAL A OTRA MEDIDA CUYA APLICACIÓN SE PROPONE, PLENAMENTE FACTIBLE Y COMPATIBLE CON LA LCSP Y CON LA LPCSE, RELATIVA A LA ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD O DE LA APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNATIVAS DE CARÁCTER EXCEPCIONAL.

Hasta ahora se han desarrollado las opciones planteadas por la LCSP así como por la LPCSE, habiéndose propuesto posibles desarrollos concretos para la aplicación de estas medidas (unas de carácter obligatorio para todos los órganos de contratación y otras donde se deja su adopción a la elección de cada uno de ellos).

Seguidamente se hará referencia a otra medida relativa a la acreditación del cumplimiento de la normativa vigente en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional, lógicamente plenamente factible y compatible con las mismas LCSP y LPCSE y con el resto de la normativa aplicable.

La presente medida se contempla como esencial en aras del correcto e inexcusable cumplimiento de un deber legal hasta ahora no cumplido en toda su extensión.

Además, como resulta obvio, con dicha medida no se crearía obligación alguna, sino que tan sólo se estaría recordando la misma y exigiendo que se acreditara el cumplimiento de una obligación legal imperativa y exigible desde hace años en nuestro país, para lo que se considera necesario establecer la obligación de acreditar el puntual cumplimiento de la normativa vigente en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional, de tal manera que el incumplimiento de las misma sea causa de resolución del contrato.

Esta medida resulta plenamente lógica ya que se entiende que la Administración no debe tener contrato alguno con quien infringe la regulación legal vigente y aplicable. Y reiteramos que con esta medida en absoluto se está creando obligación legal alguna, sino sólo recordando la misma y exigiendo que se acredite el cumplimiento de una obligación legal imperativa y exigible desde hace años en nuestro país.

Efectivamente, dispone el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos:

“Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 % sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente (...)

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior (...) bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.”

Dichas medidas alternativas se encuentran actualmente recogidas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

Pues bien, ante el todavía gran incumplimiento existente de esta obligación legal (actualmente se entiende que el grado de cumplimiento de dicha cuota no sólo no llega al preceptivo 2% sino que se encuentra entre el 0,5% y el 1%) se considera necesario establecer la imperiosa exigencia de acreditar el puntual cumplimiento de esta normativa vigente en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional.

De tal manera que el incumplimiento de dicha obligación debería ser causa de resolución del contrato, no de una prohibición de contratar, dado que estas últimas ya vienen contempladas y tasadas en el artículo 49 LCSP.

Reiteramos que esta medida resulta enteramente lógica al no poder la Administración suscribir contrato alguno con las entidades que infrinjan la regulación legal vigente y aplicable.

PROPUESTAS PARA LOS ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA:

A la hora de efectuar una propuesta concreta sobre esta medida, cabría por un lado que se dictara una recomendación o instrucción general por los órganos competentes para ello, tales como los diferentes Departamentos Ministeriales para sus órganos de contratación dependientes de los mismos, o las distintas Consejerías de las Comunidades Autónomas, etc., o incluso por los órganos superiores a éstos.

Si bien igualmente cabría, con independencia de que se diera o no lo expuesto en el párrafo anterior, que cada órgano de contratación en particular fuera quien, de igual manera, procediera en sus pliegos de cláusulas administrativas particulares a recoger la presente medida.

En el primero de los casos, si se quisiera dictar esa recomendación o instrucción general por los órganos competentes para ello, podría proponerse la siguiente redacción:

“1. En todos los pliegos de cláusulas administrativas particulares que sean aprobados por los órganos de contratación, se recordará, además de lo establecido con carácter general por la normativa vigente en materia de contratación pública, la obligación legal de los licitadores de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, siempre que ésta cuente con 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a dicha obligación de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, o bien de la obligación de adoptar medidas alternativas, en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

2. Las empresas o los empresarios que participen en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, formularán en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable, manifestando que cumplen dicha obligación o que, por emplear un número inferior a 50 trabajadores, se encuentran legalmente exentos de la misma.

3. Para la acreditación del cumplimiento de la referida obligación por parte de los licitadores, los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán asimismo incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.

4. Los órganos de contratación podrán comprobar el correcto cumplimiento de esa obligación por el contratista adjudicatario en cualquier momento de la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva, pudiendo exigirse, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con trabajadores con discapacidad, o documentación acreditativa de las medidas alternativas adoptadas.

5. En los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos, los órganos de contratación incluirán como causa de resolución, el incumplimiento por el contratista en cualquier momento durante la vigencia del contrato, de esta

obligación legal, de estar sujeto a la misma por emplear un número de 50 o más trabajadores.”

Por otro lado, si es cada órgano de contratación en particular quien procede en sus pliegos de cláusulas administrativas particulares a recoger la presente medida, el tenor literal de la misma podría quedar de la siguiente manera, a incluir en los citados pliegos de cláusulas administrativas particulares de cada contrato que celebren los diversos órganos de contratación:

“1. Se recuerda en los presentes pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación legal de los licitadores de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, siempre que ésta cuente con 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a dicha obligación de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, o bien de la obligación de adoptar medidas alternativas, en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

2. Las empresas o los empresarios que participen en el procedimiento de adjudicación del presente contrato, formularán en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable, manifestando que cumplen dicha obligación o que, por emplear un número inferior a 50 trabajadores, se encuentran legalmente exentos de la misma.

3. Para la acreditación del cumplimiento de la referida obligación por parte de los licitadores, se incorpora a estos pliegos como documentación a aportar por los licitadores la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.

4. Este órgano de contratación podrá comprobar el correcto cumplimiento de esa obligación por el contratista adjudicatario en cualquier momento de la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva, pudiendo exigirse, entre otra documentación posible, la copia de los contratos celebrados con trabajadores con discapacidad, o documentación acreditativa de las medidas alternativas adoptadas.

5. Se incluye en los presentes pliegos como causa de resolución, el incumplimiento por el contratista en cualquier momento durante la vigencia del contrato, de esta obligación legal, de estar sujeto a la misma por emplear un número de 50 o más trabajadores.”

UTILIZACIÓN DE ESTA CLÁUSULA POR DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

Medidas muy similares a la aquí expuesta se han recogido ya, entre otras, en las siguientes normas o disposiciones:

-Decreto 279/2004, de 17 diciembre, de la Comunidad Valenciana, que regula medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad (artículo 2).

-Orden Foral del País Vasco 6/2008, de 2 junio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de relaciones con el parlamento, que dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público (Apartado VI.3 del Anexo).

-Comunicación de interés general nº 8/2008, de 7 de agosto, de la Subdirección General de Contratación del Ministerio de Defensa, sobre normas sobre integración de personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública (apartado 2).

-Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Alcorcón sobre la utilización de cláusulas sociales en los contratos públicos, de fecha 22 de diciembre de 2005.

-Reglamento General de Contratación Pública de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, de la Comunidad de Madrid (artículo 8); así como Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, también de la Comunidad de Madrid (artículo 4).

IX.- ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES.

Según ha ido indicándose a lo largo de este Manual, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), traspuso en España la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Y de forma similar lo hizo la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LPCSE), que procedió a trasponer la Directiva 2004/17/CE.

En dichas Leyes se incluyeron una batería de medidas que, aparte de entender que mejoran técnicamente la norma, son básicas para la integración en la sociedad de las personas con discapacidad, tal y como exige la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de

igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Dichas medidas de claro interés general tienen un inequívoco fundamento en el deber legal que tienen los poderes públicos en nuestro país para adoptar medidas de acción positiva en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, así como de cumplirlas de modo efectivo, como resulta de la propia Constitución en sus artículos 9.2, 10, 14 y 49 y de su desarrollo por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos y por la mencionada Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

No pudiendo olvidar que el desempeño de un trabajo adecuado es la mejor forma que tienen las personas con discapacidad para mejorar su calidad de vida y conquistar mayores cuotas de autonomía en su camino hacia una forma de vida independiente, y que, por lo tanto, su inclusión laboral debe ser una prioridad de las Administraciones Públicas.

Entre los instrumentos que sirven a dicho objetivo, sin duda se encuentran los contratos públicos, mediante los que se puede atender a consideraciones de tipo social y, a través de las denominadas cláusulas sociales, potenciar un mayor empleo de las personas con discapacidad.

Por esta razón tanto la Directiva 2004/18/CE como la propia Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y también la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, han incorporado esas distintas medidas en favor de la inclusión en las plantillas de las empresas licitadoras de estos trabajadores afectados por una mayor dificultad de inserción en el mundo laboral.

A tales efectos en las citadas Leyes se prevén algunas medidas obligatorias para todos los poderes adjudicadores, aunque en muchas otras se deja la decisión sobre su aplicación a la elección del órgano de contratación.

En este Manual, y en cumplimiento de la Proposición no de Ley que en fecha 23 de junio de 2009 el Congreso de los Diputados aprobó con el apoyo de todos los grupos parlamentarios, se han expuesto las posibilidades que la nueva normativa de contratación pública ofrece directamente a los órganos de contratación con el propósito de intentar conseguir con ellas mejorar la situación de las personas con discapacidad en la vida económica y, consecuentemente, en la vida social.

Asimismo se han incluido una serie de propuestas de medidas, con base en esas posibilidades, que podrían ser de aplicación directa e inmediata por los propios órganos de contratación, no siendo necesario esperar a ningún desarrollo reglamentario de tipo alguno de la norma que las establece, ya que algunas de estas medidas tan sólo recuerdan la necesidad de cumplir la normativa vigente (lo que debe hacerse en todo caso), mientras que el resto se limita a aplicar facultades reconocidas legalmente en cada caso a esos mismos órganos de contratación

Lo que se pretende de esta manera es únicamente colaborar con los diferentes órganos de contratación y con las Administraciones Públicas en su conjunto, en aras de facilitar el ejercicio por éstos de sus competencias derivadas de la propia legislación de contratos, que les han sido atribuidas por dicha Ley en su condición de tales órganos de contratación.

A mayor abundamiento debemos también recordar, como ya se expuso en un inicio, que dichas medidas no sólo muestran el claro compromiso y la especial sensibilidad de las Administraciones Públicas hacia las personas con discapacidad, aplicando medidas de acción positiva que favorezcan la inclusión de estas personas, sino que cuentan con una implementación práctica oportuna en los actuales momentos, al no generar coste económico alguno y al incidir muy favorablemente en la creación de empleo.

En consecuencia, en la actualidad tenemos los medios para que en un plazo más o menos corto pueda conseguirse esa plena inclusión de las personas con discapacidad, propósito común de todas las civilizaciones avanzadas, pero su consecución efectiva requiere sin duda de la decidida concienciación e intervención de todas las Administraciones Públicas, así como de la imprescindible colaboración de las empresas privadas en este fin común, no sólo como sujetos pasivos de muchas de las medidas aprobadas, sino también como beneficiarios directos de las mismas y de la plena inclusión socio-laboral de los sectores afectados.

Septiembre, 2009