

Susana Rodríguez Escanciano

Un paso adelante en la protección
de los derechos laborales
de las personas con discapacidad:
el nuevo sistema de contratación
pública

Director: **Luis Cayo Pérez Bueno**

Publicado con el apoyo de:



El 29 de abril de 2008, el Jurado del **PREMIO CERMI- Obra Social Caja Madrid "DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS" 2007-2008**, compuesto por Luis Cayo Pérez Bueno, Secretario General del CERMI, en calidad de Presidente, y María Fernanda Ayán San José, Directora de Programación y Concertación Asistencial de la Obra Social Caja Madrid, Juan Ignacio Gómez Pallete, del Departamento de Personas Dependientes de la Obra Social Caja Madrid, Rafael de Lorenzo García, Secretario General del Consejo General de la ONCE, Fernando Fernández-Arias Minuesa, Director de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Silvia Escobar Moreno, Embajadora Extraordinaria para cuestiones de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Antonio Luis Martínez Pujalte, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche, Rafael de Asís, Director del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Miguel Ángel Cabra de Luna, Director de Relaciones Sociales e Internacionales de la Fundación ONCE y Ana Peláez Narváez, Directora de Relaciones Internacionales de la ONCE y Comisionada de Mujer del CERMI, todos ellos en calidad de miembros, adoptó por unanimidad el acuerdo de recomendar la edición en forma de libro del estudio *"Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública"*, presentado por Susana Rodríguez Escanciano, que se publica en la colección **cermi.es**.

Primera edición: julio 2008

- © Del texto: Susana Rodríguez Escanciano, 2008
- © De esta edición: CERMI
- © De la ilustración de cubierta: David de la Fuente Coello, 2008

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las obras de la Colección **cermi.es** editadas por Ediciones Cinca, S.A., incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinca, S. A., se identifique con las mismas.

Diseño de colección: Juan Vidaurre

Producción editorial,
coordinación técnica e impresión:
Grupo editorial CINCA
Avda. Doctor Federico Rubio y Galí, 88.
28040 Madrid
grupoeditorial@edicionescinca.com

Depósito legal:
ISBN: 978-84-96889-29-3

Susana Rodríguez Escanciano

Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública

CERMI

COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD



Ediciones
Cinca

	<i>Págs.</i>
1. PLANTEAMIENTO	13
2. LAS QUIEBRAS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EMPRESARIAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	17
3. LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	21
4. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA	25
4.1. Incentivos.....	29
4.2. El fracaso de los cupos.....	32
5. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES DE LOS CONTRATOS COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL «EMPLEO SELECTIVO»	35
5.1. Precedentes normativos	37
5.2. Naturaleza jurídica de las empresas beneficiarias.....	39
5.3. Aproximación al sistema de cuota indirecta	42
5.3.1. La posible utilización de contratos en precario ...	43
5.3.2. La omisión de reglas de cómputo.....	44
5.3.3. La acreditación de solvencia técnica	45
5.4. El perjuicio de los «grandes discapacitados»	46
5.5. El limitado ámbito de aplicación del parámetro de desempate.....	59
5.5.1. Inclusión en el pliego de cláusulas particulares..	59
5.5.2. Equivalencia entre ofertas	64

	<i>Págs.</i>
6. LA LUCHA CONTRA LA «EXCLUSIÓN SOCIAL» DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN	67
7. LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO: NUEVOS YACIMIENTOS DE EMPLEO A FAVOR DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD.....	77
8. ORGANIZACIONES DE COMERCIO JUSTO Y SU ACTUACIÓN EN DEFENSA DE LOS TRABAJADORES CON DÉFICIT DE CAPACIDAD	89
9. LA ADJUDICACIÓN PREFERENTE Y SU ACOMODO A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	95
10. SU COMPATIBILIDAD CON LOS DISTINTOS SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO	103
11. LA CONTRATACIÓN DE MUJERES CON DISCAPACIDAD	109
11.1. La promoción de la igualdad efectiva	110
11.2. La sensibilidad empresarial en materia de conciliación de la vida laboral y familiar	123
11.3. La preocupación por la violencia de género	138
12. EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA RESPONSABLE EN MATERIA DE GESTIÓN DE PERSONAL.....	147
13. MEDIDAS ADICIONALES DE REFUERZO	153
13.1. Prohibiciones para contratar con la Administración	154
13.2. Acomodo de las prescripciones técnicas al parámetro de accesibilidad universal	157

	<i>Págs.</i>
13.2.1. La tutela de la salud laboral de los trabajadores con discapacidad.....	159
13.2.2. La sanción por el incumplimiento.....	164
13.2.3. Condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración del Estado	174
13.3. Reserva de participación para centros especiales de empleo	175
13.4. Las consecuencias del progreso técnico.....	181
13.5. El diseño para todos como cláusula de cierre.....	184
14. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTRODUCIR CRITERIOS SOCIALES EN OTRAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN	187
14.1. Como criterios de valoración.....	188
14.2. Como condiciones de ejecución.....	203
15. REFLEXIÓN FINAL.....	211

Abreviaturas más utilizadas

EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
LCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos
LISOS	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres
LPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública

RCAP Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

AA	Revista Actualidad Administrativa
AL	Revista Actualidad Laboral
AS	Revista Aranzadi Social
ATCo	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CC.AA	Comunidad(es) Autónoma(s)
CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
Cont-Admtivo	Contencioso-Administrativo
CP	Código Penal
DA	Revista Documentación Administrativa
DL	Documentación Laboral
GDLRI	Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
JA	Revista Justicia Administrativa
MAP	Ministerio para las Administraciones Públicas
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
OM	Orden Ministerial
PJ	Revista Poder Judicial
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
RD	Real Decreto
RD-Ley	Real Decreto-Ley

Abreviaturas más utilizadas

RDP	Revista de Derecho Público
RDS	Revista de Derecho Social
RDT	Revista de Derecho del Trabajo
REALA	Revista Española de Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
REP	Revista de Estudios Políticos
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RGD	Revista General de Derecho
RGAP	Revista Gallega de Administración Pública
RGDS	Revista Gallega de Derecho Social
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIT	Revista Internacional del Trabajo
RJC	Revista Jurídica Catalana
RL	Revista Relaciones Laborales
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS	Revista de Política Social
RSS	Revista de Seguridad Social
RTL	Revista Técnico Laboral
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
RTSS(CEF)	Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
RXG	Revista Xurídica Galega
STCo	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCo	Tribunal Constitucional

TCT	Tribunal Central de Trabajo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

AA.VV.	Autores Varios
Ar.	Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia)
art./s	artículo/s
cit.	citado
D	Decreto
ed.	edición
et alii	y otros
JUR	Jurisprudencia WestLaw
LO	Ley Orgánica
O	Orden
pág./s	página/s
RD	Real Decreto
s/a	sin año
ss.	siguientes
T.	Tomo
TOL	Jurisprudencia Tirant on Line
Vol.	Volumen

1. PLANTEAMIENTO

Dos son las vías principales a través de las cuales se han ido concretando y plasmando los cambios sobre el modelo de tratamiento de las personas con discapacidad, facilitando el tránsito desde un modelo asistencial a un modelo de socialización asentado en los derechos humanos. La primera vía se ha articulado mediante la adopción de un variado conjunto de declaraciones adoptadas por los distintos órganos de Naciones Unidas en materia de discapacidad; la segunda se ha encauzado mediante la aplicación a las personas con discapacidad de los variados instrumentos aprobados por Naciones Unidas en materia de derechos humanos. No es propósito de este trabajo entrar en un análisis detallado del modo cómo una y otra vía han contribuido a la afirmación, primero, y a la consolidación, más tarde, de un modelo de discapacidad basado precisamente en los derechos humanos. Pero no resultará impertinente efectuar algunas consideraciones a este respecto, sin otra finalidad distinta a la de reafirmar que el diseño de un sistema de protección efectiva de los derechos e intereses de las personas con discapacidad ha de pasar necesariamente por evitar y erradicar aquellas actitudes «hermanadas en la negación de la dignidad humana de estos sujetos, que quedan reducidos bien a la condición de objetos de cálculo o eficiencia económica, bien a la condición de individuos de segunda categoría, sólo aptos para el ejercicio de la compasión emocional o de la caridad material»¹.

¹ VALDÉS DAL-REÉ, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad», *RL*, núm. 12, 2005, pág. 9.

Las desventajas sociales que sufren los discapacitados no deben eliminarse como consecuencia de la «buena voluntad» de otras personas, sino que deben erradicarse porque son atentatorias frente al goce y ejercicio efectivo de sus derechos humanos². Estos sujetos, en calidad de ciudadanos, deben poseer idénticos derechos que los demás, incluido el derecho a una vida independiente y a participar plenamente en la sociedad, sobre todo, desarrollando una actividad remunerada, tal y como reconoce la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008).

A lo largo de los últimos años, una cadena de normas han expresado su compromiso en la construcción de una sociedad incluyente; de una sociedad accesible a todos y en la que todos dispongan de las mismas oportunidades en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Pero ese objetivo, relativo a la aplicación de una política de discapacidad basada en tales derechos, también está lejos de haberse alcanzado en nuestra realidad más cotidiana, en aquella que nos circunda. Para verificar esta premisa, no es preciso acudir a fuentes estadísticas, basta con utilizar rudimentarios empirismos para percatarse que el medio o entorno físico sigue segregado³. La realización de un trabajo retribuido, en el sector privado o público, constituye, quizás, el factor más importante de desarrollo personal de los discapacitados, siendo la principal muestra de integración de este amplio colectivo en la sociedad y de igualdad respecto al resto de los ciudadanos. El principio de paridad de trato del artículo 14 CE debe tener una especial proyección en las personas con discapacidad, que merecen no ser discriminadas por razón de sus minus-

² PALACIOS, A. y BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, 2007, pág. 23.

³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 385.

valías, tampoco en las relaciones laborales. Este objetivo y las normas que tienden a garantizarlo no sólo han pasado a ocupar un primer plano en el campo del Derecho del Trabajo, claramente tuitivo o protector en su misma esencia, sino que es una responsabilidad que afecta, en general, a las organizaciones gubernamentales mediante otros posibles ámbitos de actuación. Un paso importante en el intento de combatir esa realidad segregadora y de contribuir, al tiempo, a mejorar la calidad de vida de los discapacitados en cuanto ciudadanos titulares del conjunto de todos los derechos humanos, ya sean civiles o sociales, económicos y culturales, removiendo y eliminando los obstáculos que impidan su participación en la vida social y, en particular, en la vida laboral, puede encontrarse en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la verdad es que puede tener un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial. No cabe duda de que las Administraciones públicas pueden condicionar a las empresas a que observen determinados comportamientos (sin obligarles coactivamente a ellos), utilizando el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten programas o actuaciones que los poderes públicos desean fomentar. Es más, las propias instituciones europeas han mantenido (e incluso alentado) la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema (suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras

situadas en otro Estado miembro). Incluso, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, reconoce expresamente, en su artículo 27, la posibilidad de que el poder adjudicador pueda establecer obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y, por lo que aquí interesa, a la tutela de las condiciones de trabajo. Bajo tales premisas, no puede extrañar que una de las principales novedades, introducidas por la LCSP, consista precisamente en la previsión de mecanismos que permiten incorporar en la contratación administrativa consideraciones de tipo social, configurados «como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a los nuevos requerimientos éticos y sociales» (Exposición de Motivos).

Esta preocupación del sistema de contratación pública por promocionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios privados, en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de fines de interés general, cobra pleno sentido en relación con el fomento del empleo de las personas con discapacidad, no en vano se trata de uno de los colectivos (tres millones y medio de personas —el 9 por 100 de la población—) que más dificultades presentan a la hora de acceder a una ocupación por cuenta ajena⁴.

⁴ En uno de cada cuatro hogares, vive una persona con discapacidad. Una de cada tres personas (en total, más de 15 millones) tiene un familiar directo minusválido. www.cermi.es

2. LAS QUIEBRAS DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EMPRESARIAL A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Cierto es que con la contratación administrativa no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, sino que también, sin abandonar esta pauta, se pueden conseguir objetivos sociales capaces de ayudar al incremento del beneficio de la colectividad. A nadie se le escapa que el problema del empleo y, más concretamente, la búsqueda y pérdida del mismo, supone una de las cuestiones más acuciantes con que se enfrentan las sociedades industrialmente avanzadas como es el caso de la española, no en vano el acceso al mundo laboral es un derecho humano básico y una de las formas más positivas para lograr la integración social y la vida autónoma de las personas, sobre todo de aquellas más vulnerables, entre las cuales ocupan un lugar muy destacado los discapacitados.

Partiendo del dato incuestionable de que, en el marco del principio de libertad de empresa (art. 38 CE), la decisión de crear puestos de trabajo descansa sustancial y mayoritariamente en manos privadas, no cabe duda de que corresponde a la acción pública la función instrumental de fomentar o estimular, de facilitar y favorecer en definitiva, aquella iniciativa¹. La polí-

¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales», en AA.VV. (MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., Coord.): *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias Tarraconenses de Seguridad Social*, Barcelona, 1996, pág. 25.

tica de empleo «no debe quedarse, por tanto, en una finalidad defensiva o redistributiva, sino que debe orientarse al más ambicioso objetivo de una promoción global de los recursos humanos, tendente a alcanzar el pleno empleo y hacerlo, además, de la forma cualitativamente más satisfactoria»². Esta actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo, con el objetivo último de procurar la deseada creación de ocupación a la vez que incrementar la estructura ocupacional del sistema productivo en su conjunto, ha adquirido una importancia significativa en los últimos decenios al punto de convertirse «en el tema que concita las mayores inquietudes en el campo del Derecho del Trabajo»³, materializado básicamente a través de incentivos directos al reclutamiento de trabajadores, normalmente referidos a las «capas débiles» del mercado (dentro de las cuales se encuentran lógicamente las personas con discapacidad), bien a través de preferencias en el acceso, bien de subvenciones, bonificaciones y exenciones fiscales o de Seguridad Social para el mismo⁴.

De esta forma, la atención del legislador laboral hacia los sujetos carentes de un contrato de trabajo, ya sea porque no lo han tenido pero aspiran a alcanzarlo, ya sea porque lo han perdido y tienden a conseguirlo de nuevo, ha crecido de modo extraordinario. De ahí que el Derecho del Trabajo incorpore a sus técnicas normativas un arsenal de medidas de índole económica pero con repercusiones jurídicas. Las bonificaciones en las cuotas que abonan los empresarios y trabajadores a la Seguridad Social o las subvenciones por contratación de nuevo personal e incremento de plantilla son, así, nuevos instrumentos de los que el ordenamiento jurídico-laboral, desde la década de los setenta en la mayor parte de los países europeos, se dota para seguir tratando de cumplir su defensa del mundo productivo

² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIAÑO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid, 1998, pág. 271.

³ IGLESIAS CABERO, M.: «La gestión privada del empleo», *AL*, núm. 9, 2000, pág. 119.

⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral», *RL*, 1991, Tomo I, págs. 138 y ss.

y en especial de quienes tienen más necesidades de protección (léase, los minusválidos)⁵.

Ahora bien, la inserción y reinserción en el mercado de trabajo o la adecuación de la oferta y la demanda de ocupaciones, acompañadas de las oportunas medidas de fomento del empleo de calidad, no sólo pasa a ocupar un primer plano en el campo del Derecho Social, claramente tuitivo o protector en su misma esencia, sino que es una responsabilidad que afecta, en general, a las organizaciones gubernamentales mediante otros posibles ámbitos de actuación, «no en vano el trabajo, antes que otra cosa, es una premisa para que el hombre realice sus valores como individuo, exprese y acreciente su nativa dignidad y sea capaz de participar en la cultura de su tiempo en un sentido más radical, esto es, en la cultura entendida como ámbito insaturable del quehacer humano que le permite construirse a sí mismo como persona»⁶. Esta actividad prestacional tiene múltiples manifestaciones, para lo cual el ordenamiento jurídico habilita también distintos mecanismos y fórmulas de actuación, algunas de ellas situadas en el límite (o, mejor, extramuros) de las competencias del Derecho Laboral. Entre estas últimas, cobra singular importancia la posible inclusión de las denominadas cláusulas sociales en el proceso de licitación pública, como otro de los instrumentos diseñados por la Administración para la consecución de un ajuste ordenado entre oferta y demanda de actividad al margen del Derecho del Empleo y, por tanto, del Derecho del Trabajo, pues el primero no constituye sino una rama del segundo. Ello encuentra su fundamento en la propia configuración de España como Estado Social, y supone la exigencia en los procesos de contratación administrativa de requisitos no sólo económicos, sino también de calidad social de obligado cumplimiento por contratistas o concesionarios⁷.

⁵ ROJO TORRECILLA, E.: «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 18, 1997, págs. 33-34.

⁶ RIVERO LAMAS, J.: «El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada», *TL*, núm. 44, 1997, pág. 4.

⁷ ROMÁN VACA, E.: «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 193.

En nuestro país, la constitucionalización del Estado social de Derecho conlleva como lógica consecuencia que la Administración no pueda permanecer neutral, limitándose a la defensa de la libertad y de la propiedad individuales en el más puro estilo liberal; antes al contrario, debe ser una Administración que se implique en la sociedad y en el bienestar de los ciudadanos. Este modelo supone, como no podría ser de otra manera, una intervención de los poderes públicos dirigida a ahondar en la justicia social⁸. Aquéllos no deben limitarse a proporcionar los bienes materiales a los usuarios, sino que más allá de esto, el Estado no abstencionista debe hacer posible «un orden social justo», capaz de garantizar un nivel mínimo de calidad de vida, según un espectro que va desde el nuclear de la dignidad de la persona y de los derechos de la misma más ligados al desarrollo de su personalidad hasta el más penetrado por las exigencias derivadas de la convivencia social⁹. En este marco, el fomento del empleo de los colectivos más desfavorecidos, y, más en concreto, de los discapacitados, se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios del sistema de contratación pública.

⁸ QUINTANA LÓPEZ, T.: «La actividad administrativa de prestación. El servicio público. La doctrina clásica del servicio público. Evolución de la doctrina. Nacionalización y municipalización de servicios y actividades», en AA.VV.: *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1995, pág. 114.

⁹ PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998, pág. 606.

3. LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El progreso en pro del establecimiento y desarrollo de un marco jurídico de lucha contra la discriminación e igualdad de trabajo de las personas con discapacidad constituye un hecho difícilmente refutable en el diseño de la nueva LCSP y, ya antes, aun cuando con menos contundencia en sus precedentes normativos.

Bajo una afanosa búsqueda de eficacia¹, la Administración pública puede acudir a la hora de prestar servicios a los ciudadanos a la gestión indirecta de los mismos por medio de sujetos privados, quienes, tras un proceso reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización material de ciertas parcelas asociadas a las prerrogativas de aquélla, pues «en ningún momento se establece que sea esencial a la noción de servicio público su titularidad y dispensa estatal (mejor, gubernativa en general)»². En este contexto, el Ente administrativo actúa de manera similar a las empresas ordinarias, descargando en unidades productivas auxiliares determinadas

¹ NIETO GARCÍA, A.: «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», en AA.VV.: *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1984, pág. 895; MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990, págs. 17 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «El reto dogmático del principio de eficacia», *RAP*, núm. 133, 1994, págs. 7 y ss. o AA.VV.: *Efficienza e produttività nelle Pubbliche Amministrazioni: I progetti-pilota i un'occasione fallita?*, Milán, 1991.

² SALA ARQUER, J.M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en Derecho español)*, Madrid, 1977, pág. 79.

actividades que, aun cuando necesarias para el normal desenvolvimiento de los cometidos que le son propios, no revisten la condición de ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos; la pretensión quedaría situada en reducir costes, riesgos y personal, para concentrar sus recursos en organizar y gestionar otras actividades, de manera fundamental aquéllas no susceptibles de desconcentración productiva. Como con acierto se ha dicho, «con ello queda herida de muerte la tesis clásica conforme a la cual el referente debía reunir un triple requisito (institución regida por el Derecho Administrativo, de interés general y sometida a un régimen exorbitante), puesta en cuestión al constatar la presencia de unidades productivas y de prestación de servicios externas (cae el requisito de «établissement public»), que, con carácter privado y no sometidas a ordenamiento alguno a partir del cual sostener privilegios (el «régimen privilegié»), gestionan cometidos de interés general»³. Lo único permanente es, por tanto, «la nature de l'activité et des conditions juridiques de fonctionnement»⁴.

La llamada «externalización» de actividades, «que se ha abierto paso en los Entes públicos, a través de contratos con empresas privadas que ejercen actividades económicas a favor de la Administración por medio de su propio personal, ha conocido, además, en las últimas décadas, un desarrollo sin precedentes»⁵. La crisis de los años setenta, la «terciarización» del sistema productivo y, sobre todo, la incorporación creciente de nuevas tecnologías, han puesto en marcha y acelerado un proceso en el cual los supuestos de gestión indirecta de actuaciones públicas por personas jurídico-privadas a través del mecanismo de la contrata o concesión administrativa han cobrado una importancia muy destacada. Ahora bien, esta privatización en el funcio-

³ MARTÍN REBOLLO, L.: «La administración de garantías: vigencia y limitaciones», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, pág. 31.

⁴ VILLAR PALASÍ, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, págs. 262-263.

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 11, 2005, pág. 10.

namiento de un Ente gestor de servicios públicos, unida a la consecuente aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada, no puede conllevar por sí misma la privatización de las relaciones con los administrados. «El régimen jurídico de los servicios públicos genuinamente tales sigue siendo, por tanto, un régimen jurídico-administrativo y a su legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) deben someterse íntegramente los gestores privados, se organicen éstos como fuere, pues la legalidad es en la Norma Fundamental una técnica de garantizar la libertad de los ciudadanos y no simplemente de pautar la organización de los órganos públicos»⁶.

De este modo, nada impide a los poderes gubernativos atender al bienestar de la sociedad a través del sistema de contratación como una de las técnicas jurídicas más idóneas para proporcionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios particulares en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de fines de interés general. Desde tal perspectiva, una primera manifestación de esta opción legislativa, si bien bastante tenue —como se tendrá ocasión de comprobar—, puede encontrarse en la disposición adicional 8.^a de la Ley 35/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, referida a la preferencia en la adjudicación de los contratos a las proposiciones presentadas por aquellas empresas que tuvieran en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100. Tal previsión fue recogida con idéntico tenor literal en la disposición adicional 8.^a del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que únicamente se limita a añadir un segundo párrafo en dicha adicional con el fin de otorgar también la misma preferencia a las entidades sin ánimo de lucro.

En la actualidad, la LCSP, en su disposición adicional 6.^a, manifiesta una mayor sensibilidad a la hora de establecer mecanismos de orientación

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Prólogo», a la obra de SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6.^a edición, Madrid, 2004, pág. 18.

y corrección de la iniciativa privada en la dirección deseada: el fomento del empleo de las «capas más débiles» del mercado de trabajo. Así, permite que las Administraciones públicas incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para ser adjudicatarias no sólo, como ya sucedía antes, de aquellas empresas que tengan un porcentaje de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 de la plantilla (párrafo 1.º) y de las entidades sin ánimo de lucro cuyas prestaciones sean de carácter social o asistencial (párrafo 3.º), sino también —como novedad— de aquellos empleadores dedicados específicamente a la promoción e inserción de personas en situación de exclusión social (párrafo 2.º) o de aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo (párrafo 4.º). Al tiempo, esta Ley pretende reducir la resistencia empresarial a reservar puestos de trabajo a favor de los minusválidos, utilizando otras medidas, de muy diverso signo, incorporadas a lo largo del articulado de la misma. Es más, no cabe negar que el activismo del tenor legal a favor de las personas con discapacidad es constante, pues el concepto de ajuste razonable ocupa una posición de singular relieve a fin de garantizar la igualdad de oportunidades de este colectivo y combatir la discriminación. Sirve, pues, a un claro objetivo: asegurar a las personas con discapacidad el acceso al empleo, en situación de paridad de oportunidades con el resto de ciudadanos. No consigue, sin embargo, lograr —como se tendrá ocasión de comprobar— que estas personas alcancen unos resultados idénticos a quienes carecen de discapacidad en el marco del sistema público de contratación.

4. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Como con acierto se ha dicho, «las personas con minusvalía a menudo forman parte de los grupos más frágiles, independientemente de la sociedad en la que vivan... y una de las razones es que la colectividad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de tales sujetos»¹. De sobra es conocido cómo el artículo 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Justamente uno de los «óbices» más evidentes a los cuales eventualmente ha de hacer frente el ser humano es el de su falta de capacidad, una disminución física o psíquica cuyo lastre le impida desarrollar, en mayor o menor grado, toda su potencialidad².

Por tal razón, la propia Norma Fundamental incluye, entre los principios rectores de la política social y económica, un claro mandato —quizá el «más relevante» en esta materia—³ dirigido a los poderes públicos: realizar una

¹ Dictamen del Comité Económico y Social relativo a la «Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía» y «Proyecto de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías». DOCE núm. C 66/35, de 3 de marzo de 1997.

² CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991, págs. 43 y ss.

³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación», TS, núm. 91, 1998, pág. 56.

labor de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles cuanta atención especializada requieran (art. 49 CE), compeliendo «a los órganos públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para situar a los disminuidos o minusválidos en pie de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores, de modo que puedan desenvolverse sin restricciones en una sociedad competitiva y en un medio adverso que se rige por las leyes inexorables del mercado»⁴. Es pacífica la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe preocuparse de los trabajadores minusválidos tanto para facilitar su acceso al mercado de trabajo o reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales; la lectura del artículo 49 CE, antes reseñado, y su concordancia con la cláusula compensadora del artículo 9.2, el derecho al trabajo sin discriminaciones a que alude el artículo 35.1, el objetivo tendencial del pleno empleo consagrado por el artículo 40 o la invocación de la dignidad de la persona que lleva a cabo el artículo 10, lo indican claramente⁵.

Parece innecesario, por evidente, justificar cómo uno de los campos en los cuales con mayor fuerza pueden dejarse sentir esos designios imperativos de «igualdad real y efectiva» e «integración de los disminuidos» es, precisamente, en el ámbito de las relaciones laborales⁶, habida cuenta el trabajo humano —retribuido y por cuenta ajena— no sólo supone para la mayor parte de la población el medio de obtención de los recursos económicos «que permitan la subsistencia de quien trabaja»⁷ —lo cual ya es mucho—, sino también —y quizá hasta de superior trascendencia— uno de los más importantes cauces de realización personal y satisfacción individual del anhelo

⁴ DE LA VILLA GIL, L.E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «El derecho al trabajo de los minusválidos», *RT*, núm. 79, 1995, págs. 17-18.

⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», *AS*, 1999, T. V, pág. 47.

⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación», *TL*, núm. 7, 1986, págs. 54 y ss.

⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)», *RL*, 1987, T. I, pág. 218.

creador genéticamente incorporado al ser humano⁸. Por tanto, para lograr la integración de las personas con discapacidad y evitar la conversión de sus limitaciones personales en barreras sociales, el principal «trampolín» viene dado por el acceso y la permanencia en el empleo⁹, habida cuenta la falta de ocupación adecuada o de los mecanismos para su correcta inserción laboral constituyen algunas de las dificultades más importantes contra las cuales deben luchar¹⁰.

La inserción laboral de las personas incapacitadas¹¹ es desde luego uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos¹². Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente)¹³ tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este colectivo sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores¹⁴. Largo ha sido el iter normativo desde la Ley 13/1982, de 13 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISMI) y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo), hasta la relativamente reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, desarrollada en múltiples ocasiones, siempre con la pretensión, nunca plenamente conseguida, de «establecer un conjunto

⁸ RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993, págs. 13 y ss.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *RL*, núm. 5, 2000, pág. 1.

¹⁰ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, pág. 9.

¹¹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.). *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 11 y ss.

¹² GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo de los incapacitados», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 25.

¹³ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

¹⁴ Tal y como reconoce el II Plan de Acción para las personas con discapacidad (2003-2007). www.mtas.es.

coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección» a favor de quienes tanto lo merecen¹⁵.

Su deseable acceso al mundo laboral ha quedado encauzado a través de dos vías netamente diferenciadas y diferenciadas, aun cuando necesariamente relacionadas entre sí¹⁶. Así, de un lado, ha sido perfilada una relación laboral de carácter especial para ordenar el trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo (Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio)¹⁷. De otro, y en el intento por no condenar al discapacitado a vivir fuera del mundo, en plácidos «paraísos laborales» sin conexión real con la sociedad, se reconoce que «el objetivo fundamental de la política de empleo viene dado por su integración en el sistema ordinario de trabajo» (art. 37 LISMI —en la redacción dada por el artículo 38 Ley 62/2003, de 30 de diciembre—) y a tal fin se ha adoptado un ingente paquete de medidas tendentes a favorecer la contratación laboral no ya especial, sino ordinaria de las personas con discapacidad¹⁸. Entre tales mecanismos destinados a procurar la integración o permanencia de los minusválidos en el mercado de trabajo cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo¹⁹: a) las acciones de rehabilitación para el trabajo; b) las medidas de inserción obligada en las empresas (empleo selectivo) mediante el establecimiento de preferencias, cupos o reservas de empleo; c) los instrumentos de fomento y ayuda económica al empleo, mediante subvenciones, desgravaciones fiscales o bonificaciones en

¹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación», *TL*, núm. 7, 1986, pág. 52.

¹⁶ MESTRE DELGADO, J. y DE LA PEÑA, M.: «El régimen de los minusválidos en España», en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO, R., Dirs.): *Código europeo de las minusválidas*, Madrid, 1996, pág. 434.

¹⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La relación laboral especial de los minusválidos», *TS*, núm. 91, 1998, págs. 41 y ss.

¹⁸ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, León, 2004, pág. 28.

¹⁹ GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo», *TL*, núm. 55, 2000, pág. 55.

las cuotas de Seguridad Social; d) las actuaciones de apoyo logístico a las empresas, mediante subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, o la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y movilidad de los minusválidos; e) las medidas de promoción del empleo de carácter autónomo o asociativo, en particular mediante la creación de cooperativas²⁰; y f) los programas de empleo con apoyo (Real Decreto 870/2007, de 2 de julio).

4.1. Incentivos

El objetivo quedará cifrado en «procurar la contratación de los trabajadores minusválidos y la mejora de sus condiciones laborales», permitiéndoles alcanzar, conservar y progresar en el empleo (art. 7 Convenio núm. 159 OIT), pero haciéndolo prioritariamente en el mercado común de trabajo. En este contexto —y en resumen—, tres son las medidas básicas adoptadas: el empleo selectivo, estableciéndose disposiciones conforme a las cuales aquel trabajador cuya capacidad laboral haya quedado disminuida o haya recuperado la pérdida tendrá preferencia para ser contratado o mantener su vínculo actual; el establecimiento en las empresas de una cuota de reserva de puestos de trabajo destinada en exclusiva a este colectivo; en fin, el fomento del empleo, consistente en ayudas para la promoción de la contratación de discapacitados²¹.

La idea latente en todas ellas parece evidente: cuando no fuere posible lograr el acceso directo del minusválido al empleo ordinario, será menester tratar de crear una suerte de «circuito de integración», atendiendo a sus características personales y laborales, el cual podrá ser iniciado en un centro ocupacional, para, posteriormente, pasar de éste a uno de empleo y, por fin,

²⁰ MOLINA HERMOSILLA, O.: «El autoempleo como solución —más pretendida que real— para la inserción de colectivos más desfavorecidos», AS, núm. 16, 2007, págs. 51 y ss.

²¹ DE LA VILLA GIL, L.E.: «La regulación del empleo de los minusválidos en España», TS, núm. 55, 1995, pág. 12.

arribar al «mercado ordinario»²². En el panorama descrito, es fácil contrastar cómo los minusválidos reciben un tratamiento diferenciado y privilegiado frente al resto de trabajadores, reconociéndoseles una serie de incentivos de naturaleza «autónoma»²³. Estas ventajas no han de ser consideradas, sin embargo, discriminatorias en cuanto vienen legitimadas tanto por la normativa interna como internacional: de un lado, el mencionado artículo 49 CE, en relación con el 9.2, obliga a los poderes públicos a promover aquellas medidas destinadas a remover los obstáculos que impidan a un determinado grupo participar con normalidad en todos los aspectos diarios de la vida, actualizándose dicho mandato en el ámbito estrictamente laboral mediante el artículo 17.2 y 3 ET que, regulando ciertas medidas de acción positiva, de un lado, permite al legislador establecer reservas y preferencias en la contratación, y, de otro, faculta al Gobierno para conceder subvenciones, desgravaciones y otras disposiciones para fomentar la ocupación de determinados colectivos con especiales dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo; de otro, el artículo 4 del Convenio 159 de la OIT considera no discriminatorias cuantas medidas positivas especiales vengán encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los empleados inválidos y los demás trabajadores; en fin, y por no seguir, el artículo 7.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, considera en el caso de los discapacitados que el principio de igualdad no constituirá ningún obstáculo para que los Estados miembros desarrollen políticas encaminadas a crear o mantener disposiciones o facilidades con el objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral²⁴.

²² GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., págs. 47 y ss.

²³ ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 10.

²⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de la prestación de servicios*, cit., pág. 29.

Fruto de dicho bagaje, ha sido la reforma introducida por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, cuyo artículo 38 procede a modificar el artículo 37 e introduce un nuevo artículo 37 bis en la LISMI. En este sentido, el apartado 2 del artículo 37 define el principio de igualdad como la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad, delimitando dichos conceptos en el apartado 3. Asimismo, el artículo 37 bis.1 permite expresamente el mantenimiento o la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad, considerando su establecimiento como no discriminatorio²⁵. En consecuencia, las dificultades del colectivo analizado para integrarse en el mercado ordinario de trabajo y los obstáculos para competir en paridad de armas con quienes no son minusválidos justifican la adopción de cuantas medidas promocionales pretenden garantizar la igualdad de oportunidades de aquellas personas afectadas por diversas formas de discapacidad, procurando «la igualdad de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas»²⁶.

Insistiendo sobre esta misma idea, al pertenecer el minusválido a un grupo socialmente desfavorecido, la lucha contra las discriminaciones no sólo implica eliminar cuantas diferencias hayan estado históricamente arraigadas en la práctica social, situando a sectores de la población en posiciones claramente desventajosas, abiertamente contrarias a la dignidad de la persona consagrada en el artículo 10 CE, sino que obliga también a adoptar cuantas medidas de acción positiva o protectoras permitan su acceso al trabajo

²⁵ Por solo poner un ejemplo, la tasa de actividad de las personas con discapacidad no llega al 34 por 100, mientras supera el 70 por 100 para el resto de la población. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo», en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007, pág. 306.

²⁶ STCo 269/1994, de 3 de octubre.

o favorezcan la permanencia en el mismo, no pudiendo ser consideradas «opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes»²⁷. Nadie puede dudar, por tanto, de la «intrínseca justicia» de cuantas «medidas positivas» tiendan a favorecer la condición de quienes —bajo la denominación de minusválidos, disminuidos, deficientes o incapacitados²⁸— tienen «unas oportunidades reales menores»²⁹, tratando así de hacer igual lo que en origen es «desigual», y consiguiendo la satisfacción de intereses sociales dignos de protección (art. 35 Ley 62/2003)³⁰.

4.2. El fracaso de los cupos

Las reflexiones anteriores han de servir como pórtico para comprender cómo el diseño de las medidas públicas destinadas a favorecer la contratación del colectivo de los discapacitados no sólo reviste el carácter prototípico de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social³¹, sino que incorpora algunos mecanismos más contundentes y específicos como puede ser la reserva en su favor de un porcentaje mínimo de puestos de trabajo a situar en un 2 por 100 del total de la plantilla (art. 38 LISMI)³². Aun cuando se trata de una obligación o, si se prefiere, una imposición al empleador, con

²⁷ STCo 128/1987, de 16 de julio.

²⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 36 y ss.

²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Exclusiones, reservas y preferencias de empleo», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983, pág. 459.

³⁰ SSTCo 52/1987, de 7 de mayo, 84/1992, de 28 de mayo o 9/1995, de 16 de enero.

³¹ PÉREZ REY, J.: «Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad», en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 95 y ss.

³² Nada impide que por convenio colectivo se fije una cuota mayor, tal y como sucede, por ejemplo, en el XII CC de centros y servicios de atención a las personas con discapacidad (BOE de 17 de junio de 2006) o en el CC del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés (DOGC de 17 de mayo de 2007).

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

Así, de manera realista ante el incumplimiento generalizado del cupo, se ha concedido la facultad para que en las empresas de más de cincuenta trabajadores se pueda trocar (mediante convenio colectivo sectorial o decisión unilateral) por otras formas de más difusa eficacia aun cuando de más sencilla materialización, calificadas de «sorprendentes vías de escape» y consistentes en: a) la suscripción de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado, tanto para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o cualesquiera otros productos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad propia de la empresa que opta por esta medida, como para la prestación de servicios ajenos y accesorios a sus normales tareas³³; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero), entendidos como el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un centro especial de empleo que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado³⁴; c) la donación o patrocinio monetario para

³³ GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en centros especiales de empleo», *TL*, núm. 55, 2000, pág. 103.

³⁴ La intención de este mecanismo no puede ser mejor (al trabajador con discapacidad, le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo y a la empresa colaboradora le permite conocer de manera óptima las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo cual determinará en su caso la aplicación de las ayudas previstas). Otra cosa es la realidad de los hechos. ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTE MIQUELA, J.M.: «Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)», *RTSS (CEF)*, núm. 286, 2007, págs. 161 y ss.; VILLAR CAÑADA, I.M.: «Los enclaves laborales», en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005, págs. 441 y ss.; LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa», en AA.VV. (VALDÉS

el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública, cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la generación de empleo a favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado laboral (art. 2.1 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril)³⁵. La cuantía de estas medidas gira alrededor del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), aplicado por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. En los dos primeros supuestos la cantidad de los contratos debe ascender «al menos, a tres veces» el IPREM, mientras que en el último caso el importe alcanzará, como mínimo, «1,5 veces el IPREM anual» (art. 2.2 Real Decreto 364/2005). Ni que decir tiene que estas cantidades deben servir a la adopción de medidas destinadas a facilitar el tránsito del discapacitado al mercado ordinario de trabajo³⁶.

En fin, burlados con carácter general los cupos y teniendo en cuenta las desvirtuadas alternativas a los mismos³⁷, la intención del legislador —asumiendo su necesario papel ejemplificante— ha ido más allá del establecimiento de la mencionada cuota y ha procedido a idear otros mecanismos alternativos utilizando aquella de manera indirecta. Tal es lo que sucede con lo previsto en distintos preceptos de la LCSP (objeto de atención seguidamente), los cuales pretenden contribuir, de una forma clara y decidida, a doblegar una voluntad empresarial poco inclinada a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo.

DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, págs. 141 y ss. o LLOMPART BENNASSAR, M.: «Régimen jurídico de los enclaves laborales», *AL*, núm. 21, 2007, págs. 254 y ss.

³⁵ Ya con anterioridad, ROJO TORRECILLA, E.: «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», *RL*, núm. 8, 1998, pág. 33.

³⁶ MORALES ORTEGA, J.M.: «Los destinatarios de la política de empleo», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Dir.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 316.

³⁷ OJEDA AVILÉS, A.: «El procedimiento de recolocación revisitado», *REDT*, núm. 14, 1983, pág. 226.

5. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES DE LOS CONTRATOS COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL «EMPLEO SELECTIVO»

La selección de los contratistas privados por la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretende garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público¹. Sin quebrar esta premisa de partida, la disposición adicional 6.^a de la LCSP parte del carácter social in genere que es aplicable a ciertos contratos administrativos, a la vista de las características de los sujetos de los que se predica la preferencia en la adjudicación, no en vano establece que «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 por ciento, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».

Se trata, pues, de un precepto legal de capital importancia, pues «introduce la consideración de los aspectos sociales en la adjudicación de los

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T.II, 11.^a edición, Madrid, 2002, pág. 702.

contratos públicos, intentando dar satisfacción a un fin de interés general, aunque distinto del que preside la celebración del contrato administrativo en concreto, esto es, un fin público `adicional' al fin principal `natural' del vínculo contractual»². Incluye, así, una previsión específica que bien podía haber sido recogida en el propio articulado de la LCSP; sin embargo, su especialidad, y acaso su difícil incardinación entre los criterios de capacidad, admisión de licitadores o adjudicación, pudieran justificar su tratamiento singularizado y, por ende, su desplazamiento a la parte final del texto³. Tal ubicación es coherente, además, con una técnica legislativa, de moda en la actualidad (pero no por ello menos criticable), en virtud de la cual las disposiciones adicionales asumen una vasta extensión incorporando gran parte del contenido que debería tener cabida en el texto articulado⁴.

Sea como fuere, constituye una medida de «empleo selectivo»⁵, que pretende favorecer, en último extremo, a los propios discapacitados, hacien-

² GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas», *JA*, núm. 20, 2003, pág. 66.

³ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1416.

⁴ La LCSP se estructura del siguiente modo: se separa de la arquitectura adoptada por la Ley 31/1995, basada en un modelo bipolar construido alrededor de una parte general, compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una parte especial, en la que se recogían las peculiaridades del régimen jurídico de los contratos administrativos típicos. Esta sistemática, que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración clásica de la Ley de Contratos del Estado, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la LCSP, afectada por los condicionantes de regular de forma directa el régimen de contratación de un abanico más amplio de sujetos destinatarios y de hacer posible, desde la misma estructura de la Ley, un tratamiento diferenciado de las normas que son trascripción de disposiciones comunitarias. Así, el articulado de la Ley se ha estructurado en un título preliminar y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de los mismos, la selección del contratista y la adjudicación de los vínculos administrativos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y la organización administrativa para la gestión de la contratación. A ello hay que añadir la existencia de 32 disposiciones adicionales, 7 transitorias, una derogatoria, 12 finales y 3 anexos (Exposición de Motivos).

⁵ ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

do gala de lo que se ha dado en llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida —como ya consta— por el máximo intérprete de la Norma Fundamental⁶. La redacción legal transcrita obliga al intérprete a descender a los siguientes aspectos:

5.1. Precedentes normativos

Esta previsión ya estaba incorporada al texto (entonces en el párrafo primero de la disposición adicional 8.^a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y contaba con el mismo carácter potestativo⁷, lo cual no ha dejado de ser criticado —con acierto— desde ciertos sectores⁸. Dos diferencias de matiz merecen ser señaladas: En primer lugar, ahora se hace referencia a un porcentaje «superior» al 2 por 100; antes se utilizaba la expresión «no inferior», debiendo entender incluidas, en aquel momento, dentro del marco de actuación de la preferencia en la

⁶ SSTCo 128/1987, de 16 de julio, 229/1992, de 14 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero.

⁷ Este carácter se ha transformado en preceptivo en alguna normativa autonómica (entre otras, Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra), y en el propio ámbito estatal en ciertos organismos o departamentos ministeriales: por ejemplo, en el Ministerio de Sanidad y Consumo, la Orden de 17 de diciembre de 2001 aprobó una instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras, en la que se expresaba que todos los pliegos aprobados por los órganos de contratación de ese Departamento debían incorporar una cláusula relativa a los criterios de adjudicación en los concursos del siguiente tenor: «en caso de igualdad entre dos o más licitadores, desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación, será preferida la proposición presentada por aquella empresa que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tenga en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la misma». MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Madrid, 2007, pág. 534.

⁸ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: «Nota sobre los aspectos de discapacidad de las Leyes de Contratación Pública aprobadas recientemente en España». www.cermi.es.

adjudicación del contrato administrativo a aquellas empresas que contaran con una cuota de minusválidos no sólo «por encima» sino también «igual» al mencionado 2 por 100. La nueva versión de la LCSP limita esta última posibilidad, siendo necesario, en todo caso, que la cuota de trabajadores discapacitados sobrepase el umbral reseñado.

En segundo lugar, se ha sustituido el término «trabajadores minusválidos» por el de «trabajadores con discapacidad». Se trata de una mera distinción de carácter léxico, con el fin de adaptar el tenor legal a las nuevas tendencias de tutela de este colectivo, manifestadas, sobre todo, en la Directiva 2000/78 y en la Ley 51/2003. Desde la promulgación de la LISMI, que desarrolla el artículo 49 CE, hasta el momento presente, se ha ido recorriendo un largo camino en el que se ha pasado de hablar de disminuidos, minusválidos o deficientes a sustituir estos términos por los de «personas con discapacidad o déficit de ciudadanía». Ello supone, por tanto, cambiar el concepto de persona con problemas que necesita una atención especial por el de ciudadano con especial dificultad para disfrutar derechos constitucionales, novación a la que una Ley actual como la LCSP no puede ser ajena.

Es más, el concepto «minusvalía» ha sido definitivamente desterrado del vocabulario jurídico por la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en virtud de la cual las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán referidas a «personas con discapacidad». Esta nueva perspectiva parte de un encuentro de los valores más profundos de nuestra sociedad. Por lo pronto, el reconocimiento de la dignidad humana pone en jaque y cuestiona todos aquellos tratamientos de las personas con discapacidad guiados de manera preferente por criterios de duro utilitarismo o de rudo pietismo. De su lado, la libertad exige la ruptura de la tradicional asociación entre la discapacidad, especialmente la intelectual, con la falta de competencia para actuar y decidir de acuerdo con criterios fundados en

un principio de autonomía. La perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos comporta un planteamiento «mucho más sutil», que desplaza el eje de atención desde un plano singular (efectos civiles de la incapacidad) a otro más general: la protección efectiva de los intereses de los discapacitados. El tercer valor en juego en el tratamiento de la discapacidad es la igualdad, entendida no como igualdad formal sino como igualdad de oportunidades; esto es, como implantación de un sistema de organización de la sociedad en la que la integridad de los espacios físicos y de los ámbitos de desarrollo de la persona humana sean accesibles a todos. La igualdad de oportunidades no pretende eliminar las diferencias entre los individuos; lo que exige es la supresión de los obstáculos y barreras de muy variada índole que impiden a todas las personas acceder, disfrutar y ejercer los derechos en situación de equiparación. Y dentro de ellos y de manera muy significativa, en la medida en que es uno de los factores más decisivos de la integración social, el acceso al empleo. El valor de la solidaridad, en fin, comporta, en términos generales, la vigencia de obligaciones recíprocas entre los individuos por su mera pertenencia a una comunidad social y política. Es el complemento indispensable de los restantes valores; el que, en última instancia, puede contribuir a cerrar las porosidades del sistema, garantizando que la igualdad de oportunidades y la autonomía puedan ejercerse, por las personas con discapacidad, de manera real y efectiva⁹.

5.2. Naturaleza jurídica de las empresas beneficiarias

La entidad beneficiaria de la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo tiene que tener contratados a un porcentaje de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100, pero puede ser tanto pública o como privada. La segunda de estas dos modalidades no plantea problemas, pues,

⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit., pág. 384.

cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (sociedad, empresario individual, asociación, fundación...), quedan incluidas en el ámbito de aplicación la disposición aquí analizada si cumplen los requisitos para ello¹⁰. En cambio, las primeras han de revestir auténtica «forma jurídico-privada»¹¹, es decir, por encima de todo han de ser «empresas», sometidas sin excepción, directa ni indirecta, a las mismas reglas de competencia operativas en el mercado, de modo que el adjetivo «públicas» viene a indicar tan sólo un modo particular de actuar, en cuanto manifestación de la iniciativa administrativa en la economía con el fin de satisfacer intereses generales¹². En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales cuanto las sociedades mercantiles estatales (art. 53 y disposición adicional 12.^a Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado —LOFAGE—, respectivamente) y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, así como las fundaciones públicas (Ley 50/2002, de 26 de diciembre).

Las entidades públicas empresariales compaginan funciones y tareas de carácter estrictamente privado o empresarial con las de carácter público, asumiendo la realización de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés general susceptibles de contraprestación. Se someten a un régimen jurídico mixto, de Derecho privado para el tráfico jurídico patrimonial externo, y de Derecho público en cuanto a la formación de su voluntad, ejercicio de autoridad o régimen presupuestario y contable. A diferencia de lo que ocurre con éstas, las sociedades mercantiles estatales desarrollan exclusivamente actividades económico-empresariales, por

¹⁰ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidades*, Valencia, 2000, pág. 74.

¹¹ NÚÑEZ-GONZÁLEZ, C.: «La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía. Comentario a la Sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana», *TS*, núms. 68-69, 1996, pág. 31.

¹² EDO HERNÁNDEZ, V.: «La empresa pública en España», *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989, pág. 70.

lo que en su régimen jurídico predomina decididamente el carácter privado. Se someten, pues, al Derecho común, esto es, al civil, mercantil o laboral, según corresponda, a salvo las especialidades presupuestarias, de control financiero y de contratación¹³. Por su parte, las fundaciones públicas son personas jurídicas creadas o asumidas por la Administración u otros órganos constitucionales del Estado, pero sometidas al régimen de las fundaciones privadas¹⁴. Todas éstas quedan, pues, incluidas dentro del marco objetivo de aplicación de la disposición adicional 6.ª1 de la LCSP.

Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas stricto sensu (art. 3.2 LCSP)¹⁵ habrá que atender a lo previsto en el artículo 51.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el cual establece una cuota de reserva mínima no inferior al 5 por 100 de las vacantes a favor de los minusválidos, de modo que progresivamente los incapacitados alcancen el 2 por 100 de los efectivos totales al servicio de la Administración¹⁶. Tal previsión —como es lógico— queda totalmente al margen del ámbito de la contratación administrativa, tratándo-

¹³ Un estudio de ambas en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 207 y ss.

¹⁴ CASARES MARCOS, A.: «Tipología fundacional», en AA.VV. (BENEITO PÉREZ, J.M., Dir.): *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, págs. 233 y ss.

¹⁵ En referencia a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos; las Universidades públicas; las entidades de Derecho Público, que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: a) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o b) que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

¹⁶ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 140.

se, empero, de una vía de reclutamiento directo de mano de obra tendente también al fomento del empleo del colectivo aquí analizado que tampoco debe ser infravalorada en cuanto a su importancia aun cuando no sea éste momento y lugar para su tratamiento. Baste advertir cómo, a pesar de todas las modas neoliberales de las presiones privatizadoras, de la reducción de tradicionales servicios públicos, del retraimiento de la actividad administrativa en muchos sectores y prestaciones, lo cierto es que el sector público se ha incrementado y tiene una notable fuerza y trascendencia en la actividad económica. Basta repasar el Inventario que se ha elaborado en el Ministerio de Economía y Hacienda para reparar en sus considerables dimensiones, en especial, en los ámbitos autonómico y municipal¹⁷.

5.3. Aproximación al sistema de cuota indirecta

Ante el silencio legal, cabe interpretar —sin peligro a errar— que el parámetro del 2 por 100 de trabajadores discapacitados exigido para que pueda operar la preferencia en la adjudicación del vínculo contractual público queda referido a la plantilla total de la empresa, lo cual engloba, desde luego, sus posibles subdivisiones productivas, por más singularidad y autonomía que ostenten¹⁸. Es más, la inexigencia de un volumen mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial y fuentes destacadas de la creación de empleo¹⁹, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de minusválidos. Tres cuestiones quedan, empero, sin resolver en el tenor de la norma aquí analizada:

¹⁷ FUERTES LÓPEZ, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, 2007, pág. 225.

¹⁸ STSJ, Cont-Admtivo, Castilla y León/Valladolid, de 4 de mayo de 2000 (Ar. 1595).

¹⁹ FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999, pág. 23.

5.3.1. *La posible utilización de contratos en precario*

El mutismo sobre las modalidades contractuales en virtud de las cuales estuvieran vinculados los minusválidos con la empresa es absoluto, debiendo dar cabida a cualquiera de las existentes en el ordenamiento laboral: indefinidas o temporales, a tiempo completo o parcial, quedando incluidos —lógicamente— los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y los antiguos trabajadores de la organización productiva a los que les haya sobrevenido la discapacidad funcional trabajando en la misma²⁰.

Únicamente se prevé que si varias entidades licitadoras de las que hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla (disposición adicional 6, párrafo 1.º LCSP). Tal criterio, introducido en fase de tramitación parlamentaria, pues la versión inicial del proyecto del ley no lo contemplaba, pretende servir de estímulo a los empresarios para decidirse a contratar personas con discapacidad por tiempo indefinido, sin necesidad, sin embargo, de que se trate de contrataciones a jornada completa, habida cuenta, y en la línea legislativa general tendente a mejorar las condiciones de trabajo de quien tiene minorado su tiempo de actividad, desde el año 1999 —Real Decreto 4/1999, de 8 de enero— también viene siendo fomentada la prestación de servicios a tiempo parcial, sobre todo para colectivos como el de los minusválidos, «atendiendo a la ocasionalmente necesaria obligación de recurrir a la jornada reducida ante las dificultades propias de la persona con discapacidad»²¹.

²⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pág. 82.

²¹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)», *RL*, 2001, Tomo I, pág. 219.

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

5.3.2. La omisión de reglas de cómputo

La ausencia sobre cualquier tipo de criterio de cómputo de los trabajadores a los cuales aplicar el porcentaje reseñado obliga a tomar en consideración, a falta de otros parámetros, las reglas utilizadas en las elecciones a representantes unitarios (art. 72.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores —ET— y Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) para cubrir las lagunas existentes: a) Los operarios vinculados por un contrato de duración determinada superior a un año se computarán como un trabajador más de la plantilla. b) Si su extensión fuese inferior a una anualidad, «cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más». c) Existirá un límite a situar en que, si el cociente resultante «de dividir por doscientos el número de días trabajados es superior al número

de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta como máximo, el total de dichos empleados». d) En aquellos doscientos días deberán quedar englobados los días efectivamente trabajados, los de descanso semanal, los festivos y las vacaciones anuales; listado a incrementar con los perdidos como consecuencia de las causas de suspensión del contrato, pero no con las ausencias, «aun cuando sean justificadas»²². Una mayor concreción en el desarrollo reglamentario de la Ley 30/2007 no debe hacerse esperar.

5.3.3. La acreditación de solvencia técnica

No se acota de forma clara el espacio temporal a considerar para aplicar la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo a favor de aquellas empresas que cuenten en sus plantillas con un porcentaje de minusválidos no inferior al 2 por 100, pues se omite tanto el dies a quo como el dies ad quem, optando, con una confusa redacción, por referir el momento en el cual la empresa ha de reunir el requisito exigido »al tiempo de acreditar su solvencia técnica«, es decir, al momento de la admisión en la licitación. La prueba de las exigencias precisas para beneficiarse de la citada preferencia adjudicatoria deberá realizarse normalmente y, en último caso, al presentar la proposición, a la que deberán acompañarse precisamente los documentos que acrediten la solvencia técnica, no siendo suficiente con una simple declaración responsable, sino que es pertinente demostrar fehacientemente el cumplimiento de los requisitos precisos²³.

Esta referencia temporal plantea el problema de su extensión, ya que, si bien en algunos contratos típicos la acreditación de la solvencia técnica se hace solamente a través de documentos generados por el proponente,

²² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «El comité de empresa. Procedimiento electoral», *REDT*, núm. 100, T. II, págs. 1344 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995, págs. 283 y ss. o BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995, págs. 91 y ss.

²³ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1427.

en otros cabe que se efectúe, entre distintos medios, a través de controles hechos por la Administración o en su nombre por organismos oficiales, «lo cual llevaría, en este último caso, a que el requisito de un número mínimo de trabajadores minusválidos en plantilla venga referido, no tanto al momento de la presentación del documento justificativo de la solvencia por este medio de control específico, cuanto al momento mismo del control de la solvencia por la Administración»²⁴. Lo más razonable es, pues, que en el propio pliego de condiciones administrativas se precise el concreto lapso temporal en que se haya de acreditar este requisito, dentro de las posibles interpretaciones que caben en el marco de la expresión, ciertamente imprecisa, del texto legal.

A la postre, no se determinan tampoco las formalidades necesarias para justificar ante la Administración, en el momento indicado, el cumplimiento de la reserva. Para suplir esta laguna, cabe acudir a lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto 1451/1983, que recoge el deber de remitir al servicio público de empleo, dentro del primer trimestre de cada año y con conocimiento de los representantes de los trabajadores, una relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad²⁵. En consecuencia, un certificado del servicio público de empleo haciendo constar este extremo serviría como medio fundamental de prueba, sin marginar, ante el silencio legal, otros posibles de los que pudiera valerse la empresa.

5.4. El perjuicio de los «grandes discapacitados»

El párrafo primero de la disposición adicional sexta de la LCSP tampoco precisa el grado de minusvalía exigido para entender cumplido el porcentaje de reserva, razón por la cual procede acudir a lo dispuesto en el artículo

²⁴ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1171.

²⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, cit., pág. 85.

1.2 de la Ley 51/2003, en virtud del cual, tras definir al discapacitado como la persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia posiblemente permanente de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales (declarada por los equipos multiprofesionales correspondientes a través del procedimiento establecido por el Real Decreto 1791/1999), establece que «tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100; en todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Pese a la aparente proximidad terminológica entre el concepto de discapacidad y el de incapacidad en el ámbito de la protección social, existe una gran separación²⁶. De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), entra dentro del concepto de incapacidad permanente aquella situación en la que el trabajador, «después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas y funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral». Introduce este precepto un concepto jurídico indeterminado, que deberá concretarse en cada caso concreto a través de los siguientes elementos configuradores del tenor legal: alteración grave de la salud, disminución o anulación de la capacidad laboral y carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral.

²⁶ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 78.

Por su parte, el artículo 137.2 LGSS remite a un futuro desarrollo reglamentario la fijación del porcentaje de reducción que serviría para calificar la incapacidad permanente, que todavía no se ha promulgado. A la espera de un nuevo régimen jurídico, los grados de incapacidad permanente se definen de la siguiente manera:

a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: Aquélla que ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual: La que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo: Aquélla que imposibilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

d) Gran invalidez: Situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La nota característica más importante de esta definición legal, así como la de sus distintos grados, es que se delimita o fija «teniendo en cuenta su efecto respecto del trabajo», es decir, se conceptúa tomando en consideración las consecuencias que esas deficiencias ocasionan en la capacidad laboral del trabajador, de tal manera que «este requisito es en realidad el eje en torno al cual gira la protección por incapacidad permanente, pues aquel estado patológico de características específicas... es trascendente en cuanto trae como consecuencia la anulación o disminución de la capacidad de trabajo», siendo, pues, la situación merecedora de protección real o prioritaria «la dificultad del inválido para la reinserción en la vida laboral»²⁷.

²⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, 1982, pág. 215.

La preferencia en las adjudicaciones de los contratos como medida de fomento del «empleo selectivo»

La calificación de la situación de incapacidad permanente, la fijación de su grado, así como su eventual revisión constituyen actuaciones administrativas de constatación del estado invalidante, cuya competencia está encomendada al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), tal y como reconoce el artículo 1.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, desarrollado por la Orden de 18 de enero de 1996. Los equipos de valoración de incapacidades, órgano especializado en la declaración y revisión de la contingencia de incapacidad permanente, se constituyen en cada Dirección Provincial del INSS, estando facultados para formular los dictámenes-propuesta acerca de la declaración de invalidez y el grado que le corresponde y, en su caso, la revisión por agravación, mejoría o error de diagnóstico (art. 3.1 Real Decreto 1300/1995). El posterior acto administrativo de reconocimiento, por la Dirección Provincial del INSS correspondiente en función de un criterio de competencia territorial, se convierte en un mero trámite de comprobación de la concurrencia de los elementos del hecho causante y de los requisitos generales y particulares y contendrá la atribución del derecho correspondiente²⁸.

A la vista de tales consideraciones, cabe argumentar que la incapacidad permanente y la minusvalía/discapacidad no son términos sinónimos e intercambiables, sino que pertenecen a ámbitos jurídicos diferentes que se rigen por principios propios. La calificación y el reconocimiento de cada situación obedece a cauces distintos: la primera corresponde al INSS, mientras la segunda compete a los servicios sociales. La valoración que dichos órganos realizan tiene, además, en cuenta parámetros distintos y el procedimiento a seguir también es diverso. La protección de la discapacidad no está vinculada ni al trabajador ni a la repercusión en su capacidad para el trabajo, pues el sujeto protegido es la persona en cuanto tal, que padeciendo deficiencias de tal entidad, constitutivas de incapacidad, le impiden relacionarse con nor-

²⁸ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Valoración jurídica de la incapacidad para el trabajo», en AA.VV. (BOROBIA FERNÁNDEZ, C.): *Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral*, Madrid, 2007, págs. 87 y ss.

malidad e igualdad con el resto de los individuos, no ya sólo en el ámbito laboral, sino en todos, incluidos los educativos y, en general, los sociales. De este modo, ni el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente será necesariamente minusválido, ni viceversa²⁹.

Ahora bien, tal conclusión quiebra atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, anteriormente transcrito, pues ya no puede hablarse de una absoluta incompatibilidad entre ambas situaciones. Antes al contrario, parece que esta Ley es clara al considerar afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. Esta redacción legal conlleva una deplorable consecuencia negativa: si el legislador otorga el mismo valor a efectos de la preferencia en la adjudicación a todas las personas con un grado de discapacidad superior a este parámetro, no hay duda de que el sistema será más favorable para los sujetos menos disminuidos, ya que las empresas suelen «hacer una criba» y contratan a los trabajadores cuya minusvalía es menos acusada³⁰. A esta misma conclusión cabe llegar, también, si se atiende a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1 del Real Decreto 1414/2006, en virtud del cual «se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez», no en vano con tal equiparación lo que se consigue es fomentar el empleo de los incapaces permanentes de la Seguridad Social en detrimento de aquéllos que padecen discapacidades severas y muy severas (tetrapléjicos, ciegos...)³¹.

²⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Valencia, 2006, pág. 21.

³⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., pág. 157.

³¹ ITURRI GARATE, J.L.: «Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad», en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007, pág. 331.

En efecto, la experiencia demuestra que, para un mismo puesto de trabajo, el empresario, que decide voluntariamente o está obligado a contratar a una persona con discapacidad, elige antes a aquél cuyo grado de autonomía es mayor, quedando beneficiados, de una manera sobresaliente, los trabajadores afectados por un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual cuando ésta se caracterice por la realización de un importante esfuerzo físico o una especial agudeza. Ciertamente estos pensionistas no podrán realizar las tareas propias de una actividad profesional tan dura, pero no tendrán ninguna limitación funcional para prestar servicios en otros cometidos más livianos o menos exigentes. Quizá para evitar esta consecuencia negativa, el Tribunal Supremo ha intentado zanjar una viva polémica judicial existente entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia, llegando, en unificación de doctrina, a la siguiente conclusión: no cabe equiparación automática a la condición de minusválidos o discapacitados de los pensionistas por incapacidad permanente total o absoluta y por gran invalidez³². Tal interpretación, bien intencionada —sin duda—, obliga a descender al detalle de las contradictorias resoluciones judiciales existentes en la doctrina de suplicación³³, pudiendo destacar dos líneas interpretativas fundamentales³⁴:

1. Algunas sentencias defienden la independencia de la declaración de minusvalía respecto de los reconocimientos de incapacidad permanente

³² SSTS, Social, de 21 y 22 de marzo, de 30 de abril, de 16 de mayo, de 20 de junio y de 16 y 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 3539, 4627, 5012, 4911, 5355 y rec. 339/2006 y 571/2006).

³³ Por citar sólo algunos pronunciamientos judiciales, cabe mencionar cómo a favor de la atribución automática del *status* o la condición de discapacitados a los perceptores de pensiones de Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se manifestaron las SSTSJ, Social, Burgos, de 14 de octubre de 2004 (rec. 615/04); Castilla-La Mancha, de 10 de noviembre de 2005 (rec. 972/04), o Navarra, de 20 de junio de 2006 (rec. 83/06). En contra, procede hacer referencia a las SSTSJ, Social, Murcia, de 7 de febrero de 2005 (rec. 19/05); Extremadura, de 28 de abril de 2005 (rec. 79/05); Cantabria, de 15 de febrero de 2006 (rec. 46/06), y País Vasco, de 4 de junio de 2006 (rec. 82/06).

³⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (Comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2006, rec. núm. 1359/2006, y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)», *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007, págs. 201 y ss.

efectuados por el INSS, entendiendo que la equiparación contenida en la Ley 51/2003 queda circunscrita a los efectos previstos en la misma y no al reconocimiento general de la condición de discapacitado que debe realizarse exclusivamente por los órganos competentes de las Administraciones públicas aplicando los baremos y tablas del Real Decreto 1971/1999³⁵. Cuatro argumentos avalan esta conclusión:

a) El artículo 1.2 de la Ley 51/2003 viene a establecer dos vías para la atribución de la condición con discapacidad: de un lado, la que consiste en el reconocimiento del correspondiente grado de minusvalía (igual o superior al 33 por 100) por el procedimiento reglamentario previsto en el Real Decreto 1971/1999; de otro, la que supone la legal equiparación a tal grado de quienes tengan la condición de prestatarios de incapacidad permanente en alguno de los grados antes señalados. De esta forma, sería esa ficción establecida en la Ley 51/2003 la que convertiría en detentadores de la condición de personas con discapacidad a los beneficiarios de las prestaciones antedichas y ello con absoluta independencia del grado de minusvalía que pudieran acreditar por aplicación de las normas de determinación de la discapacidad contenidas en el Real Decreto 1791/1999. El título que avalaría la condición de discapacitado no sería otro que la resolución administrativa o jurisdiccional que reconociera la incapacidad permanente total, absoluta o la gran invalidez del trabajador, título este que, ope legis, atribuiría aquella condición e impondría la obligación de su reconocimiento, pero sólo a los efectos de esta Ley, nunca con carácter general.

b) El artículo 7.2 LISMI establece que el reconocimiento del derecho a la obtención de los beneficios derivados de esta Ley y, por ende, el reconocimiento de la condición de minusválido «deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofe-

³⁵ Entre otras, SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid, de 20 de mayo de 2005 (rec. 666/2005), de 8 de junio de 2005 (rec. 843/2005) y de 3 de abril de 2006 (rec. 353/2006) o Aragón, de 15 de julio 2005 (rec. 374/2005).

sionales calificadores» (art. 4.2), concreción reglamentaria efectuada por el Real Decreto 1971/1999.

c) La Ley 51/2003 no ha incidido sobre la norma reglamentaria acabada de citar, limitándose a introducir únicamente como criterio de reconocimiento del grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 la circunstancia de ser pensionista por incapacidad profesional. La calificación del grado de minusvalía sigue regulándose en el Real Decreto 1791/1999 y «será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas», de modo que si otra Ley considera a sus solos efectos que personas en las que concurren ciertas circunstancias deben ser consideradas minusválidas en cierto porcentaje, no cabe una declaración genérica de minusvalía.

d) La situación de incapacitado permanente de la Seguridad Social tiene un marcado carácter profesional, motivo por el cual puede haber actividades que exijan especial destreza que no se puedan desarrollar con una leve alteración física, mientras que la minusvalía parte de parámetros distintos.

En consecuencia, la situación creada por el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 no suscita un problema de jerarquía normativa sino de integración ordinal consistente en la existencia de dos procedimientos para el acceso a la condición de persona con discapacidad: el ordinario, al que se refería la LISMI y que se desarrolló por el Real Decreto 1791/1999, y el que surge como consecuencia de la equiparación legal llevada a cabo por la Ley 51/2003, que atribuye incondicionalmente un grado de minusvalía del 33 por 100 a todo incapacitado permanente para el trabajo, en los grados de incapacidad total, absoluta y gran invalidez, pero solamente «a los efectos de esta Ley», la cual tiene como único objeto establecer medidas destinadas a garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad³⁶.

³⁶ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de

2. Otras sentencias sostienen, sin embargo, que la Ley 51/2003 establece una equiparación general, universal y automática de la incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, a la condición de discapacitado en un porcentaje igual o superior al 33 por 100³⁷. Una interpretación histórica, literal y sistemática corrobora la incontrovertida asimilación de ambas situaciones:

a) En la tramitación de la Ley 51/2003 se presentaron varias enmiendas al artículo 1.2, que ya aparecía en los mismos términos en el proyecto y no sufrió modificación alguna durante el iter parlamentario. Así, la enmienda número 125 presentada en el Congreso de los Diputados, que tuvo por primer firmante al Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), recogía como redacción propuesta la siguiente: «a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas quienes lo acrediten mediante certificado o resolución del grado de minusvalía expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, el cual tendrá validez en todo el territorio estatal». El rechazo de dicha enmienda permite aventuar que lo que se hizo, en relación a la atribución del grado de un 33 por 100 de minusvalía a los colectivos reseñados, fue consciente, pues no se quiso limitar el alcance de la declaración ni incluir a grupos de incapacitados con minusvalías de menor entidad.

b) El hecho de que la norma controvertida utilice la expresión «se considerarán» pretende dejar claro, sin margen alguno para la ambigüedad, que, aun cuando los perceptores de una prestación pública de aquellas a las que hace referencia no alcancen el 33 por 100 del grado de minusvalía por aplicación de los baremos del Real Decreto 1971/1999, lo cierto es

octubre de 2006, rec. núm. 1359/2006 y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)», cit., pág. 203.

³⁷ SSTSJ, Social, Extremadura, de 28 de febrero de 2005 (rec. 3/2005); País Vasco, de 18 de octubre de 2005 (rec. 2433/2005) y Cantabria, de 6 febrero de 2006 (rec. 126/2006).

que, por orden expresa del legislador, quedarán asimilados a la condición de discapacitados. El texto de la norma es claro, preciso e incondicional en el sentido de establecer una presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual se considerará afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a todo pensionista de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez. En definitiva, a toda persona que haya sido declarada incapacitada permanente total o absoluta o gran inválida siguiendo el procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, se le deberá reconocer en todo caso un grado de minusvalía equivalente al 33 por 100 a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003³⁸.

c) La circunstancia relativa a que el Real Decreto 1971/1999 no haya sido derogado expresamente por la Ley 51/2003 no es argumentación suficiente para negar la equiparación automática, pues el principio de jerarquía normativa recogido en el artículo 9.3 CE y la derogación tácita de cualquier norma anterior del mismo o inferior rango y de diferente contenido llevaría a considerar que el reglamento en cuestión deberá ser interpretado de conformidad con el nuevo texto legal. De este modo, cabe entender que los beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez tienen atribuido y ostentan automáticamente el derecho a ser considerados afectados por una minusvalía en el porcentaje reseñado y ello con independencia de las normas para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía regulado en el Real Decreto 1971/1999. Desde esta perspectiva, el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 no supondría una derogación de este Real Decreto, al que habrá de acudir cuando la discapacidad se declare de acuerdo a dicho sistema, resultando inaplicable, sin embargo, cuando lo perseguido es la asimilación legal del pensionista de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez.

³⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: «Del “principio” al “derecho” a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria», *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2004, pág. 175.

En suma, de acuerdo con esta segunda interpretación, desde la entrada en vigor de la Ley 51/2003, los conceptos de discapacidad e incapacidad han dejado de ser acepciones distintas. Esta Ley se mueve en la estrategia de «lucha contra la discriminación» y en la de «accesibilidad universal», desarrollando medidas a favor de un modelo de vida independiente, y es precisamente dentro de esta nueva estrategia en la que se inserta la renovada definición de discapacitado, que no limita su alcance «a los efectos de esta ley» sino que se extiende en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, en los que es preciso garantizar el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades. Superando las políticas asistencialistas, «se es discapacitado tanto a la hora de acceder a los subsidios previstos en el artículo 12 LISMI, como a la hora de optar a las medidas de fomento del empleo previstas en el artículo 26 de la Ley 56/2003, de Empleo, o a los demás programas o prestaciones y servicios sociales destinados a facilitar la plena integración y participación en condiciones de igualdad de las personas a las que el ordenamiento jurídico califica como discapacitadas, ya que de lo contrario se estaría burlando el espíritu y finalidad de la norma»³⁹. Defender una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre la base de la calidad de ciudadanos titulares del conjunto de todos los derechos humanos⁴⁰ avalan este segundo criterio interpretativo.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina (Sentencias de 21, 22 y 29 de marzo, 17 y 30 de abril, 19 de julio, 18 y 20 de septiembre y 16 y 18 de octubre de 2007)⁴¹, parte de la idea de que el concepto de incapaz

³⁹ Sobre los argumentos de la STSJ, Social, Cantabria, de 6 de febrero de 2006 (rec. 126/2006), ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre, rec. núm. 1359/2006, y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)», cit., pág. 207.

⁴⁰ TUSET DEL PINO, P.: «La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez», AS, núm. 5, 2006, pág. 25.

⁴¹ GARCÍA VALVERDE, M.D.: «A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo

La preferencia en las adjudicaciones de los contratos como medida de fomento del «empleo selectivo»

utilizado por las normas de Seguridad Social no puede equipararse al de minusválido y que ésta es una cualidad que sólo debiera predicarse de quienes previamente hayan obtenido una expresa declaración en tal sentido, de modo que el receptor de una pensión de incapacidad de Seguridad Social contributiva no es necesariamente minusválido y viceversa, aunque en algunas cuestiones resultará posible la equiparación o tratamiento conjunto. Con mayor detalle, considera que los pensionistas por incapacidad permanente total o absoluta y por gran invalidez no quedan automáticamente equiparados a la condición de minusválidos o discapacitados a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003 por dos razones fundamentales:

De un lado, y utilizando un argumento de interpretación sistemática, porque la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la LISMI, y no al de la Ley 51/2003, no en vano el artículo 10 de esta primera disposición normativa atribuye a los equipos multiprofesionales de valoración (de las Direcciones Provinciales del IMSERSO o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas), entre otras competencias, la baremación y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación. La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia se encuentra en el Real Decreto 1791/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

De otro, y recurriendo a un argumento de interpretación finalista, porque son distintos los propósitos perseguidos por las normas de tutela de la discapacidad y las de la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo, mientras la definición de la minusvalía incluye

1.2 de la Ley 51/2003 (sentencias comentadas: STSJ de Extremadura de 12 de marzo de 2007 y STS de 21 de marzo de 2007)», AS, núm. 14, 2007, págs. 4 y ss.

otras dimensiones de la vida social, tal y como sucede con la educación y la participación en las actividades comunitarias, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia, y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos tal y como sucede con lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, pero, junto a esos espacios de concurrencia, hay otros muchos que corresponden privativamente, bien a la Seguridad Social, bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados mediante uno y otro sector del ordenamiento social.

Con tal tesis, el Alto Tribunal entiende que las situaciones de incapacidad permanente protegidas por la Seguridad Social son aquéllas que derivan de una alteración de la salud siempre y cuando ésta incida sobre la capacidad laboral de la persona que la padece, exigiendo, como ya había manifestado la doctrina, «una conexión potencial o presente» con las aptitudes profesionales del trabajador⁴². Las secuelas y limitaciones anatómicas y funcionales que padezca el interesado han de conllevar una inhabilidad del trabajador para el desarrollo de la prestación laboral, sin tener en cuenta otra serie de factores personales o del mercado de trabajo⁴³. Al igual que el grado de minusvalía no tiene carácter vinculante para el órgano judicial (o administrativo) encargado de valorar la pérdida de capacidad para trabajar, pues son situaciones distintas y sin equiparación posible⁴⁴, tampoco cabe reconocer la equivalencia automática entre la situación de discapacitado y la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Tal interpretación, pese a su aparente bondad, no arregla del todo, sin embargo, aquella exclusión laboral especialmente sufrida por

⁴² SEMPERE NAVARRO, A.V. y ÁGUILA CAZORLA, O.: «Invalidez», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia, 2003, pág. 721.

⁴³ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente*, cit., pág. 28.

⁴⁴ Entre muchas, SSTSJ, Social, Galicia, de 5 de marzo de 2001 (rec. 3961/2001); Cantabria, de 4 de febrero de 2003 (rec. 605/2002); Asturias, de 8 de abril de 2005 (rec. 739/2004), y Cataluña, de 23 de mayo de 2006 (rec. 1033/2005).

La preferencia en las adjudicaciones de los contratos como medida de fomento del «empleo selectivo»

los erróneamente denominados «grandes discapacitados», siendo necesario establecer, de lege ferenda, otras medidas añadidas como pudiera ser la fijación en la disposición adicional 6.^ª1 de la Ley 30/2007 de una reserva, más pequeña que la genérica del 2 por 100, a favor de este subgrupo. Sus singulares circunstancias deben ser atendidas sin demora.

5.5. El limitado ámbito de aplicación del parámetro de desempate

El párrafo primero de la disposición adicional sexta de la LCSP incorpora una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas⁴⁵, quienes pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) para las proposiciones presentadas por aquellos empleadores que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores minusválidos, siempre y cuando la oferta a la que se califique como preferente iguale a otra u otras de las presentadas, de entre las que resulten las más ventajosas por aplicación de los criterios objetivos de adjudicación establecidos en el contrato en cuestión. Dos estrictos requisitos deben concurrir para la aplicación del mentado principio de desempate.

5.5.1. Inclusión en el pliego de cláusulas particulares

La utilización de esta prioridad en las adjudicaciones requiere de su previsión expresa en el pliego de condiciones particulares del contrato a adjudicar. Atendiendo al soporte contractual que liga al Ente público con la

⁴⁵ MELERO ALONSO, E. y ESPÍN SÁEZ, M.: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas: fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, págs. 13 y ss.

empresa adjudicataria, los pliegos de condiciones generales y particulares definen los derechos y obligaciones que ambas partes asumen como contenido del contrato, formalizado por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación al concesionario⁴⁶.

Los pliegos de condiciones generales contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas aplicables, en principio, a todos los vínculos contractuales de objeto análogo, debiendo incorporar los siguientes aspectos: ejecución del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes y régimen económico; modificaciones del vínculo administrativo, supuestos y límites; resolución; extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación (art. 66 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —RCAP—)⁴⁷. Su objetivo es garantizar «cláusulas contractuales de salvaguardia que, ya experimentadas, pongan a la Administración a salvo de sorpresas desfavorables, evitando la heterogeneidad de obligaciones que surgirían si cada autoridad competente pudiera acordar contenidos contractuales absolutamente diversos»⁴⁸. La función que asumen en los contratos públicos los pliegos de cláusulas administrativas generales es, a la postre, la de procurar una cierta homogeneidad o uniformidad en el contenido de los que de un tipo concreto celebre una Administración⁴⁹.

Los pliegos de condiciones particulares, por su parte, definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones

⁴⁶ Informe número 71/99, de 11 de abril de 2000, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

⁴⁷ TORNOS MAS, J.: «De las actuaciones relativas a la contratación», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 282.

⁴⁸ VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983, pág. 73.

⁴⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1161.

La preferencia en las adjudicaciones de los contratos como medida de fomento del «empleo selectivo»

específicos del contrato a celebrar, de cuyo contenido forman parte tras la adjudicación (antiguo artículo 49.5 LCAP y actual artículo 99.2 LCSP)⁵⁰. Estos pliegos determinan la dinámica de la relación contractual en la medida en que se convierten en cláusulas del contrato⁵¹. Pueden ser definidos como los actos administrativos aprobados por la Administración antes de la perfección del vínculo contractual en los que quedan fijados los términos conforme a los cuales éste debe ser cumplido ya que se explicitan en ellos las condiciones que definen los derechos y obligaciones de cada una de las partes⁵².

Debido a su permanencia y supletoriedad⁵³, los pliegos de condiciones administrativas generales han sido equiparados en ocasiones a verdaderas normas jurídicas de derecho voluntario⁵⁴, pero, en realidad, no pasan de ser cláusulas típicas cuya obligatoriedad no nace ex lege sino ex contractu, al amparo del principio de libertad de contratación⁵⁵. Precisamente su naturaleza contractual, que no reglamentaria, explica la posibilidad de que los pliegos de condiciones particulares los modifiquen, sin otro requisito que el preceptivo informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (antes, artículo 50 LCAP y, ahora, artículo 99.5 LCSP)⁵⁶. Como es lógico, los pliegos de condiciones particulares reguladoras de los contratos tampoco tienen naturaleza reglamentaria, pues carecen de las notas de generalidad y

⁵⁰ SSTs, Cont-Admtivo, de 13 de mayo de 1982 (RJ 3394) y de 25 de julio de 1989 (RJ 6111).

⁵¹ SSTs, Cont-Admtivo, de 21 de diciembre de 1988 (Ar. 10220) y de 7 de junio y 26 de septiembre de 1989 (Ar. 4515 y 6703).

⁵² VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas», cit., pág. 1163.

⁵³ SSTs, Cont-Admtivo, de 21 de diciembre de 1988 (Ar. 10220) y de 7 de junio y 26 de septiembre de 1989 (Ar. 4515 y 6703).

⁵⁴ STS, Cont-Admtivo, de 16 de marzo de 1998 (RJ 2172).

⁵⁵ STS, Cont-Admtivo, de 6 de mayo de 1992 (RJ 4273) e Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 71/1999, de 11 de abril de 2000 y 29/2000, de 30 de octubre de 2000.

⁵⁶ SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 213.

permanencia temporal necesarias⁵⁷, pero a ellos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios, cuya presentación ante el órgano de contratación supone la aceptación incondicional de sus cláusulas e incorporados al vínculo contractual como anexo del mismo constituyen el marco expreso que ha de regir las relaciones jurídicas bilaterales⁵⁸. Precisamente, por ello, cobra pleno sentido la inclusión de la preferencia aquí analizada en estos últimos.

Esto significa, de un lado, que todos los empresarios han de conocer, antes de formular sus proposiciones, que éstas pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios, y, de otro, que la Administración contratante va a quedar vinculada a la aplicación de esta preferencia cuando concurren los colectivos mencionados y se cumplan los requisitos que establece la presente norma⁵⁹. Lo decisivo es, pues, que la prioridad se incorpore al contrato a través del pliego y vincule así a la Administración y licitadores⁶⁰.

Dicho de otra manera, no existe un derecho subjetivo de los sujetos cualificados a la utilización por la Administración contratante de esta preferencia en la adjudicación, pero si ésta se acuerda y, por tanto, se incluye en el pliego de condiciones, sí surge una firme prerrogativa para su aplicación por parte de los colectivos beneficiarios concurrentes si se dan las demás circunstancias y requisitos establecidos en las norma. La decisión de utilización o no de la preferencia en la adjudicación resulta así una potestad discrecional, que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano de contratación competente para la aprobación del pliego de condiciones particulares, que es el que ha de incluir o no la preferencia aquí analizada⁶¹.

⁵⁷ ATS, Cont-Admtivo, de 24 de julio de 1995 (RJ 6097).

⁵⁸ SSTs, Cont-Admtivo, de 25 de julio de 1989 (RJ 6111), de 21 de enero de 1994 (RJ 144) y de 28 de noviembre de 2000 (RJ 9625).

⁵⁹ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1167.

⁶⁰ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1426.

⁶¹ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1167.

La preferencia en las adjudicaciones de los contratos como medida de fomento del «empleo selectivo»

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

Por lo mismo, tampoco cabe que una instrucción u orden de servicio pueda establecer una previsión en el sentido aquí analizado. Comienza a ser una práctica bastante extendida la aprobación por los órganos de contratación de instrucciones dirigidas a quienes intervienen en la configuración del expediente de contratación, en las cuales se incluyen los criterios de adjudicación que habrían de tomarse en consideración en los concursos. Ahora bien, la vinculación para las partes de la preferencia aquí estudiada no derivaría de la inclusión en la propia instrucción sino en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. La instrucción, en cuanto mecanismo concebido para potenciar el principio administrativo de jerarquía organizativa, sólo obliga a los inferiores jerárquicos de quien la aprueba, pero no a terceros ajenos a la Administración. Las instrucciones son aprobadas por el órgano de contratación, el mismo que aprueba los pliegos de cláusulas, pero la vinculación deriva —permítase la reiteración— de la inclusión en el correspondiente pliego⁶².

⁶² AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1427.

En definitiva, la omisión en el pliego de condiciones particulares de la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de los licitadores mencionados en la disposición adicional 6.ª1 de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurren todos los demás requisitos, tanto objetivos como subjetivos, previstos en la norma.

5.5.2. *Equivalencia entre ofertas*

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

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

La preferencia en las adjudicaciones de los contratos como medida de fomento del «empleo selectivo»

en la oferta y a la no actuación de la preferencia determinada por la cualificación de los sujetos proponentes⁶³.

Como no podría ser de otra manera, la valoración de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas se ha de hacer atendiendo a las reglas objetivas de selección de contratistas, que serán las que resulten aplicables a cada contrato concreto, en función del procedimiento, forma y criterios de adjudicación determinados en los pliegos de condiciones particulares del vínculo contractual en cuestión. Y es que la preferencia analizada no es en modo alguno un criterio de adjudicación del contrato; antes al contrario, los parámetros de adjudicación deben ser objetivos, lo cual implica fundamentalmente dos consecuencias: primera, que no deben ser discriminatorios sino que han de estar dirigidos a garantizar la mayor imparcialidad en la selección del contratista; segunda, que deben valorar el objeto no el sujeto, tomando en consideración la propia oferta, no las especiales condiciones subjetivas de una u otra empresa licitadora⁶⁴.

⁶³ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1167.

⁶⁴ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1423.

6. LA LUCHA CONTRA LA «EXCLUSIÓN SOCIAL» DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

No cabe duda de que «si el siglo XIX se cerró con la herida de la cuestión obrera y sus secuelas de pauperismo, miseria, explotación y muerte prematura, el siglo XX termina y el XXI se abre con otra herida: la cuestión de la exclusión, con sus satélites de marginalidad, inadaptación y desagregación»¹. No puede extrañar, por tanto, que la Comunicación de la Comisión europea de 2005 sobre la Agenda Social anunciara la proposición por parte de dicha Comisión de un Año Europeo (2010) de lucha contra la pobreza y exclusión social.

Estos colectivos de excluidos (entre los cuales la LCSP incluye expresamente —como se tendrá ocasión de comprobar— a los discapacitados) son cada vez más cuantiosos en España y en el conjunto de la Unión Europea, consecuencia lógica, pero no inevitable, de la tendencia creciente a la fragmentación de nuestras sociedades, «donde un tercio de la población vive hoy en condiciones de pobreza y desventaja social»². Estas personas, particularmente desfavorecidas, en situaciones de marginación o de exclusión, encuentran especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo,

¹ Citando a GARCÍA ROCA, ROJO TORRECILLA, E.: «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», *RL*, 1998, pág. 425.

² VILANOVA, E. y VILANOVA, R.: *Las otras empresas. Experiencias de economía alternativa y solidaria en el Estado Español*, Madrid, 1996, pág. 216.

debido a sus carencias sociales, económicas, educativas y de cualificación laboral, con lo que el ejercicio de un trabajo, derecho y deber de todo ciudadano consagrado en el artículo 35 CE, presenta para ellas numerosos problemas debido a la desmotivación personal, al desconocimiento o abandono de los hábitos sociales y laborales básicos, así como a la carencia de niveles educativos mínimos y la falta de adaptación profesional.

En esta nueva centuria, la lucha contra la exclusión pasa preferentemente por la búsqueda de soluciones al problema del desempleo padecido por los colectivos más desfavorecidos, pues «del paro a la mentada exclusión hay poco trecho si no se toman las medidas adecuadas para evitarlo», siendo prioritario lograr una estrecha relación de las acciones emprendidas por las diferentes Administraciones públicas, la iniciativa social y la empresa privada. Ciertamente es que, en una sociedad capitalista de mercado, la posición social de cada ciudadano viene determinada por su respectiva ubicación en el mercado de trabajo, posición que incide directamente en el nivel de libertad y autosuficiencia que cada miembro de la ciudadanía posee, determinando, a su vez, la posibilidad real de disfrutar y ejercitar otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la educación y la formación, a una vivienda digna, etc. No menos cierto resulta, en consecuencia, que el trabajo confiere al individuo coordenadas de referencia en la sociedad; permite la interacción con los demás; otorga un status y un nivel de autoestima, sancionados por una remuneración y una identidad social; permite la participación en la vida pública, a través de instituciones u organizaciones de más amplio carácter —empresas, sindicatos...— y, lo que es más importante, estructura y da sentido a la existencia del sujeto ocupado.

La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados no puede ser, por tanto, negada. Dado que el derecho al trabajo y el deseo de trabajar es algo consustancial a la persona humana, no puede extrañar que la peor

situación en la que un sujeto se puede encontrar es precisamente la de «excluido del mercado laboral», pues ello conlleva implícita y lógicamente una especial vulnerabilidad. La paridad de oportunidades en el empleo constituye, a la postre, uno de los instrumentos esenciales para garantizar un igual disfrute de los derechos fundamentales, al tiempo que se convierte en una importante garantía de tutela en la lucha contra la exclusión social. Es necesario, pues, poner en marcha políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos, dedicando especial atención —como no podía ser de otra manera— a las políticas de inserción en el mundo laboral³.

Precisamente, la incorporación al mercado de trabajo de estos colectivos más marginados o excluidos (entre los cuales aparecen —permítase la reiteración— las personas con discapacidad) es el objetivo prioritario perseguido por el párrafo segundo de la disposición adicional sexta de la LCSP. A tal fin, y siguiendo el modelo del apartado primero anteriormente analizado, establece, como novedad —pues la LCAP guardaba silencio al respecto—, «la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la disposición adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos excluidos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes».

La incorporación de este tipo de cláusula social en los pliegos de condiciones de los contratos de las Administraciones públicas, en el sentido de recoger expresamente, como condición a tener en cuenta en el desempate

³ ROJO TORRECILLA, E.: «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», cit., pág. 429.

a la hora de proceder a la adjudicación del vínculo contractual público, la circunstancia de que la empresa que concurse tenga en su plantilla trabajadores en situación de exclusión social, responde a una propuesta efectuada en su momento por el Consejo Económico y Social⁴, con el fin de promover la contratación de aquellos colectivos especialmente desfavorecidos y con graves dificultades de acceso al mercado laboral. Particular atención merecen los tres siguientes extremos:

1.º Las empresas beneficiarias de la preferencia en la adjudicación de los contratos, siempre y cuando hayan efectuado propuestas en igualdad de condiciones con las económicamente más ventajosas, han de dedicarse específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social. Conviene aclarar, no obstante, que la referencia efectuada por la LCSP a la disposición adicional 9.ª de la Ley 12/2001 debe entenderse actualmente superada, no en vano esta norma ha sido expresamente derogada por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, en virtud de la cual se establece el nuevo régimen jurídico de las empresas de inserción, cuyo artículo 4 las define como aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario⁵.

Pese a la finalidad de inserción profesional que cualifica su objeto social, las empresas de inserción son verdaderas sociedades que desarrollan una actividad económica de producción de bienes y servicios para el mercado. Otra cosa es que determinados sectores de actividad puedan considerarse

⁴ CES: *Dictamen 5/1998, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 13.

⁵ VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)», *RTSS (CEF)*, núm. 298, 2008, págs. 115 y ss.

más apropiados para acoger a este tipo de empresas (como pueden ser, tal y como señala la Comisión Europea, los servicios de la vida diaria —a domicilio, cuidado de menores...—, servicios de mejora de la calidad de vida —reparaciones, seguridad, transporte, revalorización de espacios públicos, servicios de proximidad, catering, cuidado de enfermos...—, servicios culturales y ocio y servicios medioambientales) y también es otra cosa que la experiencia de las empresas de inserción españolas se haya desarrollado sobre todo en el ámbito de la ecología y la recuperación de residuos⁶. Tales campos típicos de actuación hacen que la contratación con las Administraciones públicas constituya una parte muy importante en la actividad productiva de estas entidades empresariales.

Cuestión harto vidriosa es, no obstante, la relativa al porcentaje de trabajadores pertenecientes al colectivo de personas en situación de exclusión que debe contratar una empresa de inserción. El dilema aquí radica en buscar un parámetro suficientemente alto para que la organización productiva realmente pueda ser considerada una verdadera empresa de inserción, pero no tan elevado que haga inviable el proyecto empresarial, pues la menor productividad de esos trabajadores sea un lastre especialmente duro e insostenible. La Ley 12/2001 optó, en su momento, por una cuantía razonable, fijando un porcentaje como mínimo del 30 por 100 de personas en situación de exclusión que puedan desarrollar conjuntamente su actividad en la empresa. Ahora, el artículo 5.c) de la Ley 44/2007 mantiene este parámetro durante los tres primeros años de actividad pero lo eleva al 50 por 100 a partir del cuarto.

Estando vigente la Ley 12/2001 no se alcanzaba a entender la expresión utilizada por el párrafo segundo in fine de la disposición adicional sexta de la LCSP, en virtud de la cual se decía que «se valorará el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos excluidos». Puesto

⁶ LUJÁN ALCARAZ, J.: «Empresas de inserción», AS, núm. 20, 2007, pág. 3.

que el hecho de ser empresa dedicada a la promoción e inserción laboral (cuyo requisito fundamental era contar con un mínimo del 30 por 100 de trabajadores excluidos socialmente en su plantilla) ya otorgaba por sí mismo preferencia en caso de empate, el añadido del compromiso de efectuar este tipo de contrataciones en tal parámetro podía servir de base a una puntuación específica añadida en el baremo de adjudicación⁷, lo cual demostraba la necesidad de elevar el parámetro indicado del 30 por 100 si se quería que tal precisión tuviera algún sentido. Esta reflexión cobra aún más sentido si se atiende al nuevo tenor literal incorporado al párrafo c) del artículo 5 de la Ley 44/2007, pues, ahora, el porcentaje de trabajadores en proceso de inserción ha de ser al menos —como ya consta— del 30 por 100 durante los tres primeros años y al menos del 50 por 100 a partir del cuarto.

Una interpretación posible, que puede salvar la contradicción detectada, consiste en entender que, con grandes dosis de flexibilidad y para promocionar la contratación de los excluidos sociales (entre los cuales —cabe recordar— se encuentran los minusválidos), la LCSP no sólo otorga prioridad en el desempate entre ofertas equivalentes a las empresas de inserción en sentido estricto, sino también a aquellas otras entidades que, sin serlo —por no estar registradas como tales—, se comprometan a contratar excluidos sociales por encima de la cuantía indicada.

Procede alertar también, como crítica adicional, sobre el hecho de que la Ley 44/2007 no se refiera para nada a lo previsto en la disposición adicional 6.^a2 de la LCSP, ni siquiera cuando regula las medidas destinadas por los poderes públicos al apoyo a la creación y mantenimiento de estas empresas (art. 16.1), singularmente mediante el establecimiento de bonificaciones a las cuotas de seguridad social (70,83 euros/mes –850 euros/año–) durante toda la vigencia del contrato o durante tres años en caso de contratación indefinida, compensaciones económicas por los sobrecostes laborales derivados de

⁷ PÉREZ-ILLZARBE, J.A.: «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan*, 40, 2006, pág. 27.

los procesos de inserción o ayudas a la inversión fija afecta a la realización de su objeto social (art. 16.3). La única remisión que la Ley 44/2007 efectúa a la LCSP se encuentra en la disposición adicional primera, en virtud de la cual se aclara únicamente cómo «las condiciones especiales de ejecución de los contratos podrán incluir consideraciones relativas a la situación de la exclusión social de los trabajadores vinculados a la realización del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector públicos». Una mayor coordinación entre ambas disposiciones normativas (la Ley 44/2007 y la LCSP) no debe hacerse esperar.

2.º En el intento de aclarar quién posee la condición de excluido social, la LCSP hace una enumeración exhaustiva, en la que aparecen expresamente mencionados los siguientes colectivos: a) perceptores de rentas mínimas de inserción o de cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza; b) personas que no pueden acceder a las prestaciones anteriores por falta del período de exigido de residencia o empadronamiento o para la constitución de la entidad perceptora por haber agotado el plazo máximo de percepción establecido; c) jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta procedentes de instituciones de protección de menores; d) quienes tengan problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; e) internos de centros penitenciarios cuya situación les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y exreclusos; f) personas con discapacidad.

Prácticamente se trata de los mismos sujetos a los que hace referencia el artículo 2 de la Ley 44/2007, aunque con alguna variación, no en vano —y por lo que aquí interesa— la LCSP menciona expresamente a los discapacitados mientras la segunda no hace ningún tipo de alusión a los mismos. No cabe duda de que la referencia efectuada a las personas discapacitadas como colectivo objeto de protección especial demuestra, de nuevo, que se trata de un grupo social especialmente atendido por el legislador: las leyes generales de empleo los mencionan expresamente como sujetos de una

atención prioritaria; los programas anuales de fomento de la ocupación prevén la concesión de ayudas concretas por la contratación de estos trabajadores; las disposiciones normativas que han regulado aspectos singulares de su inserción laboral evidencian el interés particular de los poderes públicos para facilitar su colocación; la LCSP intenta también favorecer tanto su colocación como su permanencia y no discriminación, directa o indirecta, en el puesto de trabajo a través de distintas técnicas. Sin duda, estas actuaciones se insertan en el marco de una política general de protección de los discapacitados que se ha de hacer efectiva en todos los ámbitos⁸, pero la mención expresa de los minusválidos entre el grupo de excluidos sociales no encaja demasiado bien con el ámbito subjetivo de contratación de las empresas de inserción, pues el artículo 2 de la Ley 44/2007 no se refiere a los discapacitados entre los sujetos protegidos. Vuelve a cobrar sentido la necesidad de adaptar el contenido de ambas disposiciones si lo que se quiere es dar preferencia en la adjudicación de los contratos públicos realmente a las empresas de inserción con el fin de favorecer las oportunidades de ocupación del colectivo aquí analizado y de otros marginados sociales. Tal necesidad podrá materializarse sin gran dificultad en un futuro relativamente próximo, pues la disposición final 2.^a de la Ley 44/2007 atribuye —como una muestra más de la denostada técnica de la «deslegalización»— la competencia al Gobierno para «modificar los colectivos que se consideran en situación de exclusión social..., previo informe emitido por las Comunidades Autónomas y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado».

3.º Es necesario, tal y como se encarga de señalar el párrafo 2.º de la disposición adicional 6.^a de la LCSP, que los excluidos sociales (incluidos, como se sabe, los discapacitados) acrediten su condición de tales mediante

⁸ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y PÉREZ DEL RÍO, T.: «La política de fomento del empleo de calidad», en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2005, pág. 49.

justificación aportada por los servicios públicos competentes. No está de más parar la atención en este momento para recordar que el modelo vigente de asistencia social tiene su origen en la CE, donde se proclama el «Estado social y democrático de Derecho» y donde se consagran como valores superiores del ordenamiento jurídico «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Se abandona el papel pasivo del Estado dando paso a una actitud intervencionista y equilibradora de las desigualdades sociales y económicas, manifestación de la tendencia progresiva hacia la realización de la igualdad real entre los sujetos, no en vano uno de los principales cometidos del Estado social es garantizar la procura de asistencia vital de los ciudadanos, esto es, instrumentar las medidas necesarias que aseguren a la persona las posibilidades de existencia que no puede alcanzar por sí misma»⁹. En definitiva, corresponde a los poderes públicos tratar de reducir la pobreza, erradicar la miseria, sacar del desarraigo y la exclusión social a toda una serie de colectivos que precisan de una especial atención (singularmente los discapacitados)¹⁰.

En el momento de establecer la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el artículo 148.1.20.º CE opta por otorgar la potestad exclusiva a estas últimas en materia de acción social, razón por la cual las distintas autonomías territoriales han procedido a articular su propia normativa sobre la materia¹¹. Los servicios sociales asumidos por las entidades autonómicas juegan, de este modo, un papel fundamental en las actuales sociedades del bienestar y tienen como finalidad principal la de garantizar la cobertura de las necesidades básicas de todos los ciudadanos y remover los factores que conducen a la exclusión social, en conjunción con

⁹ PEMÁN GAVÍN, J.M.: «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general», *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, 2005, págs. 39 y ss.

¹⁰ DE VICENTE PACHÉS, F.: «Asistencia social y servicios sociales: régimen de distribución de competencias», *TS*, núm. 138, 2002, págs. 9 y ss.

¹¹ DE VICENTE PACHÉS, F.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, 2003, págs. 99 y ss.

los aspectos que por su propia naturaleza atienden otros sistemas normalizados de protección como la sanidad, la educación, la vivienda y el empleo¹², no en vano el sistema de acción social promueve la solidaridad, el desarrollo libre y pleno de la persona, la igualdad de los individuos en la sociedad, la prevención y la eliminación de las causas que conducen a la exclusión, al tiempo que facilita los medios para la integración y el desarrollo comunitario, para el bienestar social de los ciudadanos y de los grupos sociales¹³.

Bajo tal perspectiva, la prestación de los servicios sociales se organiza en las distintas Comunidades Autónomas, con carácter general (aun cuando también son frecuentes supuestos de descentralización al sector privado a través de distintas técnicas —singularmente el concierto—)¹⁴, sobre la base de la prestación directa a través de centros de titularidad pública, gestionados con medios propios, esto es, mediante órganos de derecho público en sentido estricto, que serán los encargados de acreditar la situación de exclusión social de un determinado individuo¹⁵. De ahí que la exigencia de acreditación de la situación de exclusión social por los servicios públicos competentes no pretenda sino evitar potenciales abusos e incentivar indirectamente a los excluidos sociales (léase, en este momento, discapacitados) a que utilicen los mecanismos legalmente dispuestos en su favor, pero sin duda puede dejar desprotegidas algunas situaciones reales de minusvalía no conocidas o no tuteladas por los servicios sociales.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social y asistencia social en el marco de la descentralización de la política de protección social», *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003, págs. 55 y ss.

¹³ AZNAR LÓPEZ, M.: «Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria», *RMTAS*, núm. 30, 2001, págs. 55 y ss.

¹⁴ VILLAR ROJAS, F.J.: «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *DA*, núm. 271-272, 2005, págs. 389 y ss.

¹⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Empleo, protección social y lucha contra la exclusión social», *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005, págs. 545 y ss.

7. LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO: NUEVOS YACIMIENTOS DE EMPLEO A FAVOR DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

A partir de los años setenta, en paralelo, y ganando una similar aceleración en las postrimerías del siglo XX, los Estados occidentales han sido protagonistas de una misma crisis y han sido testigos de una grandísima transformación. La primera afecta al sostenimiento y a la continuación de la tendencia expansiva del Estado de Bienestar. Sumido en una motorización imparable, ha agotado las fuentes financieras en las que apoyar su crecimiento futuro, y aun encuentra serias dificultades para mantener la misma cantidad y calidad de prestaciones y servicios que, hasta ahora, ha organizado en beneficio de los ciudadanos. La segunda, por otro lado, ha consistido en la espectacular emergencia de un sin fin de organizaciones sociales, normalmente laicas, que han asumido el desempeño de tareas al servicio de la colectividad con las que se sustituyen, unas veces, y se complementan, otras, los compromisos de bienestar asumidos por el Estado, con el que, en todos los casos, colaboran aspirando al mantenimiento y a la mejora de la eficiencia y el control de los servicios sociales, la cultura, el ocio, el deporte, el medio ambiente, las actividades religiosas, el desarrollo...¹.

Cuando el Estado devuelve a la sociedad funciones que él no puede desarrollar con la eficacia deseable, corresponde de una manera predominante

¹ MUÑOZ MACHADO, S.: «Tercer sector: entre el Estado y el mercado», en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 9-11 de octubre de 2000, Barcelona, 2002, pág. 169.

a las entidades sin afán de lucro desempeñar tales tareas en sustitución de las Administraciones públicas, desarrollando, por consiguiente, actividades de interés colectivo o general capaces de garantizar el bienestar social². Se confía en que las organizaciones filantrópicas tienen una capacidad de reacción frente a los problemas infinitamente más afinada y flexible, de modo que les resulta posible actuar con urgencia, creativamente también cuando la situación lo precisa. Frente a la lejanía del ciudadano y las dificultades de acceso que presentan las Administraciones públicas, estas organizaciones sociales actúan de manera más próxima, y se presume que conocen los problemas de primera mano, proporcionando soluciones directamente y sin intermediación, con rapidez, multiplicando la eficiencia en el empleo de recursos, sin perderse en procedimientos de actuación formalizados que entorpecen la aplicación inmediata de remedios cuando es necesario³.

Dentro del denominado «tercer sector»⁴ (expresión esta que ha hecho fortuna para aludir a las entidades que no forman parte del aparato del Estado —no son sector público— ni tampoco se engloban en el sector privado empresarial)⁵, la realidad adopta una diversidad de formas asociativas y organizativas que hacen difícil en su pluralidad establecer una definición comprensiva de la totalidad de las mismas (entidades sin ánimo de lucro, entidades filantrópicas, entidades religiosas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, Ong's...)⁶. Este fuerte dinamismo y pujanza que han experimentado las instituciones no lucrativas privadas en la prestación

² REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 14. Por extenso, CABRA DE LUNA, M.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, 1998, págs. 27 y ss.

³ MUÑOZ MACHADO, S.: «Tercer sector: entre el Estado y el mercado», cit., pág. 170.

⁴ ASCOLI, U. y PAVOLINI, E.: *La organización del tercer sector en las políticas socio-asistenciales en Europa: comparación de diferentes realidades. Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, 2000, págs. 827 y ss.

⁵ GUTIÉRREZ RESA, A.: *La acción no gubernamental*, Valencia, 1997, pág. 221.

⁶ ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÍA SERRANO, M.: «La contribución del tercer sector al bienestar social: una aproximación a las entidades no lucrativas en España», *RMTAS*, núm. 15, 1999, págs. 123 y ss.

de servicios públicos —que muestran además gran capacidad de adaptación a unos problemas en rápida evolución—, unido a otras circunstancias como son las políticas de contención del gasto público que han venido imperando en los últimos años, así como una cierta crisis de la confianza en la capacidad de las Administraciones públicas para llevar a cabo de forma eficiente la gestión directa de determinados servicios de interés general, han venido a conformar un nuevo escenario que viene a situar a dichas entidades en un lugar muy relevante dentro del sector socio-asistencial, marcado, además, por una intensificación de las relaciones entre las organizaciones citadas y los poderes públicos⁷, caracterizadas estas últimas por contar con un componente de subvención y de fomento muy importante⁸.

En este intento de potenciar el denominado tercer sector en beneficio —por lo que aquí interesa— de las personas con discapacidad, cobra pleno sentido el establecimiento de una preferencia a favor de las entidades sin ánimo de lucro en la adjudicación de determinados contratos públicos de carácter social. A tal fin, cabe recordar que el legislador español, por medio de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, adicionó un apartado segundo a la disposición adicional octava de la hoy derogada Ley 13/1995, pasando después a la misma disposición adicional de la LCAP y, más tarde, al apartado 3.º de la disposición adicional sexta de la actual LCSP con la misma finalidad. Concretamente —y retrotrayendo la vista atrás—, su inclusión primigenia derivó de la aceptación parcial de una enmienda del grupo parlamentario catalán-CiU del siguiente tenor literal: «en los contratos de gestión de servicios públicos, el órgano de contratación podrá fijar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, a la vista de la importancia, duración del servicio, y siempre que se trate de servicios de naturaleza

⁷ HERRERA GÓMEZ, M.: *El tercer sector en los sistemas de bienestar*, Valencia, 1998, págs. 33 y ss.

⁸ VILLAR ROJAS, F.J.: «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *DA*, núm. 271-272, 2005, págs. 389 y ss.

social o asistencial, la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro debidamente inscritas en los correspondientes registros según la normativa que les sea de aplicación, y cuyo fin de interés general lo constituya una actividad social o asistencial. Dichos contratos se adjudicarán, en todo caso, mediante procedimiento restringido». El intento de promoción de las entidades filantrópicas empezaba ya a tomar forma.

Contando con tal antecedente, la redacción vigente de la cláusula aquí analizada, coincidente en su integridad con la establecida en la disposición adicional 8.ª2 de la LCAP, prevé que, en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, tendrán preferencia en la adjudicación aquellas entidades, dotadas de personalidad jurídica, pero sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato —prestaciones de carácter social o asistencial— según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial (disposición adicional sexta.3 LCSP)⁹. Varias cuestiones suscita esta redacción legal:

1.ª Las entidades sin ánimo de lucro respecto de las cuales es predicable la preferencia en la adjudicación deben venir revestidas de personalidad jurídica y dotadas de una determinada organización; tal exigencia ha de quedar cumplida por cualesquiera de las formas de personificación previstas en el ordenamiento, sea en el marco del Derecho público o del Derecho privado, constituyendo, además, su inscripción en el registro una exigencia también esencial para la obtención de la prioridad establecida en la LCSP. Su nada infrecuente dependencia financiera de las instituciones públicas, y su objetivo de promover actividades orientadas bajo un fin genérico de solidaridad social, justifican que la inscripción sea algo obligado, pero no difícil de conseguir por quienes desean obtener la requerida personalidad jurídica,

⁹ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3.ª edición, Barcelona, 2003, pág. 272.

pues la Administración sólo podrá denegar la misma «cuando la escritura de constitución no se ajuste a lo previsto en la Ley»¹⁰.

Por lo demás, todos los requisitos caracterizadores de este grupo de sujetos cualificados han de resultar de sus propios estatutos o reglas fundacionales, que deberán estar configurados según las normas de constitución que correspondan al tipo o clase de entidad y a cuyo amparo y bajo cuya regulación se haya creado el ente en cuestión. En todo caso se exige, como ya consta, que estas entidades y sus estatutos y reglas fundacionales vengan inscritas en el correspondiente registro oficial, que resultará ser el correspondiente a la tipología que adopte la entidad de que se trate, en función de la norma a cuyo amparo se haya creado y constituido.

No puede negarse, sin embargo, la importancia que en el sector filantrópico español tienen estructuras informales, como las que pueden surgir en torno a la familia, los grupos de amigos, de vecinos, etc. Precisamente en la fuerza que, desde siempre, han tenido tales estructuras sociales en nuestro país, se ha querido ver uno de los factores que han influido en la tradicional falta de desarrollo del sector asociativo «formal», pero el carácter disperso y espontáneo de tales redes primarias impide su inclusión dentro de los límites de la disposición adicional aquí analizada si se quiere dotar a ésta de un mínimo de sentido¹¹.

La falta de forma jurídica lleva también a excluir del ámbito de aplicación de la disposición adicional 6.ª³ de la LCSP, con las matizaciones que después se expondrán, a las tradicionales obras sociales de las Cajas de Ahorro, pues se trata de entidades de crédito de carácter social, origen fundacional y sin finalidad lucrativa, que, en el ejercicio de las actividades económico-financieras permitidas por las leyes, tienen como finalidad el fomento del desarrollo económico y social de su ámbito de actuación y destinan parte

¹⁰ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, cit., pág. 15.

¹¹ CASADO, D: «El sector voluntario de objeto social en la perspectiva europea», en AA.VV. (JEREZ NOVARA, A., Dir.): *¿Trabajo voluntario o participación?*, Madrid, 1998, pág. 181.

de sus excedentes a actuaciones de carácter benéfico-social. Se trata, por tanto, de instituciones híbridas entre la figura no lucrativa de la fundación y la típicamente mercantil de la entidad de crédito, de modo que la porción de beneficios, obtenidos en el ejercicio de dicha actividad bancaria, se destinan a fines sociales bajo la denominación de «obra benéfico-social». Carecen de ánimo de lucro y, sin embargo, están abocadas en muchas ocasiones a realizar actividades de contenido invariablemente económico, dirigidas, incluso, a la obtención de un beneficio que les permita el mantenimiento de su actividad o la reunión de fondos suficientes para su prestación¹². Su «obra» benéfico-social a menudo se canaliza a través de la constitución de entidades que, esta vez sí, tienen finalidad exclusivamente social (como pueden serlo fundaciones). Sólo en este caso, y en cuanto tales entidades, podrán formar parte del concepto manejado por la disposición adicional 6.^a de la LCSP¹³.

2.^a El patrimonio de la entidad sin ánimo de lucro ha de hallarse destinado a la realización de fines de interés general, lo cual viene a suponer en la práctica su intervención como coadyuvantes de las Administraciones públicas, no en vano estas entidades, como personas jurídico-privadas que son, no tienen la consideración de poderes administrativos, en cuanto no están dotadas de imperium o soberanía, pero en tanto en cuanto es precisamente a las organizaciones públicas a quienes se impone como obligación el logro del interés general, la intervención de las entidades sin ánimo de lucro en este campo a través del sistema de contratación administrativa va a quedar limitado a colaborar en la satisfacción pública de las demandas sociales referidas fundamentalmente a aquellos aspectos relacionados con los derechos de tercera generación o fundados en la solidaridad (paz, protección

¹² CASARES MARCOS, A.: *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003, pág. 463.

¹³ SÁNCHEZ RIVERA, R.: «La conceptualización del tercer sector solidario o filantrópico en España», en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona, 2002, pág. 370.

del medio ambiente, desarrollo, servicios sociales, culturales o de ocio...)¹⁴. De todas formas, es necesario distinguir el fin, que necesariamente tiene que ser general, y la realización de dicha finalidad, pues, al concertarse, in casu, con determinadas entidades no lucrativas, siempre acabará beneficiando en último término a personas determinadas¹⁵.

Se trata, por tanto, de entidades con vocación de servicio a toda la sociedad o a un subgrupo especialmente desfavorecido en el seno de ésta, al que se pretende ayudar y promocionar («espíritu de misión»). A ello no obsta el hecho de que los propios miembros de la organización puedan también disfrutar de sus ventajas y servicios, pues esto es un matiz secundario, siendo lo realmente definitorio el desempeño de un labor abierta a la sociedad, en la que sus protagonistas se implican¹⁶.

3.ª Para la aplicación de la preferencia en la adjudicación es necesario también que los fines de la entidad tengan relación directa con el objeto del contrato. Teniendo en cuenta que en este caso dicha prioridad sólo es aplicable a los vínculos contractuales relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, resulta que los fines de estos sujetos han de tener, además de relación con el objeto del contrato, de nuevo, carácter social o asistencial¹⁷. La reiteración no deja de resultar tautológica, aun cuando demuestra sobradamente la intencionalidad del párrafo 3.º de la disposición adicional 6.ª de la LCSP.

4.ª El carácter altruista es la realidad determinante de la cualificación del sujeto que le hace acreedor de la preferencia. Esta cualificación suele derivar de la propia manifestación expresa y literal hecha en los actos fun-

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005, pág. 76.

¹⁵ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, cit., pág. 14.

¹⁶ CABRA DE LUNA, M.A.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pág. 35.

¹⁷ AZNAR LÓPEZ, M.: «La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de tipo social y humanitario: nuevas perspectivas», *Documentación Social*, núm. 3, 1996, págs. 203 y ss.

dacionales o modificadores de la personalidad jurídica concreta de cada entidad. Sin embargo, la omisión de tal expresión, no puede impedir que la ausencia de ánimo de lucro efectivamente se cumpla, siempre y cuando concurra el presupuesto fundamental de su contenido, que consiste, no tanto en la inexistencia de beneficios derivados de su actividad, sino en que éstos no son distribuibles entre los miembros del substrato personal de la entidad, repercutiendo, por el contrario, en las propias actividades y fines solidarios que constituyen el objeto de su propia personalidad. De este modo, los beneficios obtenidos no lucran a sus miembros, ni siquiera a la propia entidad, sino que se reinvierten en las concretas actividades y fines que constituyen el objeto de la misma¹⁸.

El requisito de ausencia de ánimo de lucro ha de ser interpretado, pues, en sus justos términos: la entidad nunca puede ser considerada como vehículo apto para la obtención de ganancias no destinadas a las actividades de aquélla o dirigidas al incremento de su patrimonio¹⁹; pero resulta evidente también que para hacer frente a sus obligaciones de realizar actividades volcadas al interés común, ha de perseguir la obtención de ganancias que sirvan de base a la programación de esas actividades²⁰. De ahí que se exija únicamente que el lucro no sea partible o no determine un dividendo entre los miembros de la entidad en cuestión, en el sentido de considerar que los márgenes positivos que pueda obtener por su gestión patrimonial no sean considerados como beneficio sino como mero excedente²¹.

¹⁸ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1172.

¹⁹ PAZ ARES, C.: «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en AA.VV.: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1995, págs. 431 y ss.

²⁰ DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.: «Actividades mercantiles de las fundaciones», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Tomo I, Madrid, 2002, págs. 53 y ss.

²¹ DEL CAMPO ARBULO, J.A.: *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Madrid, 1996, pág. 48.

5.^a La personalidad jurídica, la ausencia de ánimo de lucro, los fines de la entidad y su inscripción en el registro oficial correspondiente pueden quedar acreditados mediante la certificación expresa del propio registro administrativo, en el cual aparezcan precisamente reflejados todos estos datos. Como fórmula alternativa, procede admitir también el anexo a la certificación oficial, como documento adjunto, del contenido íntegro de los estatutos o reglas fundacionales, que normalmente obrarán en dicho registro.

El momento de esta acreditación no se establece en el texto de esta disposición adicional, pero habrá que situarlo en todo caso al tiempo de la presentación de la proposición; lo razonable es que estos datos se justifiquen como parte de la propia oferta, bien sea como integrante de la documentación que demuestre la personalidad jurídica de la entidad proponente o bien como un añadido a los demás justificantes que hayan de acompañar la propuesta.

En fin, y como quiera que la utilización de la preferencia en la adjudicación se ha de incluir en el pliego de condiciones particulares, la forma de acreditación concreta a utilizar, así como el tiempo en que se haya de producir, debería venir especificado en el mismo, lo que resultaría imprescindible en el caso de que dicho momento fuera el de la presentación de las proposiciones²².

6.^a Hay, por lo demás, un aspecto que resulta mejorable en la redacción de este apartado tercero, en concreto su inciso final, en virtud del cual se aclara que «el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de los costes». En este supuesto, lo normal es que también se acompañe y forme parte de la proposición en los términos antes expuestos, si bien, dado el tenor literal del precepto, cabría que se exigiera su

²² AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1174.

presentación con posterioridad; en todo caso, la aportación de este detalle de la descomposición del precio ofertado tendría que producirse antes de la adjudicación en la que se pretende aplicar esta preferencia, lo que sólo resultaría posible en algunos supuestos en función de la forma de selección de contratistas en que se produzca. Debería haberse dado, por tanto, a esta cláusula un tenor claramente imperativo, para obligar al órgano de contratación a indagar en la estructura de costes de la entidad sin ánimo de lucro con el fin de cerciorarse de que ésta no emplea las ventajas jurídicas, fiscales y económicas de que goza legalmente para la alteración de las reglas de una competencia empresarial que también debe ser protegida²³.

7.^a Como ya consta, las entidades sin ánimo de lucro realizan actividades interés general o social, pero para su desempeño requieren de la lógica prestación de servicios por parte de personas físicas. Junto a quienes integran sus organismos internos (asamblea y órganos de gobierno y representación), y a quienes colaboran con ellas de forma gratuita y altruista como voluntarios²⁴, las organizaciones de este tipo emplean volúmenes muy importantes de mano de obra²⁵.

Nuestra sociedad se ha caracterizado, desde siempre, por el hecho de que personas, sin distinción de edad, raza o sexo, se han comprometido, de manera libre, a ayudar o luchar para mejorar las condiciones existenciales de los demás y para dar una respuesta cívica y solidaria a las necesidades e inquietudes que, en cada momento, se plantean²⁶. Es más, el movimiento

²³ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 1216.

²⁴ LEGUIDEC, R.: «Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito», *RIT*, vol. 115, núm. 6, 1996, págs. 701 y ss. Asimismo, GARCÍA NINET, J.: «Régimen jurídico del personal voluntario», *RSS*, núm. 18, 1983, págs. 127 y ss. o MURILLO MARINA, J.: «Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral», *RTSS*, núm. 1, 1991, págs. 123 y ss.

²⁵ AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Coords.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 616.

²⁶ ASCOLI, V.: «Estado de bienestar y acción voluntaria», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 38, 1997, págs. 123 y ss. o DE LUCA, J.: «La polémica sobre los

voluntario vive últimamente una etapa de despliegue y crecimiento, capaz de justificar la promulgación de la Ley 6/1996, de 15 de diciembre, del Voluntariado²⁷, que permite la articulación de «una importante red de trabajos benévolos»²⁸. Pero ello no debe hacer olvidar que aun cuando las entidades no lucrativas se benefician de la prestación de sujetos carentes de retribución, lo cierto es que aparecen también como instituciones «creadoras» de cuantiosos puestos de trabajo en el mercado ordinario²⁹, sobre todo por lo que se refiere a los denominados «nuevos yacimientos de empleo»³⁰. De ahí la importancia de la preferencia establecida en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de las entidades sin ánimo de lucro en cuanto al incremento del empleo se refiere, máxime si se tiene en cuenta que la escasa cualificación exigida para desempeñar las ocupaciones propias de las mismas permite que sean realizadas por desempleados expulsados del mercado laboral como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación, por jóvenes y en un alto grado también por mujeres³¹ e, incluso, por discapacitados. Precisamente, pues, la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo a favor de las

derechos de la solidaridad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, pág. 13.

²⁷ GARCÍA INDA, A.: «Aspectos legales del voluntariado: el modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero» y MORA ROSADO, S.: «El fenómeno del voluntariado en España», ambos en *Documentación Social*, núm. 104, 1996, págs. 201 y ss. y 129 y ss., respectivamente.

²⁸ ALONSO OLEA, M.: «Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999, pág. 18.

²⁹ EMBID IRUJO, J.M.: «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *RVEH*, núm. 7, 2003, pág. 86.

³⁰ CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «Creación de empleo y yacimientos de empleo», *GS*, núm. 167, 1998, págs. 43-49. Por extenso, CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; COLLADO CURIEL, J.L. y MARTÍNEZ MARÍN, M.I.: *Nuevos yacimientos de empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro*, Madrid, 1998.

³¹ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «Medidas de creación de empleo», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 405.



Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública



entidades sin ánimo de lucro puede beneficiar a las personas discapacitadas en un doble sentido: de un lado, porque estas entidades pueden dispensar, como parte de su objeto social, actuaciones y servicios a favor del colectivo aquí analizado, pues, por lo común, las personas con discapacidad necesitan algún tipo de asistencia o cuidado; de otro, porque estas personas pueden formar parte, como trabajadores, de la plantilla de las mismas.

8. ORGANIZACIONES DE COMERCIO JUSTO Y SU ACTUACIÓN EN DEFENSA DE LOS TRABAJADORES CON DÉFICIT DE CAPACIDAD

La Exposición de Motivos de la LCSP hace referencia expresa a la utilización de posibles cláusulas sociales con el fin último de conseguir una acomodación de las prestaciones a las exigencias de un «comercio justo» con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Desde tal perspectiva, el párrafo 4.º de la disposición adicional sexta de este mismo texto legal reconoce «la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan por objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo, para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo». Pese a la confusa redacción de esta disposición, lo cierto es que su puesta en práctica puede suponer un acicate importante a la hora de conseguir que las empresas muestren una mayor implicación frente a todas las formas aún subsistentes de explotación laboral, no en vano el comercio justo no tiene sino como finalidad principal la de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales y de desarrollo, contribuyendo a la erradicación de la pobreza a través de la promoción de oportunidades de desarrollo a pequeños productores y trabajadores de los países más desfavorecidos (Resolución del Parlamento europeo sobre comercio justo y desarrollo)¹. Ello elevará, sin duda, aun cuando de forma indirecta, las posibilidades de empleo de las personas con discapacidad.

¹ 2005/2245 (INI).

No cabe duda que el creciente proceso de internacionalización de la economía y de transnacionalización de las entidades empresariales incide de forma trascendental en las relaciones laborales, no en vano —y en paradigmático ejemplo— decisiones que afectan a cientos de miles de trabajadores que prestan sus servicios en centros de trabajo de una empresa transnacional en un Estado pueden adoptarse ahora a cientos o miles de kilómetros de distancia en otro país donde la corporación o el grupo tienen su sede central².

La mayor competencia presiona a los gobiernos nacionales para que reduzcan la protección y hagan más eficientes sus industrias; las empresas, a su vez, se transforman al tratar de encontrar maneras de aumentar la productividad y de reducir el coste del trabajo, pues la búsqueda de mercados, receptores de capitales y tecnología, donde la fuerza de actividad tenga menor valor económico, es un objetivo capaz de disminuir los estándares de vida. El vertiginoso proceso de fusiones, alianzas y absorciones, que está teniendo lugar en todos los sectores a escala mundial (bancos, seguros, comunicaciones, informática, automoción, industria química, energía, aeronáutica, etc.), es el caldo de cultivo idóneo para consolidar la fuerza de las multinacionales³. El principio rector y racionalizador en este modelo es la competitividad por el rendimiento. La regulación jurídica autónoma facilita el intercambio desigual y la lucha por la competitividad de los mercados⁴. El libre comercio es una carrera continua, en la que, sin embargo, no todos los países participan en igualdad de condiciones y, como no podía ser de otro modo, los Estados industrializados han acabado por arrasar a muchas de las

² ROJO TORRECILLA, E.: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta», *TL*, núm. 59, 2001, pág. 50.

³ MONTOYA MELGAR, A.: «Empresas multinacionales y relaciones de trabajo», *REDT*, núm. 16, 1983, págs. 947 y ss.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de constitución flexible del trabajo», en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2003, pág. 1575.

economías del denostado Tercer Mundo, destruyendo o desarticulando sus estructuras productivas, supeditando los procesos de producción al control y dominio de las grandes empresas, imponiendo pautas de consumo y haciéndose el capital extranjero con las entidades importantes y los sectores rentables. Al tiempo, la globalización va acompañada de una «extraña pareja» conocida como «deslocalización», en virtud de la cual se produce la transferencia de la producción de un enclave nacional a otro foráneo, con el fin de ampliar el mercado, de reducir costes de mano de obra y de importar, para satisfacer el consumo interno, bienes y servicios anteriormente producidos en el ámbito local⁵. Como con acierto se ha dicho, «qué duda cabe que con la globalización se produce la `deslocalización` de la producción en una búsqueda continua por aunar tecnología punta con bajos costes laborales directos o indirectos»⁶.

En realidad, los imperativos tecnológicos, la revolución de las comunicaciones y del transporte contribuyen a la fragmentación internacional de las actividades: el lugar en el que se produce, en el que se distribuye y donde se comercializan los productos es cuestión a decidir centralizadamente, dependiendo de las trabas y restricciones que existan a la libre movilidad o a las facilidades para obviar las mismas⁷. Todo el sistema de producción que no requiere de una mano de obra cualificada es objeto de movilidad y desplazamiento hacia países o zonas geográficas con características determinadas desde el punto de vista del desarrollo económico, esto es, que permitan reducir costes laborales. Este proceso intensifica la dual escisión entre trabajadores cualificados y no cualificados, al tiempo que deteriora las condiciones de trabajo y promoción profesional de es-

⁵ PURCALLA BONILLA, M.A.: *El trabajo globalizado*, ejemplar multicopiado, Tarragona, 2005, pág. 12.

⁶ APARICIO TOVAR, J.: «Los derechos sociales ante la internacionalización económica», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos*, Granada, 1999, pág. 19.

⁷ RAMOS QUINTANA, M.I.: «Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo», *JL*, núm. 10, 2002, pág. 35.

tos últimos, provocando graves situaciones de desempleo, marginalidad y pobreza⁸.

Los evidentes efectos negativos que la globalización y la deslocalización están teniendo en la capacidad política de los Estados para intervenir en la regulación de la actividad económica de un determinado país, aunque a veces se exageren, pueden actuar, además, a favor del marco institucional favorable que necesitan aquellas compañías multinacionales que operan en países del tercer mundo y en vías de desarrollo, en los cuales un volumen imposible de determinar de trabajadores desarrolla su prestación de servicios acuciados por la necesidad (y sin otra alternativa que la miseria y el hambre) sin contar con las mínimas condiciones laborales exigibles en materia de remuneración, horario, jornada o seguridad e higiene en el trabajo⁹, impulsando su implantación en estos territorios.

Frente a esta terrible situación, cobra singular importancia la intervención pública tendente a garantizar mínimamente el cumplimiento de las más elementales normas laborales, reconocidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (principalmente la ONU y la OIT)¹⁰. No son pocas las voces que se han alzado para reclamar la creación de un Tribunal Laboral Internacional, dotado de amplias competencias para investigar, perseguir y reparar situaciones tan bochornosas como las descritas, exigiendo así una responsabilidad internacional a sujetos privados, sin quedar constreñida a los límites jurisdiccionales del territorio (y de la legislación) de un Estado concreto¹¹. Junto a esta loable iniciativa, la Administración puede impulsar, a través del diseño de cláusulas como las previstas en el párrafo 4.º de

⁸ DURÁN LÓPEZ, F.: «Globalización y relaciones de trabajo», *REDT*, núm. 92, 1998, págs. 871 y ss.

⁹ OIT: *Informe sobre el trabajo en el mundo*, Ginebra, 2005.

¹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: «El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente», en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo, 2006, pág. 45.

¹¹ RENTERO JOVER, J.: «Globalización y garantía de la jurisdicción social», *Contextos*, núm. 3.

la disposición adicional 6.^a de la LCSP, que las empresas singularmente consideradas demuestren un compromiso firme de no aprovecharse de la legislación social más laxa que pueda existir en determinados países¹², pues si así actuaran van a quedar favorecidas en la adjudicación de contratos administrativos, siempre y cuando se trate de entidades reconocidas como de comercio justo.

De conformidad con las reglas internacionales sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, contenidas en el Convenio de Roma de 1980, un determinado contrato de trabajo va a quedar sujeto, en la generalidad de los casos, a aquella legislación social propia del país donde el trabajador preste servicios¹³. Sin embargo, la Administración, a través del sistema de contratación pública, puede impulsar que las organizaciones productivas no se limiten al puro cumplimiento de la legislación laboral interna del país en donde operan, aprovechándose de la precariedad de buena parte de estas normativas. Puede conseguir, por tanto, un plus de compromiso de determinadas empresas que les lleve a implementar unos estándares laborales superiores, consistentes en, al menos, respetar las antecitadas normas mínimas contenidas en los convenios básicos de la OIT¹⁴.

Aun cuando se han dado pocos pasos en este sentido, cabe señalar algunas experiencias municipales de concursos públicos para el suministro de productos alimenticios (sobre todo café, como ha sucedido en el Ayuntamiento de Barcelona y en la Universidad Autónoma de esta misma localidad) y productos textiles en base a criterios sociales, éticos y solidarios, exigiendo en algunos casos contar con la certificación FLO (Fairtrade Labelling Orga-

¹² GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Deslocalización productiva y relaciones laborales», *TL*, núm. 12, 2005, págs. 45 y ss.

¹³ CARRASCOSA, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre aplicabilidad a las obligaciones contractuales: el impacto en el sistema jurídico español», *RL*, 1996, T. I, págs. 1335 y ss.

¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La pretendida unificación supranacional del Derecho Social», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 230, 2004, págs. 59 y ss.

nizations), una etiqueta que ya figura en los productos que se venden en países como Holanda, Francia, Reino Unido, Alemania o Canadá y garantiza que un artículo ha sido elaborado en condiciones de trabajo dignas para sus empleados¹⁵. El nuevo apartado 4.º de la disposición adicional 6.ª de la LCSP va a permitir, sin duda —como mayores dosis de eficacia—, seguir explotando esta vía, lo cual redundará en beneficio de todos los trabajadores y, singularmente, de aquellos más necesitados.

¹⁵ LESMES ZABALEGUI, S.: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 71.

9. LA ADJUDICACIÓN PREFERENTE Y SU ACOMODO A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El contenido de la disposición adicional 6.^a de la LCSP en sus distintos apartados (al igual que su precedente —la disposición adicional octava LCAP—), pese a su loable finalidad de contribuir al fomento del empleo de las personas que más dificultades presentan a la hora de acceder al mercado de trabajo (léase, las personas con discapacidad), no ha dejado de plantear cuestiones que han sido y seguirán siendo controvertidas en el ámbito de la contratación administrativa. El núcleo del problema radica en la necesidad de hacer compatibles «los principios de igualdad y competencia en la licitación y adjudicación, que presiden la legislación contractual pública, con la utilización de las decisiones de los órganos de contratación como vehículo de las políticas de fomento y de acción y protección social»¹, manifestadas, en este caso, en una preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de los sujetos anteriormente analizados.

Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que se han llevado a cabo, desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, han tenido como una de sus principales

¹ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la Contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 1216.

justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las Directivas Comunitarias. La nueva LCSP también ha encontrado en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia el impulso primordial —a parte de la introducción de oportunas mejoras al régimen jurídico precedente—, para su elaboración. Las Directivas 92/50, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 93/36, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 93/37, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.

Desde tal perspectiva, no hay que olvidar que la integración de aspectos sociales en los contratos públicos deriva directamente de la proclamación de España como Estado social y democrático de Derecho en el artículo 1.1. CE, lo cual queda concretado en el artículo 40 del propio texto constitucional, que prescribe la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, destacando que «de manera especial realizarán una actividad orientada al pleno empleo». Este principio se reproduce para la Comunidad Europea en el artículo 2 del Tratado de la Unión, el cual establece entre sus fines la promoción de «un alto nivel de empleo y de protección social»². En parecido sentido, el nuevo artículo 2 del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, establece la competencia

² BLÁZQUEZ ROMÁN, A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pág. 49.

de la Unión para adoptar medidas de coordinación de la política de empleo y de la política social de los países miembros³.

La apertura a la concurrencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a éstas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal y como expresamente ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al afirmar que los Estados miembros tienen la libertad de dictar —o conservar— normas materiales o procedimentales sobre contratos públicos, siempre y cuando sean respetadas las normas comunitarias y, muy especialmente, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (art. 3)⁴. Por ello, se impone la obligación de fijar las condiciones técnicas de los vínculos contractuales públicos, de tal suerte que no constituyan un obstáculo para las empresas eventualmente licitadoras, en aplicación de unos criterios previos de contratación que no comporten en modo alguno discriminación.

La propia denominación de las tres Comunidades Europeas (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Europea de la Energía Atómica y Comunidad Económica Europea), a partir de las cuales tuvo lugar el proceso de integración europeo, expresa con claridad el «carácter predominantemente económico» presente en los objetivos básicos de sus Tratados fundacionales y las escasas e imprecisas competencias de la originaria Comunidad Económica Europea en el «ámbito social»⁵. Así, «durante décadas se ha achacado a la Comunidad (Económica) Europea que había procedido a la construcción de

³ DOCE C-306/48, de 17 de diciembre de 2007.

⁴ SSTJCE de 9 de julio de 1987, de 26 abril de 1988 y de 5 de diciembre de 1989.

⁵ GUGGENBÜHL, A. y LECLERC, S.: *Droit Social Européen des travailleurs salariés indépendants*, Bruselas, 1995, págs. 3 y ss. Aunque los objetivos sociales no eran totalmente ajenos a los Tratados constitutivos, sus disposiciones relativas a la política social tenían como único objetivo impedir las distorsiones de la competencia que pudieran producirse en el caso de que los Estados miembros conservaran regímenes sociales distintos. AA.VV. (GARCÍA FERNÁNDEZ, M., Dir.): *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 1999, pág. 115.

una unión aduanera, monetaria y mercantil (la Europa de los mercaderes), al tiempo que postergaba los aspectos relacionados con el bienestar y los problemas de las personas (la Europa de los ciudadanos, la Europa social)»⁶.

El Derecho Social era, en aquel proyecto originario, únicamente competencia de los Estados miembros y por éstos ejercida en el ámbito comunitario a través de procedimientos de colaboración y cooperación promovidos por la propia Comisión⁷. No puede extrañar, por tanto, que al tratar de calificar estos primeros momentos de la política social comunitaria se aluda a expresiones tales⁸ como «páginas en blanco», «concepciones minimalistas», la «Cenicienta de las políticas comunitarias»⁹, la «frigidez social de los fundadores de la Comunidad»¹⁰, la «timidez de las cláusulas sociales del Tratado de Roma»¹¹ o, incluso, la «atonía mostrada por las Comunidades en materia social»¹².

Ahora bien, es a finales de los años setenta cuando, en el «Informe RICHONNIER-MOREAU», presentado al Parlamento Europeo, aparece por primera vez la denominación de «espacio social europeo», para afirmar que las Comunidades lo habían olvidado casi por completo tanto económica (representaba únicamente el 0,05 por 100 del PIB comunitario), como normativamente (reducido a una quincena de actos normativos y a una treintena de estructuras de concertación)¹³. Se produce, así, una mutación

⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El Tratado de Amsterdam y el Derecho Social Europeo», AS, 1998, T. V, pág. 28.

⁷ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, 24.^a edición, Madrid, 2006, pág. 680.

⁸ Expresiones acuñadas por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Proyecto docente», T. I, León, 2000, págs. 376 y ss. (ejemplar multicopiado).

⁹ DEL REY GUANTER, S.: «Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria», *RL*, 1987, T. II, pág. 1215.

¹⁰ MANCINI, G.F.: «Diritto del Lavoro e Diritto Comunitario», *GDLRI*, núm. 27, 1985, pág. 1180.

¹¹ LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A.: *Droit Social International et Européen*, París, 1992, pág. 23.

¹² GALIANA MORENO, J.M.: «Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam», *REDT*, núm. 88, 1998, pág. 189.

¹³ AA.VV. (GARCÍA FERNÁNDEZ, M., Dir.): *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 115.

radical en los fines a cumplir por el ordenamiento Comunitario, «relegando lo económico para describir un mismo fenómeno: la imperiosa necesidad de abordar, con mayor o menor motivación de progresión en lo social, las cuestiones nucleares del mundo del trabajo»¹⁴. La cohesión social, junto con el progreso económico, conforman el núcleo del proceso de integración europea y los pilares complementarios del desarrollo sostenible; la Agenda de Política Social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000, persigue el logro de una interacción positiva entre las medidas económicas, de empleo y sociales.

Como es lógico, la pugna por la consecución de estos objetivos se ha de plasmar también en la contratación administrativa¹⁵. La política de contratación pública no sólo está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica sino también al logro de metas sociales. En el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada¹⁶. Como con acierto se ha dicho, la política de la contratación pública debe compaginarse, pues, «con la consecución de otros objetivos, entre ellos los de la política social»¹⁷. Es decir, su principal finalidad debe ser la institucionalización de un modelo de competencia funcional, eficaz y efectiva, el cual debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera¹⁸.

¹⁴ DUTHEILLET DE LAMOTHE, O.: «Du Traité de Rome au Traité de Maastricht: la longue marche de l'Europe sociale», *DS*, núm. 2, 1993, pág. 195.

¹⁵ BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pág. 39.

¹⁶ BOSCO, G.: *Il mercato interno della Comunità Economica Europea*, Milán, 1990, pág. 3.

¹⁷ Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. COM (2001), 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 4.

¹⁸ GIMENO FELIÚ, J.M.: «Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar los aspectos sociales y medioambientales», en AA.VV. (GIMENO FELIÚ, J.M., Coord.): *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, 2004, pág. 67.

Es más, el propio Libro Verde de la contratación pública considera que uno de los objetivos del mercado interior y, por tanto, de la contratación pública es, precisamente, la creación de empleo¹⁹, razón por la cual para determinar la adjudicación de un contrato público a una determinada empresa se pueden manejar criterios que integren aspectos sociales como pudiera ser la minoración de las tasas de desocupación, sobre todo de aquellos colectivos que más dificultades plantean (singularmente, las personas con discapacidad)²⁰. Como con acierto ha precisado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, «la posibilidad de que los órganos contratantes utilicen como criterio una condición relacionada con la mejora o el incremento del empleo u otros aspectos de contenido social es plenamente admisible, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho Comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de prestación de servicios, y, cómo no, el principio de transparencia en la licitación»²¹. Cabe recordar, además, que el segundo considerando de la Exposición de motivos de la Directiva 2004/18 únicamente señala que «la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el de transparencia»²².

¹⁹ COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996, pág. 2.

²⁰ Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001.

²¹ STJCE 26 de septiembre de 2000. En la doctrina, MORENO MOLINA, J.A.: *Contratos públicos. Derecho Comunitario y Derecho español*, Madrid, 1996, pág. 63 o MELERO ALONSO, E.: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, págs. 3 y ss.

²² FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 19.

Realmente, lo que el órgano judicial postula (y la Directiva refrenda) es la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de aquellas cláusulas o condiciones sociales que no operen como requisitos de admisión y/o exclusión de ciertas empresas en los procedimientos de contratación ni como criterios adjudicadores del contrato, pues nunca podrán suponer vulneración alguna de los citados principios comunitarios de igualdad y publicidad. Admite, pues, una condición exigible al adjudicatario y no al licitador, esto es, una condición de ejecución del contrato o, también —por lo que aquí interesa—, un mero parámetro de desempate entre ofertas equivalentes a la hora de proceder a la encomienda del vínculo administrativo a favor de una determinada empresa²³, capaz de contribuir al fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Tal pronunciamiento judicial provocó, además, una retirada de la objeción a la utilización de criterios de desempate de contenido social por parte de la Comisión Europea, que procedió a corregir, así, el Dictamen motivado de 21 de diciembre de 2001, a través de otro de fecha de 8 de febrero de 2002, en virtud del cual no cabe alegar ya ningún obstáculo al establecimiento de pautas sociales para deshacer el empate entre propuestas equivalentes, «siempre que la evaluación de las ofertas se efectúe desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos las normas de transparencia y el principio de no discriminación». Criterio del que participan las más importantes instancias españolas, léase tanto el Consejo de Estado²⁴, como el Consejo Económico y Social²⁵, al entender que la adjudicación del contrato «no debe limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que ha de venir integrada en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos..., pudiendo utilizar criterios adicionales una vez que las ofertas han sido valoradas y comparadas desde del punto

²³ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas», *JA*, núm. 20, 2003, pág. 60.

²⁴ Dictamen 4468/1998, de 22 de diciembre.

²⁵ Dictamen 5/1998, de 27 de mayo.

de vista de los criterios de adjudicación y nos encontramos con ofertas equivalentes»²⁶.

No se trata, por tanto, de un requisito de aptitud cuyo incumplimiento inclina la exclusión de la licitación ni tampoco de un «criterio de adjudicación» determinante de la atribución del contrato, sino tan sólo de un mero «criterio de preferencia en la misma»²⁷, en virtud del cual en los casos de equivalencia o igualdad de ofertas, el contrato debe adjudicarse a un licitador concreto que reúne unas características subjetivas específicas²⁸, capaces de redundar en la mejora de los índices de empleabilidad de los discapacitados. Su fundamento es, pues, la prioridad entre proposiciones parejas desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación²⁹. En definitiva, ninguna tacha cabe efectuar a la disposición adicional aquí analizada, pues la preferencia que establece no es un criterio de adjudicación en sentido estricto, sino que representa un parámetro de definición para hacer una propuesta de adjudicación, en el supuesto de que, después de aplicar los criterios objetivos pertinentes, se produzca una igualdad de méritos entre diversas ofertas³⁰, circunstancia de la cual no cabe deducir un falseamiento de la competencia ni otro tipo de distorsión perniciosa en el mercado empresarial.

²⁶ En este sentido, Informe 4/2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, e Informe 4/2002, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.

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

²⁸ SSTJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto *Beentjes*) y de 26 de septiembre de 2000 (asunto *Nord-pas-de-Calais*).

²⁹ PLEITE GUADAMILLAS, F.: «Las cláusulas sociales en la contratación administrativa», *Contratación Administrativa Práctica*, núm 56, 2006, pág. 6.

³⁰ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 1/2002, de 5 de abril.

10. SU COMPATIBILIDAD CON LOS DISTINTOS SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

Admitida la compatibilidad de lo previsto en la disposición adicional sexta de la LCSP con los principios de igualdad y competencia que presiden la contratación pública, pues el propio tenor literal de la misma convierte en determinante de la adjudicación el que exista una igualdad en la valoración de las proposiciones de los licitadores mediante la aplicación de los criterios objetivos que sirvan de base a la resolución del órgano de contratación¹, cabe interrogarse, no obstante, si tales criterios sociales o pautas accesorias o adicionales de desempate (tendientes a aumentar los escasos índices de inserción laboral de las personas con discapacidad) podrán operar en los distintos sistemas de adjudicación previstos legalmente o si tal posibilidad queda vedada en algunos supuestos.

Antes de resolver esta cuestión, procede dejar claro que, desde un punto de vista formal, la reforma operada por la LCSP ha sido aprovechada para incorporar a esta nueva legislación la terminología comunitaria de la contratación, con el fin de facilitar, ya desde el plano semántico, la interoperabilidad de los sistemas europeos de contratación (Exposición de Motivos). Esto ha supuesto el abandono de ciertas denominaciones tradicionales en nuestro Derecho, que no de los correspondientes conceptos, que subsisten bajo nombres más ajustados al contexto europeo. En particular, los términos

¹ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 1216.

«concurso» y «subasta» —que en la anterior legislación nacional se referían, de forma un tanto artificiosa, a «formas de adjudicación»— se subsumen ahora en la expresión «oferta económicamente más ventajosa» que remite, en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, restringidos o negociados, ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua «subasta») o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo «concurso»). Ahora bien, el concepto legal de «oferta económicamente más ventajosa» es más amplio que el manejado en la Directiva 2004/18, englobando tanto la noción estricta presente en la norma comunitaria —que presupone la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración—, como el criterio del «precio más bajo», que dicha disposición distingue formalmente de la anterior; la Ley ha puesto ambos conceptos comunitarios bajo una misma rúbrica para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar sea el precio, no fuese calificada como la «económicamente más ventajosa»), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación.

Tal proceder ha pretendido ayudar, pero sólo en apariencia, a solventar uno de los más importantes problemas que planteaba la disposición adicional 8.^a LCAP y que se hubiera acrecentado, además, por el añadido de los dos nuevos párrafos (ya conocidos) en la disposición adicional 6.^a LCSP actualmente vigente. Pero tal loable intención no se puede materializar en la práctica, pues el establecimiento formal de un única forma de adjudicación («la oferta económicamente más ventajosa» —artículo 134 LCSP—) no impide que, de hecho, sigan funcionando las dos anteriores (art. 135 LCSP): «la oferta económicamente más ventajosa», en cuya valoración se tendrá en cuenta una pluralidad de criterios objetivos (es decir, lo que antes venía siendo el concurso), y «el precio más bajo» (esto es, lo que anteriormente quedaba referido a la subasta).

Su compatibilidad con los distintos sistemas de adjudicación del contrato

Desde un mero punto de vista léxico, el nuevo texto legal ha solventado las dudas de compatibilidad de los distintos apartados de la disposición adicional sexta con las diferentes formas de adjudicación, pues éstas (que en la norma precedente eran la subasta y el concurso) han quedado reducidas a una sola («la oferta económicamente más ventajosa»), en cuyo margen actuarán los cuatro supuestos de preferencia regulados en la mencionada disposición adicional, tendentes todos ellos a conseguir un incremento de las tasas de empleabilidad de los sujetos más desprotegidos, esto es —como más significativos—, los discapacitados. Ahora bien, en la realidad, el problema sigue siendo idéntico, no en vano la existencia de un único criterio de adjudicación es meramente semántica, operando en la práctica los dos mismos que antes («oferta económicamente más ventajosa» —concurso— y «precio más bajo» —subasta—). Es necesario distinguir, por tanto, las siguientes circunstancias:

1. Cuando se trata de empresas que cuenten en su plantilla con un porcentaje de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 parece que sólo cabe admitir la presencia de esta cláusula de desempate cuando el sistema de adjudicación tome en cuenta «la oferta económicamente más ventajosa», pues el tenor literal de la disposición adicional sexta.¹ de la LCSP (proposiciones que «igualen en sus términos a las más ventajosas») utiliza los términos característicos y propios de este sistema. A esta misma conclusión podía llegarse, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto legal, si se atendía a lo dispuesto, de un lado, en la Orden de 17 de diciembre de 2001, que aprueba la instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras, y, de otro, en la Orden de 25 de noviembre de 2002, por la que se aprueban los criterios de preferencia en la adjudicación de contratos a empresas licitadoras con personal discapacitado en su plantilla, pues en ambas disposiciones la aplicación de la cláusula social aquí analizada queda circunscrita expresa y únicamente

al anterior sistema de concurso (en la actualidad, «oferta económicamente más ventajosa»).

2. En cambio, cuando se trate de empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, parece que sólo cabe admitir la presencia de esta cláusula de desempate cuando el criterio de adjudicación toma en cuenta el «precio más bajo», pues es el mejor postor, el que ha ofrecido el montante económico más reducido a la Administración, quien debe obtener el contrato mediante la aplicación de la preferencia. Así, atendiendo a la redacción legal de la disposición adicional sexta. 2 de la LCSP («en igualdad de condiciones con las —ofertas— que sean económicamente más ventajosas»), resulta evidente que esta adjudicación preferencial se refiere al único criterio que preside la adjudicación en este caso (el mejor precio), incorporando una pauta de desempate entre propuestas económicamente iguales.

3. Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro, la cuestión se complica todavía un poco más, pues la disposición adicional sexta. 3 de la LCSP comienza con la expresión «en la misma forma y condiciones», sin aclarar si se remite al primer párrafo o al segundo. Ello se debe a que el legislador ha procedido a copiar literalmente la anterior disposición adicional octava de la LCAP, limitándose a introducir un nuevo párrafo segundo, el relativo a las empresas de inserción, y un nuevo apartado 4.º, referido a las organizaciones de comercio justo. De este modo, el apartado primero se refiere ahora (como antes) a las empresas que cuenten con un determinado porcentaje de trabajadores con discapacidad y el párrafo tercero (anteriormente el segundo) a las entidades sin ánimo de lucro. Es menester interpretar, por tanto, la aplicación del régimen preferencial aquí analizado en las dos formas de adjudicación que operan en la práctica bajo la apariencia formal de una sola («la oferta económicamente más ventajosa» y «el precio más bajo»), quedando la Administración absolutamente vinculada por la Ley a seleccionar la oferta del sujeto privilegiado o preferido por el legislador tanto

en la primera cuanto en el segundo, siempre que su finalidad o actividad tenga relación con el objeto de la contratación.

4. En fin, si se trata de entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo, se puede llegar a la misma conclusión que se ha vertido en el primer supuesto de los cuatro mencionados (empresas con minusválidos en su plantilla), pues la expresión legal utilizada en el párrafo 4.º de la disposición adicional sexta de la LCSP es idéntica: «siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».

Sea como fuere, a la vista de tales dificultades interpretativas, no cabe sino apostar porque, en una futura reforma, el legislador opte por utilizar una expresión más neutra como pudiera ser aquélla conforme a la cual las proposiciones sobre las que pueda operar el desempate «estén en igualdad de condiciones»², de forma que dicha preferencia no grave los criterios para la adjudicación, pudiendo utilizarse no sólo en las adjudicaciones en las que se tenga en cuenta «la oferta económicamente más ventajosa» sino también la referida «al precio más bajo»³.

No acaban aquí los problemas de aplicación de las cláusulas sociales estudiadas; antes al contrario, cabe plantearse, también, si la preferencia puede aplicarse en el procedimiento abierto, en el restringido, en el negociado y en el diálogo competitivo o, por el contrario, sólo en alguno de ellos. La solución a este interrogante exige aclarar que es abierto el procedimiento en el que todo empresario interesado puede presentar una proposición (arts. 141-145 LCSP); tiene carácter restringido aquél en el que sólo pueden realizar ofertas aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos (arts. 146-152); en el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empleador justificadamente elegido por el

² Dictamen número 5, de 27 de mayo de 1998, del Consejo Económico y Social.

³ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?», *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, pág. 51.

Ente público, previa consulta y negociación de los términos del contrato con una o varias entidades productivas (arts. 153 a 162); y, en fin, en el diálogo competitivo se inicia un diálogo con las empresas y los profesionales que hayan solicitado su participación y hayan sido seleccionados por el Ente contratante, diálogo mediante el cual los licitadores proponen las soluciones más idóneas para la satisfacción de las necesidades del poder adjudicador y sobre estas soluciones se invitará a los empresarios a presentar una oferta, pudiendo establecer primas o compensaciones para los participantes (arts. 163-167)⁴. Atendiendo a tales índices y, como es lógico, la preferencia parece descartada, por su propia naturaleza, en el procedimiento negociado y —como no— en el diálogo competitivo⁵.

⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Contratación Administrativa*, Pamplona, 2008, págs. 219 y ss.

⁵ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1429.

11. LA CONTRATACION DE MUJERES CON DISCAPACIDAD

Habiendo hecho mención a los requisitos y sujetos beneficiados por la preferencia en la adjudicación del contrato, cabe plantearse, ahora, si los poderes adjudicadores pueden estar habilitados para incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares otros criterios sociales de desempate entre ofertas equivalentes distintos de los mencionados expresamente en la disposición adicional sexta de la LCSP aquí analizada, destinados, en paradigmático ejemplo, a fomentar las reducidas tasas de ocupación de las mujeres discapacitadas, cuyo índice de paro es tres puntos y medio superior a la de las mujeres sin discapacidad (16,20 por 100) y casi siete puntos superior a la de los varones discapacitados (12,80 por 100)¹.

Atendiendo a la realidad social, en estas mujeres concurre un doble motivo de discriminación: su condición femenina y su déficit de capacidad. No sólo tienen que luchar contra las barreras y retos «tradicionales» en que se encuentran las féminas en el hogar, en la comunidad y en el mundo del trabajo, sino que sufren las dificultades adicionales, obstáculos y falta de oportunidades derivadas de su discapacidad. A consecuencia de su problema –y de la percepción que la sociedad tiene de él–, a menudo se ven aisladas, desalentadas y en ocasiones incluso vetadas para participar activamente en la vida pública, en la familiar y en la laboral². En definitiva, al riesgo de

¹ Plan de acción para las mujeres con discapacidad 2007, aprobado por el Consejo de Ministros de 1 de diciembre de 2006.

² GIMÉNEZ LÓPEZ, M. y RAMOS LORENTE, M.M.: «La discriminación de las mujeres discapacitadas en España», *RMTAS*, núm. 45, págs. 61 y ss.

ser discriminadas por su discapacidad, se añade la circunstancia de sufrir discriminación por razón de género.

11.1. La promoción de la igualdad efectiva

Ya se han analizado las medidas directamente destinadas al fomento de la ocupación de las personas discapacitadas, de las cuales se podrán beneficiar también lógicamente las mujeres con déficit de capacidad (casi el 58 por 100 de este colectivo). Procede descender ahora al estudio de las medidas directamente establecidas a favor de la mano de obra femenina, pues serán asimismo de aplicación a las mujeres discapacitadas. Es necesario acudir, así, a lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH), el cual puede servir de modelo para futuras actuaciones. En virtud de este precepto, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices relativas a la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el contrato de trabajo, «siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava (entonces vigente) de la LCAP» (ahora disposición adicional 6.^a LCSP)³.

Como con acierto se ha dicho, el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación sin que exista ninguna clase de preterición por razón de sexo,

³ MORENO MOLINA, A.M.: «Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas», en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, pág. 206.

discapacidad, raza, religión, convicciones ideológicas, políticas, sindicales o cualquier otra circunstancias social recogido de forma genérica en el artículo 14 de la Carta Magna e incorporado como derecho laboral en el artículo 4 ET, constituye un principio angular y transversal del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social⁴. En efecto, no cabe negar que aun cuando los factores de discriminación laboral pueden ser diversos (raza, credo, ideología...) ⁵, el género se alza como motivo especialmente «odioso»⁶, máxime cuando el marco social que proporciona el contrato de trabajo constituye un ámbito específico donde la existencia de discriminación real se hace patente con tanta frecuencia que casi llama al escándalo⁷: claramente disminuyen para las mujeres (madres reales o potenciales y, en demasiadas ocasiones, principales sujetos de las responsabilidades familiares) las posibilidades de conseguir y mantener un trabajo estable, digno y suficientemente remunerado; en paralelo, se incrementan las necesidades familiares que obligan a la mujer a aceptar trabajos precarios e incluso fuera del control legal a partir de los cuales ve perpetuada su crónica situación de desigualdad social⁸.

⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y no discriminación por razón de sexo*, Madrid, 1986, págs. 13 y ss. o PARDELL VEA, A.: «La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV.: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2005, págs. 33 y ss.

⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *RL*, 1993, T. I, págs. 151 y ss. y «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1991, pág. 165; BORRAJO DACRUZ, E.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27 o ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., et alii: «Igualdad y no discriminación», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2001, pág. 264.

⁶ Siguiendo la expresión utilizada por QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, 1996, pág. 40.

⁷ ELFFMAN, M.: «Discriminación en el empleo», en AA.VV. (BLANPAIN, R. Ed.): *XV Congreso mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Discriminación en el empleo*, Leuven, 1998, págs. 100 y 101.

⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo (Comentario

Los datos estadísticos son claramente ilustrativos a este respecto: España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina (el 44,5 %) en comparación con la tasa masculina (el 67,6 %), encontrándose aún muy lejos de los objetivos fijados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010, establecidos en una tasa de actividad femenina del 60 %⁹. Es más, el índice de paro femenino sigue doblando al masculino (15,2 % frente a 8%)¹⁰, el de temporalidad sigue siendo más de cinco puntos porcentuales superior (33,2 % frente a 28,4 %)¹¹ y el salario medio mensual de las féminas continúa cifrado en un 24 % por debajo al de los hombres¹². Ello sin olvidar cómo el 93,20 de las mujeres abandona el trabajo por razones familiares (frente a 0,49 de los hombres)¹³, lo cual contribuye a incrementar la segmentación sexual del mercado laboral, tanto en la segregación ocupacional que llega a ser del 15 %, como en la sectorial que alcanza el 18 %¹⁴.

A fuerza de escuchar estos índices, nos hemos acostumbrado al hecho de que las mujeres sean una fuerza de trabajo secundaria, en la que tiene mayor incidencia el desempleo, a que desarrollen preferentemente su prestación de servicios en ocupaciones feminizadas («de cuello rosa») que, debido precisamente a ello, se consideran como poco cualificadas y se caracterizan en muchos casos por su inestabilidad y escasa retribución, cuando no caen de lleno en la economía informal o en el «trabajo negro»¹⁵. La diferencia

a la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)», *La Ley*, núm. 5148, 2000, págs. 1 y ss.

⁹ Resumen del Informe sobre *El empleo en Europa 2004* (www.europa.eu.int/comm/employment-social/news/2004/sep/eie2004-en.html).

¹⁰ Fuente EPA. Cuarto trimestre 2006. *INE* (www.ine.es). Es más, la tasa de empleo femenino disminuye en 27 puntos cuando las mujeres tienen hijos pequeños (entre 20 y 44 años). AA.VV.: *Programa relativo a la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el período 2001-2005, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, COM (2000), 335 final.

¹¹ Fuente: *INE*. Cuarto trimestre 2006.

¹² Fuente: *Índice de Costes Laborales*, 2006.

¹³ Fuente: *INE*. Cuarto trimestre 2006.

¹⁴ www.eurofound.eu.int/working/reports/ESO403TRO1/ES403TRO1.htm.

¹⁵ SÁNCHEZ, M.C.; SILVÁN, E. y URBANO, E.: «La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del*

retributiva con los empleados varones se mantiene, especialmente en el sector privado, en los empleos más cualificados a los que las mujeres llegan a acceder, sin que deba silenciarse, tampoco, la presencia de ese «techo de cristal» que provoca que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas¹⁶.

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención de las personas dependientes, entendiéndose por tales aquellas que durante un período prolongado de tiempo requieren de ayuda para realizar ciertas actividades cotidianas (vestirse, comer, asearse...). Su cuidado conduce a la mano de obra femenina, en muchos casos, a optar entre su vida laboral o su vida familiar. Todo ello sin olvidar que la responsabilidad de atender a los hijos recae todavía principalmente sobre ellas (lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su carrera profesional)¹⁷.

No puede extrañar, por tanto, que la lógica de la igualdad por razón de género se haya proyectado como una idea-fuerza en el texto constitucional y en la legislación laboral de desarrollo, hasta el punto de que se ha convertido en afirmación reiterada, tanto en el plano general de los derechos constitucionales como en el sector estricto de las relaciones laborales. La CE vigente ofrece un ejemplo significativo «de enaltecimiento de la mujer a través del principio de igualdad para sacarla del terreno de las discriminaciones que históricamente ha sufrido»¹⁸. Reiterados preceptos hacen clara esta tendencia: de un lado, los arts. 1.1, 9.2 y, de modo especial, el «tan

género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales), Valencia, 2005, págs. 197 y ss.

¹⁶ ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid, 2004, pág. 23.

¹⁷ CES: «Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales», *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, pág. 1.

¹⁸ ALONSO OLEA, M.: «El trabajo de la mujer», *RMTAS*, núm. 13, 1998, pág. 109.

traído y llevado» artículo 14¹⁹; de otro, el artículo 35, que recoge, fuera ya del conjunto de derechos y libertades fundamentales, pero como uno de los derechos y deberes de los ciudadanos²⁰, la igualdad de todos los españoles en el derecho al trabajo y en el deber de trabajar, mencionando el sexo como la única causa de discriminación expresamente prohibida, lo cual pone de manifiesto que el constituyente ha estimado necesario establecer una «sobreprotección» para los casos en que se produzcan discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral²¹.

Por su parte, el artículo 17.1 ET reproduce en el plano de la legalidad ordinaria la prohibición constitucional de discriminación, llevándola al marco de las relaciones entre privados²², pues declara nulas y sin efecto las disposiciones legales, convencionales o pactadas que contengan «discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de jornada, retribuciones y demás condiciones de trabajo»²³. Todo ello sin olvidar cómo la LOIEMH diseña una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por

¹⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *RL*, 1993, Tomo I, págs. 151 y ss. En el mismo sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 33, 1988, págs. 61 y ss.

²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El principio de igualdad y las relaciones laborales», *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 389; MONTOYA MELGAR, A.: «Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral», *RPS*, núm. 121, 1979, págs. 332 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 134 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La discriminación salarial por razón de sexo», *RL*, núm. 22, 1989, págs. 25-26 o ALONSO LIGERO, M.S.: «Igualdad salarial», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 1.º, Madrid, 1994, pág. 137.

²² GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986 o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Principio de igualdad y Derecho Privado», en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Vol. II, 1991, págs. 1584 y ss.

²³ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: «Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al artículo 17.1)», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 522.

razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla en el marco del acceso al empleo, en la formación, en la promoción y en las condiciones laborales. Todos estos avances normativos no han evitado, sin embargo, que en el terreno de los hechos la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres no sea un objetivo totalmente alcanzado; por una parte, todavía existen ámbitos sociales en los que se mantiene una desigualdad notoria, aunque se aprecie su progresiva reducción (precariedad contractual, segregación ocupacional, minusvaloración salarial.); y por otra parte, el hecho de que los mecanismos jurídicos de la igualdad laboral redunden su mayoría en cargas económicas empresariales plantea en muchos casos la pregunta de si tales instrumentos de mejora de la condición femenina no pueden resultar a la postre factores disuasorios de la contratación de mujeres²⁴. Al tiempo, la mayor flexibilidad de los mercados ha mejorado el nivel de ocupación del colectivo aquí analizado, pero ha acentuado su situación de desventaja, al afectarles desigualmente la ampliación del espacio de decisión empresarial y del nivel de temporalidad y precariedad y la erosión de la calidad de los empleos, que han perturbado mucho menos a los trabajadores varones ya ocupados que a las ingentes masas de mujeres que acceden al mercado de trabajo²⁵.

El legislador debe ser consciente, por tanto, de que aun cuando el proceso de integración de la mano de obra femenina al mundo laboral ha ido en ascenso, «esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el empleo»²⁶,

²⁴ MONTOYA MELGAR, A.: «Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas», *REDT*, núm. 129, 2006, pág. 6.

²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *RL*, núm. 8, 2006, pág. 8.

²⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

no en vano «el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo “extraño” para las mujeres, lo cual ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, por tanto, dedicado en exclusividad a “su” trabajo»²⁷.

Es, además, necesario no perder de vista que existen diferencias entre los sexos legítimas como son, en paradigmático ejemplo, las biológicas, capaces de imponer un tratamiento distinto y en ocasiones no neutro para no incurrir en un trato discriminatorio, ya sea directa o indirectamente. Precisamente, la posibilidad natural o social de desigualdad biológica debe ser —y de hecho lo es—, en sí misma considerada, causa última de determinadas normas jurídico-sociales, en tanto, sobre todo y como paradigmático ejemplo, la situación de maternidad de la mujer actuará como factor determinante de la necesidad de un tratamiento específico, habida cuenta en tal supuesto la protección no puede ser en modo alguno trasladable al varón²⁸, como no puede serlo tampoco la condición de gestante, exclusiva del sexo femenino²⁹. A la función biológica de la procreación se le vinculan, así, necesariamente diferencias legítimas que la legislación laboral debe contemplar y que se traducen básicamente en un tratamiento favorable al hecho social de la procreación y a evitar y compensar efectos negativos en el pleno ejercicio y disfrute por las mujeres de sus derechos³⁰.

²⁷ PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 41. En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: «Discriminación laboral de género: un enfoque constitucional», *Tirant on Line*, 636199.

²⁸ Ello sin olvidar que la maternidad es una causa igualmente de diferenciación entre mujeres, esto es, entre una embarazada y otra que no lo está. STSJ, Social, Madrid, de 13 de septiembre 1995 (Ar. 3310).

²⁹ HERNÁNDEZ, S.: «Età lavorativa, età pensionabile e principio di parità tra i sessi», *Il Dir. Lav.*, núm. 6, 1996, pág. 528.

³⁰ RUANO RODRÍGUEZ, L.: «Fortaleza física y discriminación por sexo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)», *RL*, núm. 13, 1998, pág. 30.

En este sentido, no cabe caer en un absurdo e injustificable salto al vacío y pasar de una desigualdad discriminatoria a un igualitarismo asimismo inaceptable³¹, porque tampoco cabe considerar jurídicamente de forma absolutamente igual a dos individuos en situaciones diferentes y, a nadie escapa, el factor sexo (junto con otros a él más o menos vinculados) ampara un trato desigual entre hombre y mujer que permite considerar aquel hecho biológico diferencial para así proteger, en situaciones específicas y con determinadas ventajas, a la mujer-madre, precisamente con la finalidad última de salvaguardar de forma adecuada su estado de salud y el de su hijo³², conforme bien señalan tanto el Tribunal Constitucional («la maternidad y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre»³³) como el Tribunal Supremo («el descanso maternal es una situación que no se identifica con la incapacidad temporal para el trabajo —que puede afectar igualmente a hombres y mujeres— y que, siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación»³⁴).

Insistiendo sobre la misma idea, sería un error gravísimo en el terreno del análisis jurídico-laboral de la discriminación sexual negar toda relevancia a ciertas diferencias entre los miembros de uno u otro sexo, atendiendo, obviamente, a la capacidad de procreación como diferencia sexual inmutable

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La igualdad de los tratamientos laborales y su relevancia constitucional», *RL*, núm. 22, 1998, pág. 8.

³² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, pág. 5817.

³³ STCo 109/1993, de 25 de marzo. En parecido sentido, SSTCo 173/1994, de 7 de junio, 136/1996, de 23 de julio, 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero y 182/2005, de 4 de julio.

³⁴ STS, Social, de 23 de marzo de 1995 (Ar. 2179).

con traducción, directa e inmediata, en el derecho positivo³⁵. No toda diferencia de trato entre varones y mujeres merece ser tachada, por tanto, de inconstitucional por discriminatoria (entendida la discriminación como toda diferencia de trato arbitraria o carente de justificación objetiva y razonable)³⁶; antes al contrario, son plenamente acordes con el tenor constitucional las normas que contienen medidas específicas de protección de la mujer en razón de su maternidad (embarazo, parto y puerperio)³⁷, así como aquellas disposiciones de carácter favorable para el sexo femenino que deban —y deben— adoptarse y mantenerse transitoriamente en un Estado social y democrático de Derecho con el propósito de remover los obstáculos (anclados en los papeles tradicionalmente atribuidos a las mujeres) que se oponen a la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo.

De todas formas, es preciso que los poderes públicos sean cautos en esta tarea, pues las normas protectoras para las mujeres pueden verse acompañadas en la práctica por un contraproducente —e indeseable— efecto «boomerang»³⁸, máxime cuando se trate de mujeres discapacitadas, cuyo

³⁵ SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994, págs. 24-26.

³⁶ Entre muchas, SSTCo 22 y 42/1981, de 2 de julio y 22 de diciembre; 75/1983, de 3 de agosto; 6/1984, de 24 de enero o 72/1985, de 13 de junio.

³⁷ No cabe tachar de discriminatorias las medidas de protección de la maternidad, pues lo relevante no es el sexo del sujeto protegido. Idea compartida por la unanimidad de la doctrina; entre otros, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.ª edición, Madrid, 1995, págs. 179 y 230; JACQMAIN, J.: «¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?», *RL*, núm. 5, 1997, pág. 98; SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid, 1984, págs. 62 y 63; PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1984, pág. 103; BALLESTER PASTOR, M.ªA.: «La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa “protectora” de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en la minas», *TS*, núm. 27, 1993, pág. 50; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia, 1997, pág. 278 o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en AA.VV. (CASAS BAAMONDE M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, 1997, pág. 42.

³⁸ Término que se gestó en el Derecho Norteamericano con ocasión de la interpretación que el Tribunal Supremo Federal fue elaborando del concepto de discriminación de los grupos

rendimiento laboral no llegará a ser —en el sentir de algunos empresarios guiados por una óptica puramente mercantilista— el más óptimo. La razón aparece obvia: aun partiendo del interés de proteger al colectivo femenino, terminan por retraer su contratación por los empresarios, lo cual no deja de ser peligroso sobre todo si, como ocurre, el ordenamiento jurídico español se muestra particularmente inoperante a la hora de acometer el esfuerzo parificador en el momento de la contratación³⁹, limitándose a encomendar a los servicios públicos de empleo, a sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación sin fines lucrativos, velar específicamente para evitar las discriminaciones en el acceso al trabajo, considerando atentatoria frente al principio de igualdad la oferta de colocación referida exclusivamente a uno de los sexos (disposición adicional 17.^a LOIEMH)⁴⁰.

Aun admitiendo que las normas tuitivas tienen una finalidad del todo lícita, un exceso de protección —que partiría de una ubicación no igual sino inferior de la mujer trabajadora⁴¹— puede conducir a una posición alejada del objetivo deseado, incrementando el coste de la mano de obra femenina y, a la postre, traduciéndose en una clara preferencia por el trabajo masculino y una mayor dificultad de la mujer de acceder al empleo⁴², sobre todo si de discapacitadas se trata. De ahí la importancia que en el desarrollo e impulso

protegidos por la Civil Rights Act de 1964, en cuyo título se cristalizó la distinción entre la discriminación intencional o «tratamiento desigual» y el «impacto desigual». CABEZA PEREIRO, J.: «Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Comentario a la STC 58/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)», *RL*, núm. 20, 1994, pág. 49.

³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, pág. 924.

⁴⁰ MERCADER UGUINA, J.R.: «La 'parte general' de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo», en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, pág. 29.

⁴¹ RUIZ MIGUEL, A.: «Discriminación inversa e igualdad», en AA.VV. (VALCÁRCEL, A., Comp.): *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994, págs. 77-113.

⁴² Y es que «todo exceso de protección se vuelve contra el sujeto protegido». PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Cons-

de las políticas de fomento de la igualdad laboral puede tener la colaboración de las Administraciones públicas, tal y como reconoce el artículo 34.2 de la LOIMH anteriormente transcrito.

La enorme trascendencia de la habilitación que este precepto efectúa a favor de la Administración a la hora de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares un criterio de desempate entre ofertas equivalentes para la adjudicación del contrato obliga a interrogarse sobre los cauces reales y las manifestaciones concretas a través de los cuales el Ente público podrá comprobar que efectivamente la posible empresa adjudicataria promueve efectivamente la demandada igualdad laboral. Alguna pista en este sentido puede deducirse del propio articulado de la LOIEMH:

1. Esta Ley contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 LOIEMH). Para la concesión del mismo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la paridad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 Ley Orgánica 3/2007). Sin duda, la posesión de tal distintivo puede ser considerada por la Administración como acreditación empresarial para aplicar el criterio social de desempate.

titucional: de la tutela a la paridad», en AAVV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, pág. 828.

2. Invita a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada a procurar incluir en su Consejo de Administración, en los nombramientos que se vayan produciendo a medida que venza el mandato de los actuales consejeros, un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada entre ambos sexos en un plazo de ocho años (art. 75 Ley Orgánica 3/2007)⁴³. La mayor o menor diligencia en el cumplimiento de tal previsión por parte de la empresa puede suponer también un claro indicio en su favor a la hora de licitar.

3. Incorpora un nuevo mandato en el artículo 85.1 ET, de conformidad con el cual, y «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad». Así pues, las alternativas son dos: o se negocia un plan de igualdad o se negocian «medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral», existiendo en este sentido un deber de negociar que, para ser constitucional, debe ser respetuoso con la libertad de las partes a la hora de «determinar el contenido de los convenios colectivos», por lo que no habrá obligación de llegar a un acuerdo en ninguno de los dos sentidos, pero sí un deber inexcusable de negociar de buena fe sobre estas cuestiones⁴⁴.

La importancia de los planes de igualdad no debe ser minusvalorada, no en vano a través de los mismos se canalizará el conjunto de medidas de acceso al empleo, clasificación y promoción profesional, formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, tendentes a alcanzar en la organización productiva, después de realizar un diagnóstico de situación, la

⁴³ LUJÁN ALCARAZ, J.: «La igualdad en la responsabilidad social de las empresas», *AS*, núm. 12, 2007, pág. 22.

⁴⁴ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Comentario de urgencia de sus aspectos laborales y de Seguridad Social», *Tirant on Line*, núm. 1044019, pág. 8.

igualdad entre mujeres y hombres y a eliminar las discriminaciones por razón de sexo (art. 45 LOIEMH). Los planes de igualdad tendrán tres partes: 1) la fijación de los objetivos a alcanzar; 2) la estrategia y prácticas a adoptar para su consecución; 3) el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46.1 LOIEMH)⁴⁵.

Es más, la propia LOIEMH se encarga de precisar el procedimiento para la articulación de este deber de negociar planes de igualdad (que no el deber de llegar a un acuerdo) en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores: «en los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios; en los convenios de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad» (nuevo artículo 85.2 ET). Igualmente, cabe destacar la importancia de la posibilidad de sustituir la imposición de sanciones accesorias impuestas por la autoridad laboral por la elaboración y aplicación de los tantas veces mencionados planes de igualdad (art. 45.4 LOIEMH).

Como no podía ser de otra manera, la LOIEMH amplía las competencias de los comités de empresa, modificando el artículo 64.1 ET con el fin de atribuirles «el derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre los que se incluirán datos sobre la proporción de unas y otros en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre el mismo» (art. 64.1 ET); el derecho de «vigilancia

⁴⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres», *RL*, núm. 9, 2007, págs. 61 y ss.

del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres» [artículo 69.1.9 c) ET]; y el derecho a «colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de las medidas de conciliación» (art. 64.1.13 ET).

El cumplimiento escrupuloso de todas estas previsiones por una determinada empresa puede servir, igualmente, como pauta a tener en cuenta por la Administración para el desempate en la licitación, no en vano la consecución de la deseada paridad entre sexos en las relaciones laborales no es sólo un derecho fundamental de la mujer, ni sólo un valor superior del ordenamiento, es también un requisito y exigencia para lograr una sociedad más justa y una economía más dinámica y competitiva⁴⁶. Al final —y a través de la preferencia en la adjudicación de los contratos públicos a favor de las empresas especialmente sensibles en materia de igualdad laboral por razón de género que el artículo 34.2 LOIEMH establece—, el empleo de las mujeres quedará favorecido. Si éstas, a su vez, son minusválidas podrán beneficiarse tanto de esta preferencia como de la establecida, con carácter general, para las empresas que tengan contratado un porcentaje de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 prevista en la disposición adicional 6.^a1 LCSP. Sin olvidar tampoco la inclinación de la balanza en los supuestos de empate a favor de las ofertas presentadas por empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro o por organizaciones de comercio justo, que también contribuyen a elevar las tasas de ocupación de los discapacitados.

11.2. La sensibilidad empresarial en materia de conciliación de la vida laboral y familiar

Pese a las importantes innovaciones normativas que se han venido produciendo en el marco de la conciliación de la vida laboral y familiar, no cabe

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *RL*, núm. 8, 2006, pág. 1.

duda de que todavía no cuenta con una solución acabada este problema, marcado por la especial incidencia que causa sobre las mujeres en general y sobre las discapacitadas en particular, no en vano las féminas siguen siendo las principales titulares de las obligaciones familiares.

La familia es la forma natural de organización de la especie humana, no en vano el hombre es un ser social que mantiene y ha mantenido siempre a lo largo de la historia relaciones (estables o esporádicas) de convivencia, protección, dependencia y ayuda con sus semejantes. La importancia indiscutible del fenómeno humano de agrupación familiar, así como la cantidad y variedad de cuestiones que plantea (tanto la propia institución social como las relaciones entre sus miembros) explican el relevante papel que desempeña la realidad familiar en el conjunto del ordenamiento jurídico⁴⁷.

Partiendo del dictado del artículo 39.1 CE, la familia es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas, que responden a las distintas perspectivas desde las que puede observarse esta institución. Dentro de este amplio punto de vista, debe quedar delimitada la vertiente específicamente sociolaboral de esta política, constituida —obviamente— por el conjunto de medidas que los poderes públicos arbitran para la protección de la familia en relación con la dispensa de la actividad profesional⁴⁸.

Sin duda, la incorporación de la mujer al trabajo y los efectos que ello ha provocado en la sociedad marcan un nuevo rumbo en el modo de concebir la institución nuclear básica de nuestro sistema social: la familia. La relación mujer-familia-economía muestra nuevas líneas de actuación que tratan de

⁴⁷ BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Pamplona, 2003, pág. 19.

⁴⁸ Sobre políticas públicas de protección a la familia, ABRAHAMSON, P. *et alii*: *Comparing Social Welfare Systems in Nordic Europe and France*, Copenhagen Conference, V.4, París, 1998, págs. 141 y ss.; KAUTTO, M. *et alii*: *Nordic Social Policy*, Londres, 1999, págs. 54 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ, T.: *La protección a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea*, Bilbao, 1996, págs. 64 y ss. o FLAQUER, LL.: *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Barcelona, 2000.

romper con arquetipos tradicionales que han vinculado el trabajo productivo de la mujer al «salario familiar» (nivel retributivo suficiente que permite al hombre mantener esposa e hijos), cuya perversa aceptación ha justificado una gran flexibilidad de la mano de obra femenina, más fácilmente excluida del mercado laboral en períodos de recesión, y una injusta división sexual del trabajo asentada sobre el rol doméstico de esta última⁴⁹. Es sabido que la organización del mundo productivo surgida de la profunda mutación que configuraría la sociedad industrial, en la que inicialmente se produjo una masiva incorporación de las mujeres al trabajo en condiciones carentes de regulación legal y mayoritariamente penosas, se asentó sobre un modelo social de distribución de cometidos según género: los hombres se ocuparían de las que se conocen como tareas «productivas», en el ámbito público y privado de las empresas, a través de relaciones funcionariales y de trabajo asalariado con unas condiciones contractuales crecientemente reguladas a través del naciente Derecho del Trabajo y a través de la negociación colectiva entre los actores sociales; por su parte, las mujeres se ocuparían de las llamadas tareas «reproductivas» y comunitarias (no mercantiles), en el ámbito privado de la familia, regidas por el Derecho Civil, muy poco reguladas y con escaso reconocimiento de derechos⁵⁰.

La consolidación de este modelo social de organización del trabajo supuso la retirada (o expulsión) mayoritaria de las féminas del mercado laboral y su confinación en el trabajo propio del ámbito doméstico (el cuidado del hogar familiar y la educación de los hijos) sin obtener contraprestación económica alguna a cambio. Por contra, el papel tradicional de los hombres ha sido el de producir bienes (si cabe menos esenciales o en cierta medida «de lujo» o mejora⁵¹, pero en todo caso fuera del hogar familiar) a cambio de una

⁴⁹ Ampliamente, CARRASCO BENGOA, M.C.: *El trabajo doméstico. Un análisis económico*, Madrid, 1991.

⁵⁰ CASAS BAAMONDE, M.E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 11, 1998, pág. 2.

⁵¹ DEX, S.: *La división sexual del trabajo. Revoluciones conceptuales en las ciencias sociales*, Madrid, 1991, pág. 120.

remuneración⁵²; «o bien, dicho de otro modo y con mayor contundencia, un modelo social en el que el hombre prácticamente se desentendía de cualquier tipo de obligación familiar y, de asumir alguna, lo hacía en clave intensamente subalterna, de ayuda “generosa”, siempre subordinada a lo que le permitieran sus “deberes” de carácter profesional»⁵³.

Esta concepción tradicional parece estar, sin embargo, en proceso de crisis, debido, principalmente, al acceso de la mujer al trabajo fuera de la sede familiar como consecuencia de un doble cúmulo de factores⁵⁴: de un lado, la mejor y mayor formación de las mujeres, concretada en el acceso de las mismas a los niveles superiores de estudios, que les ha permitido competir en mejores condiciones dentro del mercado de trabajo; de otro, la aparición de técnicas más avanzadas en la realización de las tareas domésticas, que han favorecido el ahorro de tiempo y esfuerzo⁵⁵. Ahora bien, aun cuando el proceso de integración de las mujeres al mundo laboral ha ido en ascenso proporcionando independencia económica a la erróneamente denominada «clase débil», «esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el empleo»⁵⁶, lo cual ha repercutido en la consideración de la familia a nivel social, provocando un cambio sustancial en su configuración, una verdadera

⁵² WILLIAMS, C.L.: *Gender differences at work. Women and men in non-traditional occupations*, California, 1989.

⁵³ CRUZ VILLALÓN, J.: «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número extraordinario, 2000, pág. 71.

⁵⁴ En este sentido, en España, se ha pasado de una tasa de actividad femenina del 13,4 por 100 en 1970 a un 40 por 100 en el año 2006, si bien es cierto que todavía estamos lejos de las tasas de ocupación femenina de países como Reino Unido donde se valoran cifras entre el 70 y el 80 por 100, tal y como demuestran las Encuestas de población activa del INE.

⁵⁵ MORGADO PANADERO, P.: «La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral», *RL*, núm. 23-24, 2002, págs. 19 y ss.

⁵⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

«revolución sociofamiliar», cuyo alcance se deja traslucir ciertamente a partir del resquebrajamiento de la familia tradicional y la consiguiente emergencia de nuevas formas de estructura familiar⁵⁷.

En primer lugar, la desestructuración de muchas familias tiene su origen en una vida laboral exagerada, compulsiva y estresante de padre y madre, agobiados por el trabajo y el hogar. En la mayoría de los casos, el varón es absorbido por las responsabilidades laborales de una carrera profesional que exige todo el tiempo del mundo y una dedicación y disponibilidad para la empresa absolutamente ilimitada (almuerzos y cenas de trabajo, reuniones hasta altas horas de la tarde y de la noche, viajes constantes, trabajo en casa a través de las tecnologías de la comunicación durante los fines de semana...); por su parte, la madre trabajadora se encuentra esclavizada por la doble jornada, la de la empresa y la del hogar. Estos padres, agotados y sobrepasados por un ritmo imparable y por el hábitat tenso y duro de la gran ciudad (tráfico, ruido, consumo masivo...), se reencuentran con la familia poco y mal, al final de cada día, cuando los hijos duermen, resintiéndose claramente la educación y cuidado de la prole. La pareja, ese delicado tejido de relaciones sentimentales que sostienen el amor y la convivencia, sufre y se rompe con los desgarros de una vida descompensada y compulsiva⁵⁸.

En segundo término, es notable incremento de familias monoparentales claramente feminizadas⁵⁹, consecuencia de la fragilidad de la familia biparental por el aumento contemporáneo de separaciones y divorcios⁶⁰, en

⁵⁷ IBÁÑEZ PASCUAL, M.: «Construcción de pareja, individualización y cambio familiar», *Abaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, núms. 29/30, pág. 64.

⁵⁸ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTÓ GARCÍA, J.I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia, 2004, pág. 498.

⁵⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: «Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales», *La Ley*, núm. 6382, 2005, págs. 1 y ss.

⁶⁰ Las estadísticas muestran el aumento de hogares unipersonales por el incremento del número de personas que viven completamente solas fuera de una familia, muchas de ellas anteriormente casadas, divorciadas o viudas, que no acceden a un segundo matrimonio, dado el porcentaje bajísimo de mujeres divorciadas o viudas que vuelven a casarse frente al porcentaje

los cuales el régimen legal y judicial opta claramente por la atribución de la custodia de los hijos a la madre⁶¹; la condición de progenitora soltera; la convivencia more uxorio de personas del mismo sexo; el retraso de las parejas en contraer matrimonio; la caída de la natalidad; el incremento de las «familias extensas» o «colaterales», fruto de las uniones entre varones y mujeres divorciados que dan lugar a una amplia red de los denominados «hermanastros políticos»; y un largo etc.⁶², constituyen en la actualidad situaciones frecuentes en nuestro propio entorno a cuyo desencadenamiento no es extraño en absoluto el decidido abandono del hogar por parte de la mujer, que trata de acceder así con una mayor facilidad al mercado de trabajo y desprenderse —sin conseguirlo— al mismo tiempo de ese rol doméstico-familiar que desde antiguo se le ha venido asignando⁶³.

Mención especial merecen, además, las nuevas realidades familiares derivadas del fenómeno migratorio, producido por la salida de numerosas personas de los países en vías de desarrollo y con graves carencias en términos políticos, económicos y sociales, que llegan a destino sin medios para subsistir, realizando en precario numerosos trabajos y tareas que no son deseadas por los nacionales y planteando nuevas necesidades de protección de las novedosas formas de convivencia que traen consigo. Es más, puede afirmarse que, en apenas dos decenios, España ha pasado de ser emisor a ser un país receptor de considerables flujos migratorios, en los cuales se

relativamente elevado de viudos o divorciados que sí vuelven a casarse. A ello se une la frecuencia de familias monoparentales, generalmente mujeres, a cuyo exclusivo cuidado están los hijos, y que plantean problemas sociales de especial relevancia. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social, maternidad y familia», *RL*, núm. 14, 2000, pág. 4.

⁶¹ GOÑI SEIN, J.L.: «La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer», *TL*, núm. 82, 2005, págs. 11 y ss.

⁶² ALBERDI ALONSO, I. *et alii*: *Informe sobre la situación de la familia en España*, Madrid, 1995, pág. 472 o BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J.: «Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia posttradicional», en AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.): *Seguridad Social y familia*, Madrid, 1999, pág. 19.

⁶³ MIÑAMBRES PUIG, C.: «La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RMTAS*, núm. 19, 1999, pág. 15.

está produciendo un gran aumento de la feminización de los mismos, pues, junto a las mujeres que emigran para unirse con su pareja, cada vez son más numerosas las que se desplazan de forma independiente con vocación de inserción en el mercado laboral de la sociedad de acogida⁶⁴.

Esta «revolución silenciosa dentro de los muros del espacio doméstico»⁶⁵ derivada del conjunto de circunstancias anteriores, sin embargo, no se ha hecho extensiva ni ha alcanzado en igual medida a la redistribución de las tareas del hogar entre los miembros de la unidad familiar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian —todavía al día de hoy— sus trabajos «reproductivo» y «productivo», actuando los hombres únicamente de forma supletoria⁶⁶. Tal circunstancia cuenta todavía con un impacto si cabe más desfavorable cuando de mujeres con discapacidad se trata, pues la asunción de la conocida como «doble jornada» se hace verdaderamente difícil para estas últimas atendiendo a sus propias limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales.

Así las cosas, el principal perjudicado por esta falta de coherencia no ha sido sólo, pese a lo que pudiera creerse, el colectivo femenino que trabaja y atiende, por añadidura, las necesidades familiares y de los hijos, sino que el desequilibrio de la balanza ha calado, sobre todo, en la propia concepción de la familia y su pretérito modelo. El reconocimiento tardío de un nuevo sistema social no masculinizado ha ocasionado, pues, un freno a la familia como institución y, también, a las nuevas responsabilidades familiares que de la misma derivan para los miembros de aquélla⁶⁷. Es por ello por lo que, desde el Derecho Laboral, dotado de un marcado carácter tuitivo o

⁶⁴ CES: «Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española», núm. 3, 2003, pág. 30.

⁶⁵ MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Madrid, 1999, pág. 9.

⁶⁶ LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», *TL*, núm. 67, 2002, pág. 69.

⁶⁷ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia, 2001, pág. 15.

compensador, se han empezado a articular mecanismos jurídicos capaces de armonizar el desarrollo de un trabajo asalariado o autónomo, fuera del hogar, con aquel que tradicionalmente ha sido asignado a la mujer, llevado a cabo en el entorno familiar. Para cumplir tal objetivo son numerosas las normas legales (entre las cuales procede hacer referencia como la más emblemática a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar —LCVLF—) que se han encargado de regular cuestiones como el descanso por maternidad, los permisos para el cuidado de hijos o familiares, las reducciones de jornada por la misma razón, las prestaciones de Seguridad Social destinadas a paliar el descenso de recursos económicos por estas causas, etc. A todo ello, procede añadir el reconocimiento, de la mano de la LOIEMH, de que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. En definitiva, estas normas abogan por conseguir (la realidad viene a demostrar muchas veces su fracaso) la tan necesaria igualdad entre hombres y mujeres, de la que nuestro ordenamiento jurídico tantas veces se ha hecho eco, siendo el Derecho del Trabajo un claro exponente en esta lucha, no en vano la corresponsabilidad entre varones y féminas en la atención de la familia ha de ser el punto de partida de las políticas públicas de protección familiar dentro de un modelo social fundado en la igualdad de trato y de oportunidades⁶⁸.

En los términos apuntados con carácter general, la observancia estricta de tal normativa de tutela de la conciliación de la vida familiar y laboral, no oponiendo obstáculo alguno a los trabajadores (y, probablemente, sobre todo, a las trabajadoras, máxime si de discapacitadas se trata) para el disfrute de todas las prerrogativas y facultades diseñadas en las Leyes, constituye un importante referente a tener en cuenta por la Administración a la hora de

⁶⁸ LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad», cit., págs. 45 y ss.

aplicar los criterios de desempate en la adjudicación de los contratos a favor de aquellas empresas que demuestren cierta sensibilidad con los problemas de compatibilización entre la prestación de servicios profesionales y el cuidado de la familia. Sin embargo, el nivel legal no ha de constituir en modo alguno el máximo infranqueable; antes al contrario, la instrumentación por parte de la organización productiva de una política de conciliación de la vida laboral y familiar de sus trabajadores que mejore los contenidos normativos y trate de facilitar el desarrollo vital de los empleados debería constituir un parámetro todavía más efectivo. Así, parece apropiado tener en cuenta que la empresa adjudicataria haya elaborado un plan específico de actuación en esta materia, el cual —en los términos vistos y tras la reforma incorporada en la Ley Orgánica 3/2007— habrá de quedar incorporado al «plan de igualdad», dotado de sustantividad propia (al menos en empresas de más de 250 trabajadores), debiendo además constituir un contenido sometido a debate en la negociación del convenio colectivo, reforzando una línea de asuntos de la norma paccionada que, aun cuando ha empezado ya a dar frutos, todavía adolece de ciertas carencias. Cada vez es más frecuente que los convenios colectivos incorporen cláusulas o previsiones destinadas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar (sobre todo mediante el aumento y la mejora de los permisos parentales previstos a nivel legal) y a proteger eficazmente a la mujer trabajadora embarazada, lo cual no debe pasar desapercibido para la Administración como criterio primordial a la hora de articular el desempate en el proceso de licitación⁶⁹, pero tal contribución todavía es muy relativa, pues no ha llegado a ser una pauta constante de todas las normas profesionales y la atención a la circunstancia específica de la discapacidad es prácticamente inexistente.

Así, las previsiones convencionales tendentes a la mejora del régimen jurídico-laboral de protección a la familia deberían ser valoradas por la Ad-

⁶⁹ GARCÍA MURCIA, J.: «Igualdad y discriminación por razón de sexo: la negociación colectiva», en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral*, Pamplona, 2006, pág. 83.

ministración como criterio social de desempate a la hora de adjudicar un contrato, pero la ausencia de norma paccionada tampoco debe ser óbice para que la Administración no tenga reparos a la hora de tomar en consideración otros comportamientos empresariales como pudieran ser, sin ánimo exhaustivo, los siguientes:

1. La no minoración del salario en los supuestos de reducción de jornada por razones familiares o la facilitación de la adaptación y distribución de la jornada laboral, con el fin de conseguir un equilibrio adecuado entre la vida profesional y la familiar, permitidas por el artículo 34.8 ET. El hecho de que la empresa acoja la idea de que las políticas de work-life balance o de individual flexitime (implantadas en los diversos países de nuestro entorno europeo)⁷⁰ demuestran su beneficio tanto para los trabajadores como para la propia organización productiva (al evitar la producción de accidentes laborales derivados de la prolongación del tiempo de actividad en períodos excesivamente rígidos, además de lograr una mayor presencia femenina en el mundo productivo⁷¹, no en vano la posibilidad de trabajar más horas un día a cambio de reducir las de otro facilita decisivamente la conciliación de la vida laboral y familiar⁷²), debe ser tenido en cuenta por la Administración a la hora de aplicar el criterio social de desempate.

El Ente público adjudicador del contrato debe ser consciente de que la distribución de la jornada laboral es un aspecto determinante de las posibilidades de compatibilización de la vida laboral y familiar, sobre todo si de trabajadores discapacitados se trata. La falta de coincidencia entre los horarios escolares y los laborales, y la necesidad de invertir gran cantidad de tiempo en los desplazamientos a los lugares de trabajo, son algunas de

⁷⁰ MARTÍNEZ MORENO, C.: «Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral» (I), *TS*, núm. 197, 2007, pág. 23.

⁷¹ CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: «Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo», *RL*, núm. 19, 2006, pág. 117.

⁷² DE LUIS CARNICER, M.P. *et alii*: «La flexibilidad de la empresa y la conciliación de la vida laboral y familiar», *Boletín Económico del ICE*, núm. 2741, 2002, pág. 42.

las manifestaciones cotidianas de la dificultad para armonizar las responsabilidades de trabajo y hogar. Aun cuando la jornada laboral con horario fijo para la entrada y la salida es la más habitual en España, y sólo un mínimo porcentaje de trabajadores disfruta de horarios flexibles con la condición de cumplir un determinado número de horas, lo cierto es que si la empresa atribuye al empleado la posibilidad de organizar el propio tiempo de trabajo, tomando algún día u hora libre para atender a la familia, sin disminuir el cómputo global de horas dedicadas al desempeño de la actividad productiva, ello produciría enormes ventajas a la hora de facilitar la ansiada conciliación⁷³ que la Administración contratante no debe minusvalorar.

2. No debería pasar desapercibido tampoco el ofrecimiento por parte de la entidad productiva de una fórmula ya tradicional a la hora de conciliar los intereses laborales y personales del trabajador cual es el desempeño del trabajo a tiempo parcial, con el fin de permitir en cada caso la precisión del número de horas que, por sus circunstancias personales, un operario desea trabajar⁷⁴. La doctrina ha venido ponderando las ventajas de trabajar a jornada parcial (singularmente para los trabajadores discapacitados), señalando que constituye un eficaz medio para contribuir a resolver los problemas familiares en ciertas etapas de la vida de los trabajadores (o mejor, trabajadoras, en cuanto principales destinatarias de esta medida), en las cuales precisamente por los cuidados que requieren los menores, minusválidos o parientes, les resulta difícil compatibilizar los deberes profesionales y familiares⁷⁵.

En este sentido, procede destacar cómo la normativa laboral contiene diversas fórmulas flexibles⁷⁶, que virtualmente permiten cualquier clase de

⁷³ CES: «Conciliación entre la vida laboral y familiar», *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 45, 2006, pág. 2.

⁷⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial», *RL*, 1994, T. II, págs. 47 y ss. o FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Pamplona, 2006, págs. 34 y ss.

⁷⁵ VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid, 1999, pág. 35.

⁷⁶ CASAS BAAMONDE, M.E.: «Los contratos de trabajo a tiempo parcial, contrato fijo discontinuo y contrato de relevo y la jubilación parcial», *REDT*, num. 100, 2000, págs. 415 y ss. o

duración o distribución de la jornada de trabajo⁷⁷ (quedando su anómala extensión a través de las horas complementarias condicionada al eventual acuerdo entre las partes)⁷⁸, así como la posible conversión de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo, por acuerdo entre trabajador y empresa (nunca de forma forzosa, ni siquiera por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 ET)⁷⁹, contemplando, a su vez, una preferencia para el retorno a la situación anterior, para lo cual el empleador debe informar de cuantas vacantes se produzcan (ex artículo 12.4). Tales opciones han de servir a la empresa responsable, por ejemplo, para permitir (tanto mejor si de común acuerdo con los representantes de los trabajadores) que sus empleados puedan desarrollar durante un cierto tiempo servicios a jornada parcial tras reincorporarse después del disfrute de una excedencia o en momentos justificados de necesidad familiar o de enfermedad⁸⁰, siempre y cuando el trabajo a tiempo parcial no sea una imposición empresarial tendente a «invalidar la promoción y carrera profesional del trabajador, de precarizar sus salarios y de fomentar la inestabilidad y marginalidad laboral»⁸¹. La empresa que facilite el pacto novatorio de un

AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Madrid, 2003, págs. 32 y ss.

⁷⁷ ALFONSO MELLADO, C.L.: *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial*, Madrid, 2000, págs. 19 y ss.

⁷⁸ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, 1999, págs. 84 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, J.: *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Valencia, 2000, págs. 82 y ss. o RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: *Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial*, Pamplona, 2003, págs. 125 y ss.

⁷⁹ ALFONSO MELLADO, C.L.; SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: «Sobre la posibilidad de conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial», *RL*, 1995, T. I, págs. 1383 y ss.

⁸⁰ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, 2008, pág. 194.

⁸¹ VILCHES ARRIBAS, M.J.: «La acción positiva como instrumento para la igualdad de oportunidades: una perspectiva sindical», *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995, pág. 37. Por extenso, FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Pamplona, 2006, págs. 83 y ss.

contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial o viceversa, acompañado de ciertas garantías como la asistencia de un representante unitario⁸², previa creación de un registro de trabajadores que deseen cambiar su modalidad contractual o bien incrementar o reducir su jornada a tiempo parcial por razones familiares⁸³, debería tener cierta preferencia en el desempate a la hora de obtener un contrato público.

3. Otra fórmula que la Administración debería valorar pasa porque las empresas faciliten la prestación del conocido como «teletrabajo». Se trata de un término genérico, que bajo ésta u otras denominaciones semejantes («empresa virtual» o «elusive office» —fijándose en la empresa, «teletrabajo doméstico» o «flexi place» —atendiendo al trabajador—), alude a una forma de trabajo a distancia en la que la utilización de la tecnología de la información constituye el elemento fundamental de la actividad productiva⁸⁴, permitiendo una mejor adaptación de la vida laboral y la personal, sobre todo de trabajadores afectados por problemas de movilidad.

Este modelo de prestación de servicios permite ahorrar gran cantidad de tiempo y esfuerzo, evitando los desplazamientos al centro de trabajo y otorgando la posibilidad al trabajador de pasar más horas en su domicilio y combinar el trabajo con la atención de hijos y familiares. Como efecto reflejo, reducirá también el disfrute de excedencias por motivos parentales, las cuales, como es bien conocido, traen aparejados unos efectos no deseados para ambas partes de la relación: para el empresario, la necesidad de encontrar un sustituto cualificado y temporal para quien ostenta el derecho de reserva; para el trabajador, una importante reducción de ingresos que no siempre

⁸² CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, 2003, pág. 423.

⁸³ FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, cit., pág. 206.

⁸⁴ THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Madrid, 2000, págs. 65 y ss.; SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del trabajo en España*, Pamplona, 2001, págs. 56 y ss. o SANGUINETTI RAYMOND, W.: *Teletrabajo y globalización*, Madrid, 2003, págs. 19 y ss.

la economía familiar podría llegar a soportar y una salida del mercado de trabajo no siempre deseada sino más bien forzada⁸⁵.

El único aspecto que la empresa debería evitar, y así lo debería acreditar ante la Administración contratante, es la implantación de un sistema de vigilancia extrema, pues cuando el teletrabajador opera con un videoterminal incluido en una red informática capaz de permitir un diálogo interactivo entre el ordenador central y los terminales externos (on line) se encuentra expuesto a una «subordinación virtual» o «telesubordinación» capaz de atender, en algunas ocasiones, contra su intimidad⁸⁶. La empresa debe justificar, por tanto, que ha realizado un importante esfuerzo «por separar física y temporalmente la vida personal y familiar de la profesional del trabajador»⁸⁷, de modo que el teletrabajo ha quedado convertido en un instrumento de «inserción laboral» que permite a ciertos trabajadores la compatibilidad entre la atención a la familia y el trabajo⁸⁸. Así, la Administración podría tener en cuenta la correcta utilización empresarial del teletrabajo como criterio de desempate entre las distintas ofertas equivalentes.

4. La articulación de ventajas y beneficios sociales concretos destinados a facilitar a los trabajadores (especialmente trabajadoras, máxime si son discapacitadas), desde distintos puntos de vista (entre los cuales el económico, ciertamente, no es el menos importante), la atención que pueden dispensar a su familia, debe de ser tomado en consideración también por la Administración a los efectos aquí analizados. En este sentido, podría tenerse en cuenta, de un lado, la dotación de una guardería incorporada al propio centro de trabajo, pues tal medida, amén de suponer un considerable ahorro de dinero al trabajador, sirve para homogeneizar de modo

⁸⁵ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 196.

⁸⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid, 1997, pág. 34.

⁸⁷ RAY, J.E.: «Le droit du travail à l'épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur», *DS*, núm. 2, 1996, pág. 531.

⁸⁸ BRAUN, G.: «Le télétravail», *DS*, núms. 7-8, 1981, pág. 573.

completo el horario laboral con el de atención a los hijos, al menos durante los primeros años de vida⁸⁹. La importancia de esta medida no debe ser minusvalorada porque el recurso a familiares y personas de confianza para el cuidado de los menores no siempre es posible. Es más, el hecho de acudir al mercado en busca de profesionales especializados es una opción cada vez más frecuente en las familias en las que los dos cónyuges trabajan y, por supuesto, en las monoparentales, pero tal posibilidad tiene también graves inconvenientes. Tanto es así, que una parte importante de quienes querrían dedicar más tiempo al trabajo declaran no poder hacerlo a causa de las condiciones de los servicios de cuidado de niños imperantes en el mercado de trabajo. La primera circunstancia que disuade a los padres es el coste, pues la diferencia entre lo ganado y lo que hay que pagar por el cuidado de los hijos no es suficiente para animarles a implicarse más en el trabajo extradoméstico. La escasez de esos servicios y la falta de calidad de los mismos es la segunda causa aducida por quienes, deseándolo, no trabajan más tiempo, de ahí que la existencia de servicios de guardería proporcionados por la empresa se revela aún como una de las claves más importantes para abordar el problema de la conciliación⁹⁰.

De otro, no debería descartarse tampoco la valoración de otros tipos de ayudas de corte económico dispensadas por la empresa, como, por ejemplo, las destinadas a sufragar (en todo o en parte) los gastos de estudios de los hijos a cargo de los empleados, los premios por natalidad o nupcialidad, los beneficios económicos a favor de aquellos trabajadores que tengan hijos discapacitados o lo sean ellos mismos y los auxilios para la adquisición de vivienda o vehículo⁹¹.

⁸⁹ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 197

⁹⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y AGRA VIFORCOS, B.: *La conciliación de la vida laboral y familiar. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León*, Valladolid, 2007, págs. 355 y ss.

⁹¹ GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, 1999.

En fin, todos estos factores pueden ser tenidos en cuenta por el Ministerio de Trabajo a la hora de conceder el certificado de «empresa familiarmente responsable», lo cual, sin duda, permitirá a la entidad empresarial que lo obtenga acreditar ante la Administración contratante, de una forma fehaciente, su buen desenvolvimiento en este campo a la hora de obtener un vínculo contractual público con carácter preferente frente a otras ofertas equivalentes. Ello contribuirá, sin duda, a conseguir que las mujeres en general y las discapacitadas en particular sean titulares de derechos vinculantes exigibles y universales.

11.3. La preocupación por la violencia de género

Las mujeres con discapacidad están especialmente expuestas a la violencia y los abusos. Los poderes públicos deben ser conscientes de que las empresas privadas no pueden considerarse un espacio completamente cerrado a las consecuencias de aquellas vicisitudes que influyen tan profundamente en la vida de sus trabajadoras como sucede con la violencia de género⁹², sobre todo si afecta a aquellas aquejadas de algún grado de minusvalía. Así, con el fin de imponer a la organización empresarial una racionalidad adicional a la meramente profesional, para incluir en sus decisiones la toma en consideración de circunstancias puramente personales de las trabajadoras víctimas de maltrato a su servicio, que afectan a su rendimiento laboral o que pueden aconsejar cambios en su prestación, la Administración puede introducir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, un criterio de desempate a favor de aquellas empresas que prioricen de alguna manera la tutela de la mujer trabajadora víctima de violencia sexista frente a las necesidades de la entidad productiva.

Nadie puede poner en duda que el maltrato ejercido sobre las mujeres por parte de quienes han mantenido o sostienen con ellas una relación afectiva

⁹² MARÍN VALVERDE, A.. «Disposiciones laborales y sociales de la Ley de protección integral contra la violencia de género», *TS*, núm. 174, 2005, págs. 56 y ss.

es un problema real —hoy más vigente que nunca—⁹³ necesitado de soluciones efectivas⁹⁴. Sólo por esta razón ya resulta indudable la oportunidad y el valor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), sobre todo, porque su promulgación tiene lugar en un momento en el cual las frecuentes y trágicas situaciones de violencia en el seno de las parejas o unidades de convivencia no parecen circunscribirse a ciertos sectores, áreas geográficas, grupos de edad, niveles de renta u otros parámetros similares, sino que se manifiestan como un fenómeno transversal que ha cobrado protagonismo a la vista de la frecuencia y de la brutalidad con que se manifiesta y que se ha convertido, sin lugar a dudas, en una nueva «cuestión social»⁹⁵.

Ante una realidad que muestra la deplorable subsistencia de relaciones de desigualdad y subordinación y, más en concreto, de un sistema de roles arcaico y desfasado, la virtualidad de esta Ley Orgánica radica fundamentalmente en su punto de partida: pretende atacar el problema desde sus orígenes y para ello adopta medidas integrales y radicales en todos los ámbitos jurídicos y sociales. En este intento de dar una respuesta global al problema de la violencia de género, la LPIVG aborda aspectos preventivos

⁹³ Por poner sólo algunos ejemplos significativos: En el año 2004, 36.807 mujeres solicitaron una orden de protección, ascendiendo las acordadas al 78,63%. En el año 2005, 49.630 mujeres solicitaron una orden de protección, ascendiendo las acordadas al 77,35%. El dato de mujeres muertas por violencia de género es, igualmente, desolador: En el año 2004, 72 mujeres fueron asesinadas (34 por su cónyuge, 5 por su excónyuge, 14 por su compañero sentimental, 6 por su excompañero sentimental, 8 por su novio y 5 por su exnovio). En el año 2005, 60 mujeres fueron asesinadas (21 por su cónyuge, 3 por su excónyuge, 12 por su compañero sentimental, 6 por su excompañero sentimental, 12 por su novio y 6 por su exnovio). En el año 2006, los asesinatos a mujeres ascendieron a 68 (31 por su cónyuge, 4 por su excónyuge, 15 por su compañero sentimental, 9 por su excompañero sentimental, 4 por su novio y 5 por su exnovio). En fin, en el año 2007 la cifra de mujeres muertas ascendió a 74. www.redfeminista.org.

⁹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia, 2008, págs. 23 y ss.

⁹⁵ QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Violencia de género y derechos sociolaborales: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *TL*, núm. 80, 2005, pág. 13 o BLASCO RASERO, C.: «La Ley de protección integral contra la violencia de género: perspectiva social», *REDT*, núm. 128, 2005, pág. 529.

(estableciendo medidas cautelares, detección e intervención en diferentes ámbitos), educativos (fijando las obligaciones del sistema de educación para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y de igualdad entre varones y féminas), publicitarios (subrayando la obligación de respetar la imagen de la mujer y la igualdad de trato), sanitarios (diseñando protocolos para la actuación de los profesionales frente a las agresiones), sociales (reconociendo derechos de información, asistencia social y asistencia jurídica gratuita a las mujeres víctimas de violencia), laborales (concediendo determinados derechos sociales, de Seguridad Social y en materia de empleo), administrativos (creando una Delegación especial del Gobierno contra la Violencia y un Observatorio estatal de Violencia frente a la mujer, ambos dependientes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), penales (esbozando tipos delictivos específicos agravados) y procesales (creando los Juzgados de Violencia contra la Mujer dentro de los Juzgados de Instrucción y la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer)⁹⁶. La respuesta global al problema pasa, así, por el establecimiento de una serie de medidas de sensibilización, prevención y detección (título I), por la consagración de unos derechos de las mujeres víctimas de violencia de género (título II) y por la regulación de una específica tutela institucional (título III), penal (título IV) y judicial (título V)⁹⁷.

Desde tan amplia perspectiva, una respuesta multidisciplinar al fenómeno de la violencia de género no podía prescindir —por lo que aquí interesa— de

⁹⁶ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Las reformas laborales, de empleo y de Seguridad Social efectuadas por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE del 29 de diciembre de 2004)», *Tirant on Line*, núm. 526384, pág. 2. Por extenso, PALOMAR OLMEDA, A.: «El principio de igualdad y la interdicción de la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva constitucional», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español. Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Valencia, 2005, págs. 96 y ss.

⁹⁷ LÓPEZ ÁLVAREZ, A.; GONZÁLEZ DE HEREDIA, M.R. y ORTEGA GIMÉNEZ, A.: «Reflexiones multidisciplinarias acerca de la violencia de género y doméstica», *La Ley*, núm. 6440, 2006, págs. 15 y ss.

la valoración de los efectos que esta lacra social produce sobre la relación de empleo de la víctima ni eludir la adopción de medidas que permitan atenuar o eliminar el impacto que sobre el cumplimiento y el desenvolvimiento de la relación laboral puede derivarse de estas situaciones⁹⁸, máxime cuando, en estas circunstancias, la necesidad de garantizar la independencia económica de la mujer se hace más patente y cuando, por tanto, la posibilidad de tener que renunciar a un trabajo o ver extinguida la relación laboral por decisión del empresario constituiría un auténtico castigo que agravaría injustamente las consecuencias de la situación vivida⁹⁹.

Las bajas, el absentismo, las incapacidades y el descenso de la productividad que se da entre las mujeres víctimas de malos tratos (más acusados si se trata de discapacitadas) hicieron necesaria la articulación de toda una serie de medidas legislativas específicas para, por un lado, hacer efectiva la protección de este colectivo, y, por otro, sensibilizar a los empresarios y a los interlocutores sociales sobre la magnitud del problema, con el fin último de evitar que se sucedieran los despidos o la imposición de otro tipo de sanciones¹⁰⁰, no en vano de todos es sabido que «el trabajo remunerado mejora la posición de las mujeres en la familia, les hace menos dependientes social y económicamente y reduce su situación de vulnerabilidad ante la violencia»¹⁰¹.

⁹⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: «Las dimensiones socio-laborales de la lucha contra la violencia de género. A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —BOE de 29 de diciembre—», *RTSS (CEF)*, núm. 264, 2005, pág. 18.

⁹⁹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL*, núm. 6, 2005, pág. 94.

¹⁰⁰ BLASCO JOVER, C.: «La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL*, núm. 21, 2005, pág. 104.

¹⁰¹ ALBERDI, I. y MATAS, N.: *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Barcelona, 2002, pág. 34.

Como orientación general, la LPIVG viene a apuntar dos líneas básicas de actuación relacionadas con los derechos sociolaborales¹⁰²: La primera está dirigida a facilitar el acceso a una actividad profesional a las víctimas de violencia de género. Con ello se pretende hacer posible el logro de unos recursos económicos propios y, por tanto, de una autonomía personal en los diversos ámbitos de la vida, así como aprovechar el papel «socializador» del desempeño de dicha actividad, en la medida en que viene a facilitar las relaciones con otras personas, la adquisición de cierta cualificación y, en última instancia, a mejorar la autoestima de las mujeres maltratadas en el marco de un proceso de normalización de su entorno de vida. La segunda pretende responder al objetivo de facilitar la continuidad de la actividad profesional de las trabajadoras víctimas de violencia sin olvidar la necesidad de paliar los efectos que en el desarrollo de la misma pudieran ocasionarse por dicha circunstancia. Las diversas medidas que se apuntan en este sentido atienden a las repercusiones que pueden causar en la prestación de servicios las alteraciones en la salud física o psicológica ocasionadas por la situación de maltrato, así como la adaptación de ciertas condiciones de trabajo como instrumentos para garantizar la seguridad de las víctimas o para facilitar el acceso de éstas a los servicios de apoyo, asesoramiento, e incluso, la tramitación de denuncias o de procedimientos de separación o divorcio, entre otras gestiones relacionadas con las situaciones de agresión.

Resulta muy acertado, por ende, que en una Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se aborden aspectos laborales y de protección social, modificando el ET y el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), a fin de facilitar a las trabajadoras afectadas la posibilidad de continuar su relación laboral, conciliándola con su derecho a la asistencia social integral y a la efectividad de la orden de protección,

¹⁰² QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Violencia de género y derechos sociolaborales: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», cit., pág. 31.

a través del reconocimiento del derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de actividad, suspensión de la relación laboral y, en último término, extinción voluntaria del vínculo contractual¹⁰³.

No se puede negar que la toma en consideración de la situación laboral de la víctima como un factor a tener en cuenta a la hora de ofrecerle una protección eficaz y completa, tiene una trascendencia innegable¹⁰⁴, pero no cabe olvidar tampoco que la regulación de los derechos laborales de las mujeres maltratadas, combinada con un catálogo nada escueto de reglas en materias de protección social o de ayudas económicas de otra naturaleza, serviría bien poco si no estuviera acompañada de una colaboración por parte de la empresa¹⁰⁵. La Administración puede compensar, así, a aquellas organizaciones productivas que acrediten tener contratado un determinado porcentaje de víctimas de violencia de género, a través de su preferencia, respecto de otra oferta equivalente, a la hora de conseguir un contrato administrativo. Para la empresa no será difícil, por lo demás, probar tal situación, pues para ello debe considerarse suficiente el hecho de que se haya acogido a las bonificaciones previstas en el artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (70,83 euros/mes —850 euros/año— durante cuatro años por la contratación indefinida de este tipo de mujeres o 50 euros mes —600 euros anuales— por la contratación temporal durante toda la vigencia del vínculo contractual)¹⁰⁶ o algunos de los

¹⁰³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en AA.VV. (MUERZA ESPARZA, J., Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Pamplona, 2005, págs. 87 y ss.

¹⁰⁴ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, T.: «La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces», *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2005, pág. 9.

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete, 2005, pág. 23.

¹⁰⁶ RUBIO DE MEDINA, M.D.: «El programa de fomento de empleo aprobado por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio», *Información Laboral*, núm. 30, 2006, pág. 4.

incentivos a la contratación de este colectivo previstos por las Comunidades Autónomas¹⁰⁷.

Cuando no se trate de nuevas contrataciones, sino de empleadas al servicio de la empresa, la prueba se torna un poco más complicada, pues para ello será necesario aplicar la regla general prevista en el artículo 23 LPIVG: aportar la preceptiva orden de protección en favor de la víctima (regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio) o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de haber sufrido violencia de género. Probablemente, se trata de una previsión tendente a evitar potenciales abusos y a incentivar indirectamente a las víctimas de violencia de género para que utilicen los mecanismos legalmente dispuestos para luchar contra esta lacra, pero deja desprotegidas algunas situaciones. Una de las singularidades más perversas de la violencia de género es precisamente que acontece en un marco íntimo, entendido éste en el sentido más amplio del término, referido tanto a que las agresiones suelen producirse en la privacidad del hogar, cuanto a la relación que une a la víctima con el agresor, que es la persona con quien convive o ha convivido o con la que aun sin convivir mantiene, o ha mantenido, una relación de afectividad, con quien en su caso comparte hijos, y de la que a menudo depende económica, social y/o afectivamente¹⁰⁸, máxime si está afectada por algún tipo de discapacidad. Todos estos factores se convierten en una «espada de Damocles» que dificulta la denuncia de la agresión, con frecuencia silenciada o «invisibilizada», con el consiguiente riesgo de

¹⁰⁷ A título meramente ejemplificativo, cabe hacer referencia al «Plan Dike» en Castilla y León, regulado, en la actualidad, por la Orden 150/2007, de 23 de enero, que procede a convocar, para el ejercicio 2007, una serie de subvenciones, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, destinadas a sufragar los gastos de aquellas contrataciones superiores a seis meses, temporales e indefinidas, a tiempo completo o a jornada parcial, de mujeres víctimas de violencia de género.

¹⁰⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, P.: «La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces», cit., pág. 20.

reiteración¹⁰⁹. Esta situación de la víctima, que termina desarrollando una sorprendente capacidad de resistencia a la violencia, sólo puede combatirse con el diseño de mecanismos que efectivamente faciliten la denuncia, mediante la garantía del expeditivo alejamiento del agresor y la atención ágil, eficaz e integral de las necesidades económicas, sociales, civiles y físicas de la persona agredida¹¹⁰.

Es más, para el otorgamiento de una orden de protección (art. 23 LPIVG), el juez deberá examinar las circunstancias del caso y llegar a la convicción de que concurren indicios de la comisión del delito o falta denunciada y no meras sospechas (aparición de buen derecho)¹¹¹ y, en caso afirmativo, de que existe un riesgo real de reiteración, un peligro para la víctima de que el acto violento se repita y de que tal amenaza sólo puede desaparecer o mitigarse con la adopción de las medidas cautelares contenidas en dicho instrumento (art. 544 ter.6 Ley Enjuiciamiento Criminal)¹¹². Si este juicio de peligrosidad o pronóstico de peligro (situación objetiva de riesgo para la víctima) no es positivo, el órgano judicial no podrá decretar orden de protección alguna aun cuando existan indicios de que se ha cometido el delito¹¹³.

¹⁰⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja», *AL*, núm. 7, 2005, pág. 750. En el mismo sentido, DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, pág. 39.

¹¹⁰ BOLDOVA PSAMAR, M.A. y ARUEDA MARTÍN, M.A.: «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)», *La Ley*, núm. 6146, 2004, págs. 1 y ss.

¹¹¹ DELGADO MARTÍN, J.: «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, pág. 41.

¹¹² CARRETERO SÁNCHEZ, A.: «La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación», *La Ley*, núm. 6023, 2004, págs. 1 y ss. o CERREZO GARCÍA-VERDUGO, P.: «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», *La Ley*, núm. 5871, 2003, págs. 69 y ss.

¹¹³ CARRASCO GÓMEZ, J.J.: «Psicopatología del maltratador doméstico», *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 116 o GANZENMÜLLER ROIG, J.F.; ESCUDERO MORATALLA, J.F. y FRIGOLA VALLINA, J.: «La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica», *Actualidad Penal*, núm. 16, 1999, págs. 343 y 344.

Como señala el propio precepto, la orden de protección no es el único título habilitante para dar cobertura jurídica a la mujer víctima de violencia de género, pues, con el objetivo de favorecer la tutela laboral de la mujer trabajadora, también constituye documento válido el informe del Ministerio Fiscal en el que se haga constar la existencia de indicios de que la demandante de la referida orden es, efectivamente, víctima de violencia machista. Pese a esta alternativa, el problema se plantea, igualmente, porque para que el Ministerio Fiscal libere informe favorable es exigible que se constante una situación de riesgo objetivo para la víctima, juicio que se obtendrá tras efectuar el oportuno pronóstico de la peligrosidad del denunciado, atendidas las circunstancias personales de la víctima, los condicionantes de hecho del imputado, así como cuantos datos consten en las actuaciones que puedan alertar sobre la posibilidad de reiteración en la conducta agresiva. De manera expresa se recomienda que cuando no concurren los referidos presupuestos, se informe negativamente la condición de víctima de violencia de género de la solicitante. Es más, este informe excepcional sólo se emitirá en los supuestos en que no haya sido posible tramitar la orden de protección, porque la eficacia del mismo frente a terceros, actuando como medio de prueba de la condición de víctima de violencia de género, aconseja un régimen excepcional de adopción: únicamente cuando las circunstancias que concurren hagan previsible una demora en la resolución judicial de dicha orden de protección¹¹⁴.

Una mayor ductilidad en la acreditación de la situación de maltrato no debe demorarse, pues, por más tiempo, pues ello facilitaría a la Administración el conocimiento fehaciente de la sensibilidad de una empresa licitadora hacia el problema de la violencia de género, con el fin de aplicar un *prius inter pares* a la hora de adjudicar el contrato, en beneficio de las mujeres en general y de las discapacitadas en particular.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, cit., págs. 132 y ss.

12. EL DISEÑO DE UNA POLÍTICA RESPONSABLE EN MATERIA DE GESTIÓN DE PERSONAL

Las profundas transformaciones habidas en la organización del trabajo y de las empresas, derivadas del tránsito de una economía productiva a otra predominantemente de servicios, del progreso tecnológico y de la globalización de los mercados, influyen decisivamente en la gobernabilidad del complejo empresarial en su conjunto. Dicho con simplicidad, la reducción de la escala de las empresas (downsizing), el rediseño de la ingeniería de los procesos de producción (lean production), los sistemas flexibles de distribución de suministros y productos (just in time), los múltiples sistemas de mejora de la calidad y la externalización de la fabricación (outsourcing)..., han obligado a buscar un nuevo equilibrio entre la lógica empresarial y la lógica social que no debe pasar desapercibido para la Administración contratante a la hora de aplicar criterios de desempate entre ofertas equivalentes, en tanto en cuanto contribuye a mejorar las condiciones laborales de la población activa, sobre todo cuando de discapacitados se trata.

La Administración puede contribuir, así, a conseguir que los empresarios sean verdaderamente conscientes del impacto positivo que puede tener en la opinión pública el hecho de apostar por la integración y la no discriminación de trabajadores con discapacidad en su plantilla, pues ello contribuye a favorecer la imagen corporativa, fidelizar a los clientes, atraer inversionistas, reducir costes operativos, mejorar márgenes financieros, incrementar las posibilidades de acceso al capital... En definitiva, si la práctica habitual de la empresa adopta como premisa de partida el principio de igualdad de trato

en el empleo, no cabe duda de que mejorará la imagen de la compañía frente a los clientes, la competencia y los propios empleados, pero también puede ser utilizado en los procesos de licitación como criterio de desempate. Varios supuestos merecen ser objeto de atención:

1. Uno de los parámetros principales para medir el grado de compromiso social entre la empresa y sus trabajadores discapacitados, aparte del ya analizado de la flexibilidad en la distribución horaria, viene dado por el establecimiento de unos niveles adecuados de retribución. Mucho podría discutirse acerca de cuál es el nivel de remuneración idónea y justa, máxime si de trabajadores que no suelen alcanzar el máximo rendimiento se trata. Desde luego, parece claro que no lo es el fijado por la libre confluencia de las fuerzas del mercado, tal y como hubo ocasión de comprobar en los albores de la revolución industrial cuando el incipiente proletariado quedó condenado a unos «salarios de miseria», motivando (junto con otras circunstancias bien conocidas) un intervencionismo estatal que, con el correr de los tiempos, provocaría el surgimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma¹, en la cual cobra una importancia destacada el establecimiento, año tras año, por Real Decreto, del salario mínimo interprofesional, por debajo del que es ilícito trabajar por cuenta de otro². Dos rasgos esenciales, que se exteriorizan en su misma denominación, caracterizan esta institución: el ser una garantía de ingreso irreductible y su extensión interprofesional. De una parte, el calificativo de «interprofesional» aplicado al salario mínimo quiere decir tanto como que la cifra fijada se hace sin referencia alguna a sectores o ramas productivas determinadas y sin consideración de oficios, profesiones o categorías laborales; en principio, por tanto, afecta a cualquier trabajador por cuenta ajena, sea cual sea la empresa en la que trabaje y la categoría que en ella ocupe. De otra, la fijación de una cuantía mínima para el salario significa que la convenida a través de la negociación colectiva y la establecida

¹ Por todos, ALONSO OLEA, M.: «Las raíces del contrato de trabajo», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 21, 1989, págs. 389 y ss.

² MARTÍN JIMÉNEZ, M.: *El salario mínimo legal*, Málaga, 1986, págs. 43 y ss.

en el contrato de trabajo pueden ser superiores. En la medida en que los convenios colectivos establecen, prácticamente sin excepción, un montante retributivo por encima del salario mínimo para los trabajadores incluidos en su respectivo ámbito de aplicación, cuando exista norma convencional de aplicación, lógicamente, la escala salarial allí fijada resulta el suelo mínimo imposible de desconocer³.

Sin embargo, una organización que pretenda destacar por ser socialmente responsable con sus trabajadores discapacitados no ha de limitarse a abonar el salario mínimo interprofesional o el salario establecido en convenio colectivo sino que ha de tratar de adaptar e individualizar las retribuciones percibidas por sus empleados a través de una operación capaz de ponderar diversas variables: de un lado, el nivel de dificultad y cualificación requerida por las tareas desarrolladas por cada empleado en su puesto o categoría, así como el rendimiento obtenido en su desempeño; de otro, la antigüedad y fidelidad del trabajador a la empresa; en fin, la situación económico-financiera de la compañía, valorando como criterio definidor el montante de los beneficios obtenidos, en tanto logrados con el esfuerzo y sacrificio de todos⁴.

Consecuencia del modelo abierto de empresa que se ha desarrollado a lo largo de las últimas décadas y de la necesaria motivación de los trabajadores como requisito para la obtención de los niveles de rendimiento óptimos en un sistema cada día más competitivo, el igualitarismo ha venido dando paso progresivamente a sistemas más justos en los cuales para la determinación del salario se tiene en cuenta la aportación del individuo a la organización. La flexibilización de la estructura salarial hacia una compensación basada en «competencias»⁵ cuenta con una serie de fórmulas que

³ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 15.ª edición, Madrid, 2006, págs. 606 y ss.

⁴ TASCÓN LÓPEZ, R.: *La responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 157.

⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: «Nuevos rumbos en materia salarial», en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, 2004, pág. 349.

pueden agruparse en las tres siguientes: los sistemas que establecen una relación directa entre la retribución del trabajador y su participación en las mejoras de la productividad colectiva (gain sharing) y los de participación en los beneficios propiamente dichos (profit sharing) o los sistemas indirectos de participación en ganancias empresariales a través de la retribución por objetivos de grupo (goalsharing)⁶.

De esta manera, la Administración contratante debe tomar en consideración, a la hora de proceder al desempate, el hecho de que un determinado empresario venga asignando unas retribuciones teóricamente superiores a las de mercado si las mismas responden a la justicia de la situación real de los trabajadores y de la organización, sobre todo teniendo en cuenta cómo dicho proceso provoca una saludable satisfacción laboral de los operarios, mejora el clima laboral y aumenta la productividad de una plantilla motivada⁷. Sólo así los discapacitados se sentirán integrados y considerados como cualquiera de sus compañeros.

2. El establecimiento de sistemas de clasificación profesional más abiertos, que faciliten una mayor movilidad del trabajador y una mayor intercambiabilidad de las funciones entre más de un grupo o la posibilidad de desarrollar tareas correspondientes a dos o más, siempre acompañados de instrumentos efectivos y eficaces de promoción interna, deberá constituir otro de los criterios determinantes para valorar el compromiso social de una empresa licitadora con sus trabajadores discapacitados. La configuración de sistemas de ascensos bien definidos, que resulten lo más objetivos posible y en los cuales no quepa apreciar indicio alguno ni de discriminación ni de favoritismo puede redundar, sin duda, en la consecución de un elevado grado de satisfacción de los trabajadores al ver recompensado su esfuerzo, lo cual no puede pasar desapercibido en un proceso de contratación pública a la

⁶ MERCADER UGUINA, J.R.: *Modernas tendencias de ordenación salarial*, Pamplona, 1996, págs. 199-200.

⁷ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «Productividad y salarios en la experiencia española más reciente de negociación colectiva de trabajo» *AL*, núm. 1, 1989, pág. 9.

hora de establecer pautas para el desempate entre ofertas empresariales equivalentes.

La Administración puede manejar un claro indicio de que una determinada empresa cuenta con un óptimo plan de promoción con el sólo hecho de tener en consideración si ésta se muestra generosa a la hora de favorecer las actividades formativas de sus empleados, en tanto la capacitación es un elemento fundamental en la mejora y dinamización del capital humano, sobre todo si de minusválidos se trata⁸. En este sentido, las opciones a valorar pasan básicamente por las dos siguientes: una, porque la empresa haya organizado sus propios recursos formativos, instrumentando un departamento de formación que se ocupe de planificar e impartir un programa completo; otra, porque haya concertado con entidades educativas públicas o privadas la impartición de cuantos elementos resulten apropiados⁹. Cualquiera de estos dos modelos puede ser valorado por la Administración como criterio de desempate.

3. En fin, una última característica básica, que puede servir de parámetro a la Administración para valorar la calidad social de una empresa como criterio de desempate en la adjudicación del contrato, previa inclusión —cabe recordar— en los pliegos de condiciones particulares, radica en el grado de participación de los trabajadores con discapacidad en las decisiones de la propia entidad empresarial. La búsqueda de «vías para la corresponsabilización participativa de todos los sujetos implicados en el proceso productivo»¹⁰ sin exclusión de ninguno, que lleve a una «cooperación activa» del trabajador y una «implicación negociada» en la problemática empresarial no debe ser olvidada¹¹.

⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: *La responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 199.

⁹ PÉREZ AMORÓS, F. «Retos del Derecho del Trabajo del futuro», *RDS*, núm. 32, 2006, págs. 45 y ss.

¹⁰ ORTIZ LALLANA, M.C.: «La supervivencia del Derecho del Trabajo», *AL*, núm. 42, 1999, pág. 835.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: «El Derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo», *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000, pág. 258.

Si la participación figura como uno de los «pilares de la bóveda» de la entidad empresarial, constituyendo un «elemento central de la actividad sindical» en la empresa¹², sin duda el empleador parte de la idea de que los recursos humanos constituyen uno de los elementos más preciados del capital, cuya valoración requiere elaborar las reglas de trabajo más cerca de los propios trabajadores¹³. Que la empresa abandone el viejo principio del «menagement», o simple dirección o manipulación, para acercarse al nuevo del «empowerment», o implicación en los asuntos que atañen de cerca a la actividad de cada trabajador¹⁴, hace que los empleados «considerados hasta hace relativamente poco tiempo meros portadores de fuerza de trabajo al proceso productivo, y como tales excluidos de la gestión de la organización, pasen a estar ahora integrados en el mecanismo de toma de decisiones»¹⁵, aprovechando «sus capacidades cada vez más amplias»¹⁶.

Tal aptitud empresarial demuestra una seria preocupación por conseguir una mejora del clima laboral en la empresa, que puede servir también a la hora de proceder a deshacer el desempate para la adjudicación.

¹² DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Madrid, 1997, pág. 15.

¹³ SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, pág. 196.

¹⁴ IGLESIAS CABERO, M.: «El Derecho del Trabajo para el siglo XXI», *DL*, núm. 53, 1997, pág. 60.

¹⁵ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 419.

¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: «El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada», en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 1999, pág. 119.

13. MEDIDAS ADICIONALES DE REFUERZO

No cabe olvidar cómo el alcance de la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de aquellos empleadores enmarcados dentro del ámbito subjetivo de los distintos apartados de la disposición adicional 6.^a de la LCSP, pese a su apariencia, es bastante limitado, por tres razones fundamentales: primera, porque la expresión «podrán» demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos, de ahí la importancia del esfuerzo llevado a cabo en determinados sectores gubernamentales (no en todos) para dotarla de de mayor eficacia¹; segunda, porque la prioridad que se establece lo es para el supuesto de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, lo cual reduce bastante su marco de aplicación; y tercera, porque la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que al tener que venir necesariamente establecida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y referida al momento de acreditar solvencia técnica, serán las propias entidades empresariales las que tengan que demostrar, no simplemente declarar, que cumplen los requisitos exigidos, resultando obvio que la organización productiva que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas aun cuando efectiva-

¹ Así ha ocurrido, sin ánimo exhaustivo, en relación con el primer párrafo de la disposición adicional 6.^a de la LCSP, con los Ministerios de Sanidad y Consumo, Trabajo o Asuntos Exteriores. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., pág. 61.

mente cuente con un elevado porcentaje de mano de obra discapacitada², se trate de una empresa de inserción, una entidad sin ánimo de lucro o una organización de comercio justo.

Atendiendo a la escasa virtualidad de la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo aquí analizada, no puede extrañar que el legislador haya intentado «reforzar» el objetivo de minonar la resistencia empresarial a reservar puestos de trabajo a favor de los minusválidos a través de otras medidas incorporadas en distintos preceptos del mismo texto legal.

13.1. Prohibiciones para contratar con la Administración

El artículo 49 c) de la LCSP [anterior artículo 20 d) LCAP] impide contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurren determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad». Procede alertar sobre la existencia de ciertas diferencias entre la redacción legal actual de esta prohibición y su precedente, pues el artículo 20.1 d) de la LCAP sólo se refería a la sanción firme derivada de infracción grave en materia de «integración laboral de minusválidos», lo cual hacía únicamente referencia en aquel momento al incumplimiento tanto de la cuota de reserva anteriormente mencionada como de las medidas alternativas a las que también se ha hecho referencia³. Aun cuando tal previsión «suponía un paso más del legislador, éste por vía sancionadora, para hacer cumplir con la normativa de integración

² AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1428. En este sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 16 de diciembre de 1998.

³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., pág. 62.

en el mercado de trabajo de los minusválidos»⁴, algún sector de la doctrina la había considerado un poco exagerada, ya que «ni siquiera la propia Administración cumplía con la cuota»⁵.

Por tal razón, la versión actual de la mencionada prohibición no debe considerarse sino positiva, pues su ámbito de aplicación es mucho más amplio, abarcando también cualquier contravención grave del cúmulo de las obligaciones establecidas en la Ley 51/2003. A tal efecto procede señalar, además, que la disposición final 11.^a de esta Ley encomienda al Gobierno para que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma, remita a las Cortes un proyecto de Ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad con el fin de dar cumplimiento a los principios de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales los términos de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas deben estar fijados por Ley. Para respetar y hacer respetar las garantías de la ciudadanía en un Estado social y democrático como es el nuestro, ya ha sido promulgada la Ley 49/2007, de 26 de diciembre⁶, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyos arts. 16.3 y 16.4 tipifican, respectivamente, las infracciones graves⁷ y las muy graves (las cuales lógicamente deben de

⁴ ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

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

⁶ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

⁷ Son infracciones graves: a) los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable; b) la imposición abusiva de cualquier forma de renuncia total o parcial a los derechos de las personas por razón de su discapacidad, basada en una posición de ventaja; c) el incumplimiento deliberado del deber de sigilo y confidencialidad; d) el incumplimiento de los requerimientos específicos que formulen las autoridades; e) la obstrucción o negativa a facilitar la información solicitada por las autori-

entenderse también incluidas aunque la disposición adicional 6.^a sólo se refiere a las primeras, pues, en otro caso, quedaría mejor tratado el sujeto al que se le hubiera impuesto mayor sanción)⁸.

Razones de seguridad jurídica aconsejan, no obstante, que este tipo de sanción [la prohibición de contratar con la Administración recogida en el artículo 49 c) LCSP] hubiera sido mencionado expresamente entre el elenco

dades competentes o sus agentes, que sea legalmente exigible, en orden al cumplimiento de las funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución en los términos previstos en esta Ley; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas sobre accesibilidad de los entornos, instrumentos, equipos y tecnologías, medios de transporte, medios de comunicación y de los productos y servicios a disposición del público que obstaculice o limite su acceso o utilización regulares por las personas con discapacidad; g) la negativa por parte de las personas obligadas a adoptar un ajuste razonable, en los términos establecidos en el artículo 7 c) de la Ley 51/2003; h) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las previsiones efectuadas en el artículo 10.2 f) de la Ley 51/2003, en lo referente a la elaboración de los planes especiales de actuación para la implantación de las exigencias de accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate; i) la coacción, amenaza o represalia ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal, reclamación, denuncia o participen en procedimientos ya iniciados para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, así como la tentativa de ejercitar tales actos; j) la comisión, en el plazo de tres meses y por tres veces, de la misma infracción leve.

⁸ Son infracciones muy graves: a) las vejaciones que padezcan las personas en sus derechos fundamentales por razón de su discapacidad; b) las acciones que deliberadamente generen un grave perjuicio económico o profesional para las personas con discapacidad; c) conculcar deliberadamente la dignidad de las personas con discapacidad imponiendo condiciones o cargas humillantes para el acceso a los bienes, productos y servicios a disposición del público; d) generar deliberadamente situaciones de riesgo o grave daño para la integridad física o psíquica o la salud de las personas con discapacidad; e) las conductas calificadas como graves cuando sus autores hayan actuado movidos, además, por odio o desprecio racial o étnico, de género, orientación sexual, edad, discapacidad severa o no posibilidad de representarse a sí mismo; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad en la planificación, diseño y urbanización de los entornos, productos y servicios a disposición del público que impida el libre acceso y utilización regulares por las personas con discapacidad; g) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad que impida o dificulte gravemente el ejercicio de derechos fundamentales y el disfrute de libertades públicas por parte de las personas con discapacidad; h) la comisión de tres infracciones graves en el plazo de un año, así como las que reciban expresamente dicha calificación en las disposiciones normativas especiales aplicables a cada caso.

de sanciones accesorias a las que hace referencia el artículo 6 de la Ley 49/2007, que se refiere sólo a la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas o hubiera solicitado en el sector de la actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

Pese a este inconveniente, no cabe minusvalorar la importancia, siquiera testimonial de esta prohibición, pues como con acierto se ha dicho «esencia de la honorabilidad del contratista será su respeto y cumplimiento de las normas y reglas profesionales»⁹. Merecen, por tanto, los más encendidos reproches aquellas opiniones conforme a las cuales resulta «absolutamente desproporcionado» que a la sanción a imponer por el incumplimiento «se le superponga una pena accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas (euros), con pérdidas de numerosos puestos de trabajo en aquellas empresas cuya actividad depende directamente de la contratación con las Administraciones públicas»¹⁰.

13.2. Acomodo de las prescripciones técnicas al parámetro de accesibilidad universal

El artículo 101.1 de la LCSP determina que «las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003». Se trata de una previsión de hondo calado para el colectivo aquí analizado, no en vano estas prescripciones resultan pieza esencial del

⁹ FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Madrid, 1997, pág. 78.

¹⁰ Voto particular al Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, en CES: *Informe 5/1998, de 27 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, pág. 21.

expediente de contratación¹¹, pues completan la cláusula administrativa al tiempo que definen el compromiso contractual¹².

Es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero, también y sobre todo, en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de los ciudadanos. La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación indirecta, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllos que no lo son. Las barreras arquitectónicas no sólo dificultan la vida diaria del discapacitado, sino también —y por lo que aquí interesa— la prestación de su fuerza de trabajo. Por este motivo, se hace necesaria la adaptación de las empresas a la discapacidad, lo cual requiere normalmente un coste económico al que no siempre son favorables las entidades productivas. En este sentido, la Directiva 2000/78 establece que se deben llevar a cabo los «ajustes razonables allí donde sean necesarios, para que dichas personas puedan acceder al empleo, tomar parte en él o progresar profesionalmente». Por su parte, la Recomendación (2006)5 del Consejo de Europa sobre el Plan de Acción para la promoción de derechos y plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad (2006-2015), entre sus líneas de acción clave, alude a la necesidad de conseguir un «entorno construido accesible y sin obstáculos que favorecerá la igualdad de oportunidades, la autonomía, la participación en la sociedad y el acceso al empleo»¹³.

En el marco del Derecho interno, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) indica, en su artículo 15.1 d), que

¹¹ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004, pág. 281.

¹² AA.VV. (ARIÑO y ASOCIADOS): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, pág. 644.

¹³ Recomendación adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961.^a reunión de Delegados de Ministros. www.mtas.es.

el empleador «deberá adaptar el trabajo a la persona» y en su artículo 25 que «garantizará de manera específica la protección de estos trabajadores»; el Plan de Empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI «propone poner en marcha un Plan de Accesibilidad al Medio de Trabajo»; como una medida más concreta, el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores minusválidos, incluye la posibilidad de las empresas de solicitar subvenciones «con cargo al servicio público de empleo estatal» para «eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los minusválidos»¹⁴. En fin, el artículo 37 bis de la LISMI (tras la redacción proporcionada al mismo por la Ley 62/2003) establece la obligación empresarial «de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad a la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa». No basta, por tanto, con hacer accesible la organización productiva o adaptar el puesto de trabajo, sino que el deber legal abarca ambos extremos, con la única excepción de que ello suponga una onerosidad excesiva para la actividad empresarial, que en todo caso debe ser probada.

13.2.1. La tutela de la salud laboral de los trabajadores con discapacidad

La construcción y el diseño de espacios, productos y servicios que puedan ser utilizados por todos los ciudadanos con independencia de su capacidad funcional exige que el trabajador discapacitado pueda desempeñar

¹⁴ MORALES ORTEGA, J.M.: «Los destinatarios de la política de empleo», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGU, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 307.

su actividad laboral diaria en las condiciones adecuadas y más favorables. Procede abrir, así, un breve paréntesis con el fin de alertar sobre cómo la LPRL, siguiendo las directrices fijadas en el artículo 15 de la Directiva Marco 89/391, no pudo pasar por alto las particulares circunstancias de los trabajadores con minusvalías físicas o psíquicas, estableciendo un doble régimen jurídico-preventivo particular¹⁵:

1. De un lado, obliga al empresario a garantizar «de manera específica la protección de los trabajadores que... tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial». A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias (art. 25.1 LPRL)¹⁶.

Tal urdimbre de obligaciones exige partir de la efectiva constancia empresarial, pero no se requiere ninguna forma especial para poner en conocimiento del empresario la deficiencia del trabajador. Por su puesto, le constará si precisamente la condición de discapacitado fue tomada en cuenta a la hora de la contratación. Cuando no haya sido así, será la entidad encargada de proceder a declarar la minusvalía o, incluso, el propio trabajador quien pueda poner en conocimiento del empleador tal circunstancia para que éste afronte sus deberes preventivos con mayor acierto. No es necesario, por tanto, que la discapacidad (física, psíquica o sensorial) esté debidamente reconocida por el organismo público competente para que el empresario quede obligado a la adopción de las medidas de prevención o protección específicas, pues el espíritu y finalidad de la LPRL es la tutela de la seguridad y la salud de todos los trabajadores y, especialmente, de aquellos colectivos de «riesgo». Por tal razón, si la discapacidad, en cualquiera de sus modalidades y cualquiera que sea su grado, existe realmente, y es reconocible por

¹⁵ GARCÍA NINET, J. y VICENTE PALACIO, A.: «Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos»; en AA.VV. (GARCÍA NINET, J., Dir.): *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, 2002, págs. 212 y ss.

¹⁶ MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, 2002, págs. 13 y ss.

el empresario, éste deberá adoptar todas las medidas de prevención y de protección especiales, encaminadas a salvaguardar la salud y seguridad de estos trabajadores a que le obliga la Ley, aunque la referida discapacidad no esté debidamente reconocida¹⁷.

Es más, la Ley no hace alusión alguna al grado de discapacidad exigido (mínimo, medio o máximo) o al origen de la patología (profesional o común) para la adopción de las medidas de protección correspondientes, pudiéndose aplicar, por lo que parece desprenderse del silencio legal, idénticas medidas preventivas frente a cualquier grado de incapacidad, sin importar, igualmente, su etiología¹⁸. Esta laguna legal queda, sin embargo, salvaguardada con la obligación empresarial de adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias atendiendo a los resultados de las evaluaciones realizadas, lo cual hace suponer —lógicamente— que, a mayor grado de discapacidad, mayor grado de protección¹⁹.

Así, desde el amplio espectro que trata de proporcionar el artículo 25 LPRL, serán también sujetos especialmente protegidos, además de aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, quienes, sin tenerla reconocida expresamente, «sufran defectos o dolencias físicas tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de análogos efectos» (art. 189 LGSS 1974)²⁰.

En cualquier caso, la tarea del empresario es clara pero abierta: «tener en cuenta dichos aspectos... y adoptar (todas) las medidas de prevención

¹⁷ STSJ Castilla y León/Valladolid de 3 enero de 2001 (AS 1213).

¹⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid de 3 enero de 2001 (AS 1213).

¹⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgo», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, 2006, págs. 173 y ss.

²⁰ Como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, «asma bronquial». STSJ Aragón, de 30 de octubre de 2000 (AS 3183).

de y de protección necesarias». La determinación de cuáles hayan de ser las medidas necesarias dependerá, obviamente, de la concreta evaluación de los riesgos llevada a cabo por los profesionales designados. Parece, no obstante, que entre las variadas ocupaciones que implicará tal misión, sin duda jugará un papel destacado aquel deber específico contemplado en el Anexo 1,A,13 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo y en el punto 15 del Anexo II de la Directiva 89/645/CEE, de 30 de noviembre, de conformidad con los cuales «los lugares de trabajo y, en particular, las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo, utilizados u ocupados por trabajadores minusválidos, deberán estar acondicionados para que dichos trabajadores puedan utilizarlos».

2. De otro, «los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que... por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro» (art. 25.1 in fine LPRL).

Esta obligación representa un condicionante en el inicio de la relación laboral del minusválido, pues en el momento en el cual el empresario proceda a su encuadramiento profesional no podrá asignarle un puesto que pueda suponer riesgo para sí o para el resto de los miembros de la unidad productiva. Su adecuado encuadramiento también repercute, empero, de manera decisiva durante el desarrollo de la relación y, en particular, en la vigilancia de la salud de los trabajadores discapacitados²¹.

En efecto, si bien como regla general la vigilancia de la salud sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento del operario, se exceptúan de tal aquiescencia, previo informe de los representantes de los trabajadores, «los

²¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., Dirs.): *Seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 1997, págs. 40 y ss.

supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás o para otras personas relacionadas con la empresa» (art. 22.1 LPRL).

Dadas las particulares circunstancias presentes en la prestación laboral del trabajador minusválido, así como sus posibilidades de agravación o mejora, parece que —tal y como ha reconocido la doctrina judicial— en estos casos los reconocimientos médicos serán obligatorios sin que el discapacitado pueda negarse a desarrollarlos²². Ahora bien, «se deberá optar por la realización de aquellas pruebas que causen menores molestias al trabajador y sean proporcionales al riesgo», y se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud (art. 22.2 LPRL)²³. Además, los resultados de la vigilancia serán comunicados tan sólo a los minusválidos afectados (art. 22.3 LPRL), si bien el empresario y las personas u órganos con responsabilidad en la materia serán informados de las «conclusiones» que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención (art. 22.4 LPRL)²⁴.

De descubrirse con posterioridad que un trabajador inicialmente considerado apto no cumple (bien por error inicial en su encuadramiento profesional bien por agravamiento de la disfunción padecida) con los requisitos físicos y psíquicos necesarios para desempeñar un determinado puesto, procederá aplicar de inmediato las medidas necesarias para solventar tal eventualidad,

²² STSJ Madrid, de 14 de enero de 2005 (JUR 84184).

²³ STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

²⁴ TORRENTS MARGALLEF, J.: «Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores discapacitados», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, págs. 256 y ss.

a través de la readaptación del puesto de trabajo y, cuando esto no sea posible, acudiendo a los mecanismos de movilidad funcional o, incluso, geográfica para reubicar al trabajador minusválido en un puesto adecuado²⁵. Lo que no parece aconsejable, teniendo en cuenta que la prohibición de trabajo contemplada en el inciso final del artículo 25.1 LPRL trata de favorecer en todo caso al propio trabajador, es (aunque no existe pronunciamiento judicial expreso al respecto) plantear como solución a tan delicada situación el despido objetivo ex artículo 52.1 a) ET.

13.2.2. La sanción por el incumplimiento

La inactividad o ausencia de respuesta ante alguno de los deberes impuestos al empresario por el artículo 25 LPRL constituirá un incumplimiento objeto de sanción, que variará en función de que la infracción sea calificada de grave o muy grave.

Es infracción grave la adscripción de trabajadores discapacitados a puestos de trabajo cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales, así como su dedicación a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 12.7 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social —LISOS—). Y esos mismos hechos se tipifican como muy graves cuando, además de ello, se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 13.4 LISOS). Junto a la lógica multa pecuniaria que el empresario merecerá en estos supuestos, el artículo 45 LPRL establece una sanción adicional: «se podrán establecer limitaciones a la facultad de contratar con la Administración para las entidades productivas

²⁵ SSTSJ Castilla y León/Burgos, de 24 de abril 2001 (AS 2119), o Castilla y León/Valladolid, de 13 de octubre de 1999 (AS 4484).

condenadas por la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo previsto en la LCAP» (hoy LCSP).

Es más, atendiendo a la relevancia que en la siniestralidad laboral juegan las concesiones administrativas, las cuales llevan aparejados, directa o indirectamente, un cúmulo de factores de riesgos que actúan sobre los empleados y determinan su mayor vulnerabilidad, no puede extrañar tampoco que de conformidad con lo previsto en el artículo 49.1 c) de la LCSP [anterior artículo 20.1 d) LACP], quede vetada la contratación con la Administración de aquellas empresas sancionadas con carácter firme por «infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en la LISOS».

Tales prohibiciones, establecidas en dos textos legales (una, en la LPRL y otra, en la LCSP), con similar tenor literal (no idéntico), vienen a demostrar cómo el grado de inobservancia de lo previsto en la normativa preventiva es tan elevado como para hacer caer en saco roto el esfuerzo normativo y colocar en una situación delicada a quien ha de poner en juego su integridad física en el desarrollo de un profesión u oficio. Ni siquiera la presencia de un amplio y completo elenco de responsabilidades [a saber: la administrativa —recogida en los arts. 11 a 13 LISOS—, la penal —a la que hacen referencia los arts. 316 y 317 CP—, la de Seguridad Social —a través de un recargo de prestaciones —artículo 123 LGSS—y la civil —artículo 14 LPRL—, todas ellas compatibles entre sí (salvo las dos primeras si se atiende al principio non bis in idem) y no asegurables para la empresa (con excepción de la última)], han supuesto un acicate suficientemente efectivo para conseguir el éxito en la aplicación de la normativa preventiva²⁶. De ahí la importancia de una previsión como la incorporada al artículo 45 de la LPRL anteriormente trascrita, en la cual es suficiente la condena derivada de la comisión de

²⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 219.

un delito relacionado con la seguridad y salud laboral o de una infracción administrativa muy grave para que una empresa no pueda contratar con la Administración²⁷. Prohibición reiterada en el artículo 49.1 c) de la LCSP para las empresas sancionadas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

Cabe destacar, por tanto, la existencia de una importante discrepancia entre la literalidad del artículo 45 de la LPRL y del artículo 49.1 c) de la LCSP, pues el primero se refiere tanto a las condenas derivadas «de la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo», mientras el segundo alude exclusivamente a las sanciones «con carácter firme por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales». Como puede comprobarse, el artículo 49.1 c) de la LCSP no establece prohibición de contratar con la Administración para aquellas empresas que hubieran cometido delito en materia de seguridad y salud en el trabajo. Tal laguna puede quedar integrada, empero, si se atiende a lo previsto en el párrafo a) del artículo 49.1 de la LCSP, en virtud del cual el impedimento de contratar con el sector público se extiende a quienes hubieran sido condenados mediante sentencia firme por la comisión de, entre otros, «delitos contra los derechos de los trabajadores», debiendo entender incluidos los atentados constitutivos de delito en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

No hubiera sobrado, sin embargo, la mención expresa de esta prohibición en el apartado c) del artículo 49.1 de la LCSP, pues, de un lado, la intervención sancionadora pública aparece como instrumento fundamental para perfeccionar el conjunto legislativo específico y asegurar el cumplimiento de las obligaciones generales y particulares en él contenidas, quedando amparado por los arts. 25 y 40 CE e inspirado en los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, proporcionalidad, antijuridicidad, culpabilidad y non

²⁷ GIL IBÁÑEZ, J.L.: «Capacidad para contratar y clasificación de los contratistas», en AA.VV. (GIL IBÁÑEZ, J.L., Dir.): *Contratación administrativa*, Madrid, 1995, pág. 273.

bis in idem²⁸, y, de otro, el fin más típico e inmediato de la responsabilidad penal es la reprensión pública de determinadas conductas, con el horizonte siempre de la ejemplaridad y la prevención general²⁹, lo cual cobra pleno sentido en materia de seguridad y salud laboral por la importancia de los bienes en juego. Es más, no hay que desconocer tampoco cómo el procedimiento administrativo sancionador se suspende, entre otros motivos, si la infracción puede constituir delito. En tal caso, si el Tribunal penal condena ya no se sigue el procedimiento sancionador (no cabe doble sanción por el mismo hecho); pero si no hay condena penal, se reanuda la tramitación administrativa por si hubiera infracción social y sanción punitiva en esta segunda vía.

Procede abrir ahí un breve paréntesis para señalar que el Código Penal, al contemplar la posible responsabilidad por la comisión de un delito de riesgo o un delito contra la seguridad y salud laboral —incluidos en el título XIV, denominado «de los delitos contra los derechos de los trabajadores»—, establece una versión dolosa y otra culposa, diferencia que radica en el elemento subjetivo, pues el primero parte de la comisión voluntaria, intencionada o plenamente consciente de la infracción —no facilitar los medios de protección adecuados, aun conociendo la correspondiente obligación legal—, mientras que la segunda vertiente no nace de una intencionalidad propiamente dicha, sino de una imprudencia grave por parte del sujeto obligado³⁰, comportamiento que abarca la infracción de la normativa de prevención de riesgos y el resultado de peligro concreto y aquellos supuestos en que la improcedencia sólo se refiere a este resultado³¹.

Así, de un lado, el artículo 316 CP castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes, «con infrac-

²⁸ STCo 8/1981, de 8 de junio.

²⁹ ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1998, págs. 91 y ss.

³⁰ Por extenso, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006.

³¹ STS, Penal, de 26 de junio de 2000 (RJ 7920).

ción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física»; de otro, cuando el delito fuera cometido por imprudencia grave —calificación de imprescindible concurrencia, a valorar por el órgano competente—, será castigado con la pena inferior en grado (art. 317 CP). Además, pueden existir penas accesorias, conforme a lo establecido en los arts. 127 y ss. CP; entre ellas, cabe destacar la clausura de la empresa, la disolución de la sociedad o asociación, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar actividades en el futuro y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores (art. 129 CP)³².

El tenor legal de los preceptos esbozados permite configurarlos como normas penales en blanco, al aludir a «infracción de las normas de prevención de riesgos laborales» y «no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas»³³. Por tal motivo, para conocer los comportamientos concretos capaces de integrar el tipo, esta incompleta e indeterminada referencia habrá de entenderse hecha no sólo a la LPRL, sino también a todas las normas dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico³⁴. No bastará, por tanto, cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque éste exige un adecuado nexo de causalidad entre la norma de seguridad infringida y la puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física. Ello envía a infracciones graves («las más extremas y temerarias») de la normativa laboral que lleven consigo la creación de un

³² VALLE MUÑIZ, J.M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Comentario al artículo 316», en AA.VV. (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª edición, Pamplona, 2001, pág. 1506.

³³ PURCALLA BONILLA, M.A.: «Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica de los artículos 316 y 317 del Código Penal», *AS*, núm. 22, 2006, págs. 43 y ss.

³⁴ SSTS, Penal, de 12 de noviembre de 1998 (RJ 7764) o de 26 de julio de 2000 (RJ 7920).

severo peligro³⁵. Como con acierto ha sentado la doctrina de los Tribunales, «no toda infracción laboral o de seguridad en el trabajo es constitutiva de delito, pues si así hubiera querido legislarse, fácil hubiera sido construir el tipo penal»³⁶. Otra concepción distinta extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica³⁷. En definitiva, cabe inferir que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales solo debe materializarse en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Tampoco puede resultar admisible, lógicamente, pretender encauzar por esta vía acciones criminales intencionadas pero ajenas al responsable de quien presta servicios³⁸. Esta responsabilidad penal decaerá, lógicamente, en supuestos en los cuales acaezca un accidente laboral imprevisible³⁹, cuando el resultado dañoso sea consecuencia única de la actuación del trabajador⁴⁰ o hubiera existido por parte del licitador un cumplimiento escrupuloso respecto de todas las medidas de seguridad⁴¹, de modo que «no siempre que se haya producido un daño o lesión a un trabajador cuando estaba desarrollando su actividad laboral, necesariamente ha tenido que existir una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, pues en ocasiones sucede que el empresario ha puesto todos los medios que la normativa exige para evitar los riesgos y, sin embargo, ya sea por la única y exclusiva imprudencia del trabajador, ya sea por fatalidad, el accidente se produce, y no por ello hay que seguir un procedimiento penal por un posible delito contra los derechos de los trabajadores»⁴². Está claro, por tanto, que debería haberse previsto, en el artículo 49.1 c) de la LCSP, la prohibición de contratar con la Administración

³⁵ ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, cit., pág. 91.

³⁶ SAP Valladolid, de 30 de noviembre de 2000 (JUR 2001/63831).

³⁷ STS, Penal, de 5 de septiembre de 2001 (RJ 8340).

³⁸ STS, Penal, de 29 de julio de 2002 (RJ 8826).

³⁹ SAP León, de 10 de junio 2003 (JUR 2004/14885).

⁴⁰ SAP Burgos, de 30 julio de 2004 (JUR 2005/19817).

⁴¹ STS, Penal, de 6 noviembre de 2001 (RJ 9829).

⁴² SAP Valladolid, de 13 de octubre de 2003 (JUR 2004/75194).

no sólo a aquellos empresarios sancionados por la comisión de una infracción administrativa muy grave en materia de seguridad y salud, sino también a aquellos condenados en sentencia firme por un delito en esta materia, pues, en expresión sobradamente conocida, lo que abunda no daña.

Retomando el tenor literal actual, cabe alertar sobre la existencia de una simple diferencia de matiz respecto de lo previsto en su precedente más próximo [el artículo 20.1 d) LCAP], pues mientras éste se remitía a la LPRL, aquél lo hace a la LISOS. Tal discrepancia tiene una clara justificación: en el momento en que se aprueba la LCAP, el régimen sancionador en materia de seguridad y salud en el trabajo se encontraba recogido en la propia Ley 31/1995; en el momento actual, sin embargo, es el Real Decreto Legislativo 5/2000 el que integra el conjunto de infracciones posibles en materia laboral, incluyendo —lógicamente— las relativas a la prevención de riesgos laborales.

No se alcanza a comprender por qué el artículo 49.1 c) de la LCSP [al igual que hay hacía el artículo 20.1 d) LCAP] eleva la entidad de la infracción, capaz de hacer aplicable la prohibición de contratar con la Administración, de grave a muy grave cuando se refiere a la «materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales» y no para las infracciones, reseñadas también en el mismo párrafo, «en materia de disciplina de mercado..., profesional, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad», pues en este último caso basta con que se trate de una infracción grave. La protección de derechos fundamentales tan importantes como la vida o la integridad física hacen del todo desaconsejable esta diferencia, máxime si se trata de trabajadores minusválidos que en este caso no son discriminados, sino que el empresario no adopta todas las medidas necesarias para la protección de su integridad física.

Por lo demás, se precisa sanción firme para que concurra la prohibición de contratar con la Administración, no en vano la responsabilidad

administrativa tiene naturaleza pública, de ahí que dé lugar a la imposición de sanciones de esta misma naturaleza, consistentes, principalmente, en multas económicas de cuantía variable, caracterizadas por un incremento exponencial respecto a las sanciones previstas para el resto del orden social (art. 40.2 LISOS). Como toda norma punitiva, debe de ser objeto de una interpretación restrictiva, de forma que la simple existencia de un recurso contencioso-administrativo demora el nacimiento de la causa de prohibición y ello independientemente de los efectos suspensivos o no de la interposición del mismo⁴³. El carácter firme exigido sólo se produce en el doble supuesto de que la resolución administrativa haya sido consentida por no haber sido objeto de la correspondiente impugnación en la vía jurisdiccional o porque, producida la misma, se haya resuelto en dicha vía sin posibilidad de ulterior recurso⁴⁴.

Se trata, ante todo, de apartar del tráfico jurídico a determinados sujetos que, por su conducta antecedente en el propio sector en que se desenvuelven, no cuentan con un nivel indispensable de credibilidad personal; y pueden crear, además, un riesgo adicional⁴⁵. Tal inhabilitación tendrá una incidencia fundamental sobre aquellas empresas, cuya única actividad consista precisamente en suscribir vínculos contractuales con las Administraciones para la realización sucesiva de diferentes tipos de encomiendas públicas, pudiendo conllevar en muchos supuestos la desaparición de la entidad empresarial en cuestión, no en vano la prohibición trascrita producirá la suspensión de las clasificaciones que permiten contratar con las Administraciones que hubieran sido concedidas a las empresas afectadas, mientras dure la misma (cinco años con carácter general u ocho para las que tengan por causa la existencia

⁴³ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 49/1982, de 1 de julio, 91/82, de 25 de noviembre y 44/1998, de 16 de diciembre.

⁴⁴ NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 106.

⁴⁵ MORELL OCAÑA, L.: «Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 159.

de condena mediante sentencia firme —art. 50.2 LCSP—⁴⁶. Más importante aún, contribuirá a reducir los elevados índices de siniestralidad laboral obrantes en el desempeño de actividades pública por empresas privadas, lo cual supondrá una clara mejora de las condiciones de los trabajadores ocupados en las mismas, sobre todo si de discapacitados se trata (atendiendo a su especial vulnerabilidad).

Aun cuando la conciencia de la necesidad e importancia que tiene respetar estas limitaciones se pone de manifiesto al comprobar que su incumplimiento está sancionado con la nulidad radical, de pleno derecho, del contrato administrativo, lo cierto es que la apreciación de que un concesionario está incurrido en alguna de las circunstancias establecidas en la LCSP como prohibiciones para contratar, singularmente por haber incumplido la normativa de prevención de riesgos laborales en los términos anteriormente indicados, no resulta fácil en la práctica, pues normalmente el órgano de contratación sólo dispone de la documentación aportada junto a las correspondientes propuestas, en la cual es el propio licitador quien presenta las pruebas y acreditaciones pertinentes (art. 50 LCSP y art. 21 LCAP). Tal dificultad se complica, además, porque solamente la competencia para declarar la prohibición cuando se trata de condena por sentencia firme corresponde al Ministro de Hacienda, tras oír la propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y revestirá carácter general para todas las Administraciones públicas⁴⁷, pero en los demás supuestos se declararán por la propia Administración contratante (art. 50 LCSP)⁴⁸.

⁴⁶ GARCÍA MURCIA, J. y BERNARDO JIMÉNEZ, I.: Artículo 54», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Coords.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, 2004, pág. 536.

⁴⁷ DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. II, Madrid, 1998, pág. 655.

⁴⁸ BENÍTEZ MORCILLO, G.: «Prohibiciones para contratar (arts. 20 y 21)», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, pág. 131.

El mejor cauce para poder apreciar con verdadero conocimiento la concurrencia o no de la causa de prohibición aquí analizada sería contar con un adecuado y completo registro en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que consten todas las incidencias que afectan a los concesionarios, relativas a su posible inhabilitación, pero tal posibilidad resulta, sin duda, excesiva, pues el registro oficial de licitadores y empresas clasificadas todavía no está demasiado actualizado. Es muy difícil conseguir que, en paradigmático ejemplo, los jueces y tribunales que intervengan en un procedimiento concursal o admitan la existencia de un incumplimiento de la normativa tributaria, laboral o, por lo que aquí interesa, de seguridad e higiene en el trabajo, comuniquen la existencia del mismo a los posibles efectos de inhabilitar al concesionario. Se podría considerar una gran conquista que los distintos órganos de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas comunicaran a la Junta Consultiva los incumplimientos laborales, la insatisfacción de determinadas deudas tributarias, las sanciones por distraer fondos de una subvención o —descendiendo al terreo aquí analizado— los delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues aun cuando es cierto que la LCSP (y antes también la LCAP) impone la obligación de las autoridades y órganos competentes de notificar a la Junta Consultiva de Contratación y a los órganos correspondientes autonómicos las sanciones y resoluciones firmes que se adopten (art. 50.5 LCSP y artículo 21.4 LCAP), no lo es menos pensar que este deber se incumple sistemáticamente⁴⁹.

Nuevas perspectivas abre, sin embargo, la promulgación del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de sanciones administrativas impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, sanciones que se harán públicas en el Boletín Oficial del Estado o en el Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el correspondiente ámbito competencial, incluyendo, lógicamente, el nombre o

⁴⁹ FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., págs. 106-107.

razón social de la empresa sancionada y toda una serie de datos identificativos de la misma. Tal mecanismo de publicidad contribuirá, sin duda, a conseguir un mejor cumplimiento de las obligaciones preventivas, lo cual redundará en beneficio de los colectivos que, por sus circunstancias personales, más posibilidades tienen de sufrir algún accidente (los discapacitados).

13.2.3. Condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración del Estado

En tanto en cuanto los poderes públicos han de ser los primeros garantes de la igualdad efectiva de derechos de los ciudadanos, fundamentalmente en el ejercicio de los mismos ante las Administraciones públicas, éstas han de ser las pioneras en contribuir a incorporar y facilitar entornos y prácticas accesibles en sus relaciones con la ciudadanía.

A este objetivo responde la disposición final quinta de la Ley 51/2003, relativa a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en las relaciones con las Administraciones públicas, al encomendar al Gobierno que, en el plazo de dos años desde su entrada en vigor, establezca, entre otros, los requisitos que deberán reunir las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano, y adopte para las personas con discapacidad las normas que, con carácter general y en aplicación del principio de servicios a los ciudadanos, contempla el artículo 4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Asimismo, este último precepto dispone que la Administración General del Estado desarrollará su actividad y organizará las dependencias administrativas y, en particular, las oficinas periféricas, de manera que los usuarios puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.

En cumplimiento de las citadas previsiones legales, se dictó el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado (desarrollado por Orden PRE/446/2008, de 20 de febrero), con la finalidad de establecer un conjunto de medidas que definen las condiciones de accesibilidad que habrán de reunir las oficinas y servicios de atención al ciudadano; todo ello con el objeto de garantizar que dicha accesibilidad y la no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración sean reales y efectivas.

Dentro de esta línea de actuación, no cabe soslayar la importancia de la previsión incorporada en el artículo 101 de la LCSP, pues contribuye a suprimir cuantos obstáculos urbanísticos y arquitectónicos, en la movilidad y en la comunicación, impidan que las personas minusválidas puedan desarrollar una vida activa y participativa en la comunidad, si bien cabe cuestionar, no obstante, la incorporación de la expresión «en la medida de lo posible», pues los criterios de accesibilidad han de tenerse en cuenta, en todo caso, como regla general. Lo que sí aclara el artículo 101 de la LCSP es que en el supuesto de no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia por el órgano de contratación⁵⁰, lo cual no deja de suponer ciertas garantías para el colectivo aquí analizado.

13.3. Reserva de participación para centros especiales de empleo

La disposición adicional séptima de la LCSP recoge la posibilidad de reconocer una «reserva de participación en procesos de licitación para cen-

⁵⁰ CES: *Dictamen 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2006, pág. 17.

tros especiales de empleo o bien una reserva de ejecución de contratos en programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales». Supone otra de las novedades (de nuevo de carácter potestativo) tendentes a mejorar las bajas tasas de empleabilidad de los minusválidos con el solo requisito de que en el anuncio de licitación se haga referencia a esta reserva.

Adolecer de una capacidad de trabajo notoriamente disminuida que imposibilite al minusválido prestar una ocupación en una empresa ordinaria, se constituye en el requisito de base para acceder a centros especiales de empleo, definidos como aquéllos cuya plantilla está constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso de producción, y «cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado y teniendo como finalidad la de asegurar un empleo remunerado y una prestación de servicios de ajuste personal y social; a la vez que un medio de integración de la más elevada cota posible de discapacitados al régimen del trabajo normal» (art. 42.1 LISMI)⁵¹. La realización de un trabajo productivo remunerado y el aprovechamiento de los servicios de ajuste personal y social por aquellos discapacitados, que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan realizar una actividad laboral en las condiciones habituales, es el «leitmotiv» del empleo protegido⁵².

Precisamente en atención a la función social que cumplen esos centros, ya sean públicos o privados (con o sin ánimo de lucro), el legislador ha venido primando la creación y viabilidad de los mismos a través de una serie de

⁵¹ GARRIDO PÉREZ, E.: «Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción», *TL*, núm. 51, 1999, pág. 64.

⁵² LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 122.

ayudas y subvenciones económicas, a la par que incentivando la creación directa y el mantenimiento de los puestos de trabajo especiales para minusválidos. En concreto, la primera norma donde se encuentra el apoyo a la creación de centros de empleo protegido, esto es, de acogida, en fomento del empleo, de trabajadores minusválidos, es la Orden de 7 de noviembre de 1968, la cual concedía una serie de ayudas que consistían: por un lado, en subvenciones y préstamos para la creación y mantenimiento del propio centro (ampliación de locales, mejora de las instalaciones, adquisiciones de material...), y por otro, en auxilios destinados a sufragar los gastos derivados del alojamiento y/o manutención de los discapacitados. Con posterioridad, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre trabajadores minusválidos, dedica una serie de disposiciones destinadas a fomentar la ocupación de este colectivo, incidiendo en el interés público por potenciar la creación de centros de empleo protegido, su ampliación o mejora de los existentes, diseñando una bonificación en la cuota empresarial por los trabajadores minusválidos que prestan servicios en los mismos⁵³.

Finalmente, toda esta línea de promoción de centros de empleo protegido fue reforzada por la LISMI al apuntar cómo las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias y a través del estudio de necesidades sectoriales, habrían de fomentar la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo, sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades, a la vez que deberían promocionar la dotación de puestos especiales para minusválidos mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales objetivos (art. 45.2). Pero es básicamente en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, regulador de los centros especiales de empleo, donde se indica cómo entre las diversas fuentes de financiación de estos centros, se encuentran, por un lado, las ayudas que para su creación puedan establecer los programas de fomento

⁵³ TUSET DEL PINO, P.: «El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Gestión y financiación», en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 155 y ss.

del empleo y, por otro, los auxilios de mantenimiento a los que pueden acceder como consecuencia de los programas de apoyo al empleo establecidos por las Administraciones públicas, los cuales consisten en subvenciones por plaza ocupada por minusválido, bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social y subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y para la eliminación de barreras arquitectónicas. Ayudas todas estas que son precisamente las que se han venido recogiendo en las sucesivas convocatorias anuales de subvenciones públicas y programas de fomento desde 1984 hasta el momento presente⁵⁴.

Los centros especiales de empleo no solamente se asimilan a la empresa ordinaria estructurándose sobre una actividad productiva y una participación regular en las operaciones de mercado (art. 42 LISMI), sino que se benefician también del reconocimiento y la ayuda de las instituciones públicas mediante su inscripción en un registro especial y el acceso a bonificaciones y subvenciones destinadas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo con el fin último de poder cumplir con la función social que tienen encomendada (art. 43 LISMI)⁵⁵. Dentro de esta línea de tutela pública tendente a favorecer la inserción de trabajadores discapacitados en el mercado ordinario a través de los centros especiales de empleo destinados a facilitarles una ocupación y unos servicios de ajuste personal y social capaz de permitir que tales trabajadores se encuentren en mejores condiciones que las iniciales de partida para poder acceder a las empresas ordinarias⁵⁶, no puede extrañar que la disposición adicional séptima de la LCSP siga la estela de la Directiva 2004/18, en el sentido siguiente: a los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y de contribuir a la inserción en la sociedad de los grupos más desfavorecidos,

⁵⁴ LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», cit., págs. 89 y ss.

⁵⁵ TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000, pág. 147.

⁵⁶ GARRIDO PÉREZ, E.: «El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial», en AA.VV. (ROMERO RODENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pág. 56.

esta Directiva, en su precepto número 19, establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan reservar, sin especificar cuantitativamente esa reserva, la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre que la mayoría —es de suponer que a partir de la mitad más uno— de los trabajadores afectados, sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales⁵⁷. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado también, reiterando el tenor de la norma comunitaria, que «los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales»⁵⁸. Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido admitiendo, igualmente y sin óbice alguno, la posibilidad de reservar determinados contratos a cooperativas y otras empresas de economía social⁵⁹.

Cabe deducir, pues, con toda claridad, que la prestación de servicios a favor de un centro especial de empleo tiene la consideración de auténtico trabajo protegido merecedor de la reserva recogida en la disposición adicional 7.^a de la LCSP. No se alcanza a comprender, sin embargo, la ausencia de todo tipo de referencia a los centros ocupacionales en esta misma disposición, no en vano éstos ofrecen a las personas minusválidas, cuya capacidad queda por debajo de los límites que permiten su integración dentro de la fórmula productiva del centro especial de empleo, el desarrollo de una ocupación o actividad frontera entre el trabajo y los tratamientos de

⁵⁷ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 235.

⁵⁸ STJCE 1997/129, de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare-Lombardía.

⁵⁹ STS, Cont-Admto, de 3 de julio de 1991 (RJ 1991, 6548).

rehabilitación a través de la ocupación y la prestación de actividad; en tales centros se realizan trabajos no estrictamente productivos, cuya finalidad esencial es potenciar y desarrollar las capacidades sociales y profesionales del discapacitado, con el fin último de conseguir su adaptación psicológica, médica, social y profesional, procurando colocar a la persona discapacitada en aquellas tareas más adaptadas a su situación personal (Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre)⁶⁰. La única explicación posible a la ausencia de todo tipo de mención a estos centros ocupacionales en la disposición adicional 7.^a de la LCSP puede encontrarse en el hecho de que la actividad llevada a cabo en los mismos no es estrictamente laboral, sino formativa y de terapia, de modo que los centros ocupacionales no tienen naturaleza empresarial sino de servicio social (art. 6 LISMI). Tal justificación quiebra, no obstante, si se tiene en cuenta la siguiente argumentación:

Cierto es que mientras los centros especiales de empleo se configuran como auténticas estructuras empresariales en las que los minusválidos prestan un trabajo productivo y remunerado, con vistas no sólo a su mayor capacitación social y profesional, sino también a un posible acceso al régimen de trabajo ordinario, los centros ocupacionales desarrollan, empero, un servicio social, permitiendo que los minusválidos realicen una serie de actividades o labores no productivas (terapia ocupacional) a la vez que reciben unos tratamientos de ajuste personal y social capaces de procurar a su favor una mayor habilitación personal y una mejor adaptación a la realidad social. A diferencia, pues, de los primeros, estos últimos vienen caracterizados por su finalidad esencialmente terapéutica, desarrollando programas orientados a la conservación de las facultades de los minusválidos, a su autonomía y a su satisfacción personal y social, lo que acoge igualmente su preparación para prestar en el futuro una actividad laboral o productiva⁶¹. La distinta configura-

⁶⁰ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDES, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*, Valencia, 2000, pág. 169.

⁶¹ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, pág. 47.

ción de unos y otros centros se hace, pues, partiendo del grado de discapacidad que tuviera el minusválido y, dependiendo de la misma, posibilitándose que éste pueda realizar bien una actividad laboral productiva (en un centro especial de empleo) o bien no productiva (en un centro ocupacional)⁶².

Si embargo, no puede dejar de advertirse el peligro de que en los centros ocupacionales se puedan estar realizando por parte de trabajadores minusválidos una serie de servicios o tareas que encubren en esencia una auténtica relación laboral. La falta de contornos claros dentro de lo que debe ser una ocupación de naturaleza jurídico-laboral y otra de índole terapéutica, y lo más preocupante, la carencia de precisiones normativas al respecto y de un control y seguimiento público de las actividades desarrolladas por los centros ocupacionales (al menos en atención al correcto destino de las subvenciones y ayudas otorgadas), facilita en esencia posibles desviaciones funcionales de una medida de formación ocupacional básica y de servicio social como es la que se trasluce tras un centro ocupacional hacia una auténtica prestación de servicios profesionales retribuidos y por cuenta ajena⁶³. Por tales razones, procede apostar porque una futura reforma legislativa incluya también a los centros ocupacionales dentro de la reserva aquí analizada, no en vano la finalidad de la disposición adicional 7.^a de la LCSP no es otra que la tantas veces mencionada: el incremento de las escasas tasas de ocupación de los discapacitados.

13.4. Las consecuencias del progreso técnico

La necesidad de que las prestaciones correspondientes a los servicios públicos se vayan adaptando a los avances científicos y técnicos y, en ge-

⁶² IGARTUA MIRÓ, M.T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003, pág. 130.

⁶³ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., pág. 49.

neral, al progreso evolutivo socioeconómico, cobra pleno sentido en el 230.4 de la LCSP, el cual establece «la obligación del concesionario de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación». La sola lectura de este precepto manifiesta la clara voluntad de la Administración o, mejor, del propio ordenamiento, de impedir la inaplicación del progreso científico y técnico a las actividades que ya se están realizando conforme a autorizaciones administrativas otorgadas con anterioridad⁶⁴. El Derecho impone, pues, al adjudicatario la continua adecuación de los procesos autorizados a los avances de la ciencia y la tecnología, conceptos jurídicos indeterminados para cuya concreción están llamadas a jugar un papel importante las normas técnicas que progresivamente han sido alumbradas por la ciencia y recogidas tanto en disposiciones precisas como en prescripciones normativas más abiertas⁶⁵. Se trata de deparar, con ello, unos mayores niveles de protección medioambiental o, por lo que aquí interesa, de beneficios a los destinatarios finales de los servicios prestados en régimen de concesión, singularmente a aquéllos afectados por algún tipo de deficiencia en su capacidad.

Procede parar un momento la atención para dilucidar quién debe asumir los costes que indudablemente está llamada a generar la aplicación de esta cláusula de progreso. Se trata de un tema de indudable importancia debido a los dilatados plazos con que suelen operar los contratos de concesión de obra pública, de manera que durante su vigencia, no es que sean probables, sino que son seguras las innovaciones científicas y técnicas cuya aplicación a aquéllos puede mejorar el cumplimiento del contrato y, con ello, el nivel de satisfacción de los destinatarios de las prestaciones inherentes

⁶⁴ MEILÁN GIL, J.L.: *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968, págs. 29 y ss.

⁶⁵ QUINTANA LÓPEZ, T.: «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *REDA*, núm. 131, 2006, págs. 421 y ss.

a la explotación de la obra pública por el concesionario, singularmente las personas discapacitadas. Siendo esto así, necesariamente surge la duda acerca de quién debe soportar los costes que genera el cumplimiento del contrato conforme a unas exigencias, impuestas por el progreso, diferentes de aquéllas bajo las que se pactó la concesión.

Pues bien, el interrogante planteado, lejos de simplificaciones que supongan cargar a alguna de las dos partes del contrato, es decir, al contratista o a la Administración, en función de que se considere que los «costes del progreso» constituyen uno más de los de explotación, en cuyo caso habrían de ser soportados por el contratista⁶⁶, o bien, por el contrario, se tengan en todo caso por costes no previstos en el vínculo contractual que, por ello, suponen una ruptura del equilibrio financiero, ajena al contratista cuya recompensa corresponde a la Administración⁶⁷, la respuesta debe ser matizada atendiendo al contenido material de lo impuesto por las propias normas que dan acogida a los avances científicos y técnicos y la dinámica del propio contrato⁶⁸. Si en el contrato de concesión de obra pública, el contratista ha de cumplir sus obligaciones a su riesgo y ventura y, entre ellas, debe «mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios» (art. 230.4 LCSP), la obligación que pesa sobre él, derivada de la cláusula de progreso que contiene, se halla delimitada por la noción de mantenimiento de la obra pública; con ese límite, podría pensarse que los costes generados

⁶⁶ MARTÍN HUERTA, P.: «Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato (arts. 245 a 248)», en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentario a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, págs. 245 y ss.

⁶⁷ TORNOS MAS, J.: «Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración», en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª edición, Madrid, 2004, pág. 1245.

⁶⁸ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3.ª edición, Barcelona, 2003, pág. 762.

por su cumplimiento deben correr por cuenta del concesionario a lo largo del período de vigencia del contrato. Los mayores o menores avances científicos y técnicos que se produzcan y sean plasmados en normas jurídicas, así como los costes que puedan derivar de los mismos, siempre dentro de los límites del mantenimiento de la obra pública, formarían parte del aleas que, como empresario, el concesionario debe soportar. Habría que concluir, por tanto, cómo más allá de lo que fueran costes de mantenimiento, tampoco ajenos a la materialización de exigencias derivadas de la cláusula de progreso, deberían serle compensados de una u otra forma al concesionario, no en vano esos costes pueden romper el equilibrio financiero alcanzado entre las partes⁶⁹.

13.5. El diseño para todos como cláusula de cierre

La disposición adicional 21.^a de la LCSP establece, como garantía indiscutible de accesibilidad para los discapacitados, la necesidad de que, en el ámbito de la contratación pública, se proceda a la determinación de los medios de comunicación admisibles, al diseño de los elementos instrumentales y a la implantación de los trámites procedimentales, sin perder de vista en ningún caso los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos en los términos definidos en la Ley 51/2003⁷⁰. La importancia de esta previsión no puede ser minusvalorada, pues es la primera vez que la aplicación de estos criterios se recoge de forma expresa en el ordenamiento español de contratación pública⁷¹. Se trata de avanzar hacia la «accesibilidad universal»

⁶⁹ QUINTANA LÓPEZ, T.: «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», cit., pág. 436.

⁷⁰ AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos Públicos 2008-2009*, Madrid, 2007, pág. 986.

⁷¹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: «Nota sobre los aspectos de discapacidad de las Leyes de contratación pública aprobadas recientemente en España», cit., pág. 9.

como consecuencia lógica de un compromiso cada vez más claro con las implicaciones del principio de igualdad real, material o sustancial, que llevará a entender la discriminación como la imposibilidad o especial dificultad en el ejercicio pleno de los derechos y libertades básicas en función de la discapacidad⁷².

Una sociedad que aboga por la inclusión y el respeto a los derechos humanos, debe ser aquella que asume las necesidades de todas las personas de forma igualitaria, pergeñando sus actuaciones en función de su diversidad y no de una «normalidad» establecida por la persona media. El diseño para todos, que es la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, aparece como una vía adecuada para garantizar la igualdad de oportunidades y la participación activa en la sociedad, que la LCSP no ha podido olvidar.

El diseño para todos significa, pues, superar el estigma de la diferencia con que tradicionalmente se ha tratado a las personas con discapacidad y asumir que sus condicionantes en relación con el entorno están en igual plano que otros más comunes y compartidos, tales como la edad, la actividad que se realiza o la limitación temporal de alguna función; supone asumir que la dimensión humana no está definida por unas capacidades, medidas o prestaciones, sino que debe contemplarse de manera más global, de modo que la diversidad sea la norma y no la excepción⁷³.

⁷² QUINTANILLA NAVARRO, B.: «Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 243.

⁷³ I Plan nacional de accesibilidad 2004-2012. www.mtas.es.

14. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTRODUCIR CRITERIOS SOCIALES EN OTRAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Como ya consta, la promoción y la estabilidad en el empleo de los discapacitados son propósitos de las políticas públicas que, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, se incorporan al ordenamiento positivo, de forma paulatina y a través de diversas técnicas acogidas por la legislación de contratos del sector público, singularmente en su disposición adicional sexta como criterios de desempate entre ofertas equivalentes.

Ahora bien, pese a todos estos avances en aras de la tan ansiada justicia social, lo cierto es que la incidencia de dichos parámetros de desempate a la hora de proceder a la adjudicación de un determinado contrato administrativo, previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, va a quedar muy relegada en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, no en vano en una valoración en la que se incluyen décimas o centésimas de puntos resulta bastante imposible un efectivo equilibrio técnico entre distintas propuestas que justifique la aplicación de los criterios sociales mentados para justificar la oportuna inclinación de la balanza a favor de una de las ofertas¹. Como con acierto se ha dicho, «en una licitación pública el empate es casi imposible (se desciende hasta un valor infinitesimal sin perder nunca de vista la discrecionalidad de que gozan los tribunales y mesas

¹ LESMES ZABALEGUI, S.: *Manual para la aplicación de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de riesgo de exclusión social*, Pamplona, pág. 63. (www.gaztelan.org)

de contratación), de modo que es más que dudoso que exista un solo caso que dichas cláusulas de desempate hayan llegado a dirimir de forma efectiva una contratación»². Cobra pleno sentido, por tanto, la posible introducción de las consideraciones sociales a favor de los minusválidos en otros momentos del proceso de licitación, singularmente en los dos siguientes fundamentales habilitados por la nueva LCSP: como criterios de valoración de las ofertas y como condiciones especiales de ejecución del contrato.

14.1. Como criterios de valoración

La evaluación de las ofertas para la adjudicación de un contrato público debe realizarse en virtud de criterios directamente relacionados con el objeto del vínculo contractual, que respondan a la finalidad de seleccionar la mejor y la más ventajosa oferta, en nombre de la transparencia, la competencia y la no discriminación. Ha de lograrse, en definitiva, la mejor atribución posible³. No puede extrañar, por tanto, que la incorporación de las condiciones sociales (entre las cuales, puede encuadrarse el fomento de la contratación de trabajadores discapacitados) como criterios de adjudicación en los concursos públicos haya sido mayoritariamente rechazada por los posibles efectos discriminatorios que son capaces de generar y por entender que pueden no tener relación directa con el concreto objeto del contrato. Desde esta perspectiva, las condiciones sociales como criterios de adjudicación se han considerado ajenas al interés público que se persigue con la ejecución de la contratación administrativa e, incluso, se ha estimado que su integración en el proceso de licitación podría llegar a ser contraproducente para conseguir el fin esencial del contrato, no en vano pueden producir un

² LESMES ZABALEGUI, S.: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 70.

³ VERNIA TRILLO, S.: «La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pág. 439.

efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones no se acomodan a las categorías de la legislación interna, alterando las reglas de la competencia empresarial⁴.

Retrotrayendo la vista atrás aunque ello suponga reiterar alguna de las afirmaciones anteriormente vertidas, cabe recordar que la trascendental Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1988⁵, entre otras cuestiones se ocupó de rechazar la posibilidad de excluir a un licitador de un concurso por la incapacidad de dicho empresario para emplear trabajadores en paro prolongado. El tenor de la respuesta dada por el Tribunal fue el siguiente: «la circunstancia de estar la empresa licitadora en condiciones de emplear a desempleados de larga duración no guardaba relación ninguna con los criterios de adjudicación del contrato, pudiendo, además, infringir el principio de no discriminación por razón de nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado».

Muy significativo es también el hecho de que durante los trabajos de preparación de la Directiva 93/37, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, los Estados miembros se manifestaran explícitamente en contra de la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico para la adjudicación de los contratos⁶. Años más tarde, la Comunicación de la Comisión, de fecha 11 de marzo de 1998, titulada «la contratación pública en la Unión Europea», dedicó el apartado «contratación pública y aspectos sociales» a poner de manifiesto

⁴ NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 315.

⁵ Asunto *Beentjes*. Con un carácter más permisivo, SSTJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto *Nord-Pas de Calais*, y de 17 de septiembre de 2002, asunto *Concordia Buys Finland Oy*.

⁶ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3.^a edición, Barcelona, 2003, pág. 375.

la importancia que la política social tiene para la Unión Europea y a exponer el conjunto de posibilidades existentes para tener en consideración dichos aspectos en la contratación pública, pero, de una forma radical, no admitió que se tuvieran en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos, siguiendo la misma tesis que la sentencia anteriormente mencionada⁷.

La Comisión anunciaba, además, su intención de clarificar este extremo en una futura Comunicación interpretativa, que tuvo lugar en fecha 15 de octubre de 2001, en la cual se partía de la base de que las entonces vigentes Directivas sobre contratos públicos (Directivas 92/50, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras) no contemplaban «expresamente la posibilidad de que se persiguieran objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público..., no en vano estos aspectos no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa». Así pues, la Comisión Europea tampoco se ha mostrado partidaria de incluir este tipo de cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos⁸, pues una y otra vez reafirma los planteamientos restrictivos al respecto, admitiendo únicamente la inclusión de las cláusulas sociales como mero criterio de desempate entre ofertas equivalentes (anteriormente analizados) o como condiciones de ejecución contractual a realizar por la empresa adjudicataria (a los que posteriormente se hará referencia)⁹.

⁷ DE SOLAS RAFECAS, J.M. y SASTRE BECEIRO, M.: «Artículo 86. Criterios para la adjudicación del concurso», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. III, Granada, 2004, pág. 414.

⁸ COM (2001) 566 final.

⁹ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, Madrid, 2003, pág. 380.

Sobre la posibilidad de introducir criterios sociales en otras fases del procedimiento de contratación

Es más —y siguiendo con esta línea restrictiva—, la Directiva 2004/18, 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 suministros y de servicios, sólo admite dos criterios de adjudicación: el precio más bajo y la oferta económicamente más ventajosa. Así, atendiendo al tenor literal de esta norma europea, que por su claridad merece la pena transcribir: «la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa» (considerando 46).

Únicamente posibilita la introducción, cuando se utilice el segundo sistema, de criterios adicionales (características medioambientales pero no criterios sociales), en todo caso vinculados al objeto del contrato: «sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate, por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las condiciones medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de ejecución; b) o bien solamente el precio más bajo» (art. 53.1)¹⁰.

Ahora bien, aun cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Comisión Europea y ahora también la Directiva 2004/18 se esfuerzan en

¹⁰ AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos públicos (2008-2009)*, Madrid, 2007, pág. 570.

dejar claro que los criterios de adjudicación sólo pueden ser pautas objetivas relacionadas directamente con el objeto del contrato y que no tienen cabida, por tanto, las cuestiones sociales, lo cierto es que han ido surgiendo interpretaciones doctrinales que apuestan por la introducción de estos objetivos sociales entre los criterios de adjudicación de determinados contratos públicos dentro del sistema español de contratación administrativa, no en vano «la adjudicación es justamente el momento más importante a la hora de calibrar la calidad social de las empresas»¹¹.

Para fundamentar tal arriesgada teoría, los autores favorables a la misma han venido tomando como punto de partida el hecho de que, en nuestro ordenamiento interno, la enumeración de los criterios que efectuaba el artículo 86 LCAP (precio, fórmula de revisión, en su caso, plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio postventa u `otros semejantes'), era meramente enunciativa, entendiendo que tal relación tenía carácter de *numerus apertus*¹², susceptible de ser ampliada con otros parámetros con el fin de evitar la inacción de las políticas públicas¹³. La utilización de la expresión «otros semejantes» era clara en este sentido.

¹¹ ROMÁN VACA, E.: «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 204.

¹² Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/96, de 22 de julio de 1996 y 11/99, de 30 de junio. En el mismo sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 4/1997, de 6 de mayo, e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña 4/2001, de 23 de noviembre de 2001. En la doctrina judicial, STSJ, Cont-Admtivo, Madrid 30 mayo 2003 (TOL 423349).

¹³ LESMES ZABALEGUI, S.: *Manual de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de las Administraciones públicas como herramienta de inserción sociolaboral para personas en situación o riesgo de exclusión social*, Pamplona (documento virtual), pág. 61 o AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 419.

Sobre la posibilidad de introducir criterios sociales en otras fases del procedimiento de contratación

Este sector de la doctrina venía entendiendo, en contra de reiterados pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa¹⁴, que el órgano de contratación, a la hora de establecer en el pliego de cláusulas administrativas tales criterios de valoración gozaba de una amplia facultad de decisión, pues podía elegir no sólo alguno de los consignados expresamente en el artículo 86 LCAP, sino, según ese mismo artículo señalaba, «otros semejantes», con la sola limitación de que la elección de tales postulados estuviera presidida por la lógica satisfacción del interés público que persigue todo contrato administrativo, de manera que los mismos fueran coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del vínculo contractual¹⁵. Consideraban, así, que aquella relación que preveía el legislador nacional en el citado artículo 86.1 de la LCAP nunca podía ser cerrada en la medida en que, como indicaba el legislador comunitario, en el artículo 36 de la Directiva 92/50, en el artículo 26 de la Directiva 93/36 y en el artículo 30 de la Directiva 93/37 (actualmente sustituidas por la Directiva 2004/18), los criterios a tomar en consideración únicamente han de tener una directa e innata relación con el correspondiente contrato¹⁶, razón por la cual, cumpliendo tal requisito, la Administración podría incluir como parámetros todos aquellos que considerara adecuados para la adjudicación del correspondiente vínculo contractual¹⁷.

Es más —y en apoyo de esta tesis—, el dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea, de 26 de abril de 2002, ha determinado con

¹⁴ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 13/98, de 30 de junio de 1998, 44/98, de 16 de diciembre de 1998, 11/99, de 30 de junio de 1999, 44/04, de 12 de noviembre de 2004 y 42/2006, de 30 de octubre de 2006, en virtud de los cuales «entre los criterios de adjudicación a la proposición económicamente más ventajosa no aparece ninguno que haga referencia a las características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato».

¹⁵ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 716.

¹⁶ STJCE de 16 de septiembre de 1999, asunto C-27/98.

¹⁷ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3.ª edición, Barcelona, 2003, pág. 363.

toda claridad que «a la hora de evaluar la calidad de las ofertas, los poderes adjudicadores podrán con toda legitimidad tomar en cuenta consideraciones de carácter social o medio ambiental —siempre y cuando se respete al mismo tiempo el principio de igualdad de trato—..., (de modo que) los criterios sociales también deberían desarrollarse de manera específica como criterios de adjudicación del contrato».

En esta misma línea, el Consejo de Estado español en su Dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre, relativo al ya derogado Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecían medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo, ha señalado que «la lectura del (entonces vigente) artículo 86 LCAP hace ver que los criterios que pueden sentarse en los concursos para la adjudicación del contrato son variables y acomodables a cada caso, y además no prohíben que una Comunidad Autónoma que haya asumido competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos, haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa, como ahora lo hace, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado, para establecer criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos, como los indicados en el presente proyecto de Decreto; criterios estos que, por lo demás, no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación..., para seleccionar al contratista que corresponda y precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado»¹⁸. Considera, en suma, que el órgano de contratación podrá

¹⁸ NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 216.

Sobre la posibilidad de introducir criterios sociales en otras fases del procedimiento de contratación

concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operan tales criterios y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Por seguir con esta misma argumentación favorable al establecimiento de pautas sociales como criterios de adjudicación del contrato administrativo, cabe mencionar también que el Consejo Económico y Social, en su sesión ordinaria de 27 de mayo de 1998, establece cómo los criterios con arreglo a los cuales se verifica la adjudicación del contrato con la Administración no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que han de venir integrados con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. En concreto, fines como la promoción del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el puesto de trabajo o la contratación con empresas de economía social, son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación. Ciertamente, la Ley no ha de imponer en todos los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco ha de ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos aspectos a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista¹⁹.

¹⁹ El parecer del CES fue rebatido en el voto particular formulado por uno de sus consejeros (Sr. Pastor RODRÍGUEZ-PONGA), quien expresa su opinión afirmando que «no se trata en modo alguno de ir contra objetivos tan respetables como la promoción y estabilidad del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores y el medio ambiente...», sino que el alcance del voto particular tiene su razón de ser en los siguientes argumentos: A) Al no estar definido jurídicamente, en nuestro Derecho, qué son las empresas de economía social, sobra cualquier referencia a las mismas, máxime cuando algunas de esas empresas (consideradas como tales desde una perspectiva política) son grandes organizaciones que no merecen, en modo alguno, mayor protección que el resto de las pequeñas y medianas que no se califican de economía social. B) Por otro lado, es más que dudoso que la normativa de la Unión Europea sobre contratación, posibilite el establecer un sistema de preferencias en la adjudicación de los contratos por razón de los caracteres subjetivos de las empresas (que sí pueden, en cambio, ser tenidas en cuenta en la fase de admisión). C) Finalmente, desde la perspectiva de política de empleo, debe tenerse muy presente que si bien las nuevas técnicas pueden llegar a producir una innecesariedad de mano de obra directa, no menos cierto es que en la creación y producción de estas técnicas se emplea otra mano de obra cualificada, que podría verse

En fin, de esta incipiente línea interpretativa tampoco se apartan algunos pronunciamientos de los órganos judiciales internos que han sentado cómo en el supuesto de que «los criterios de selección se encuentren directamente relacionados con el objeto del contrato, sean objetivos y aplicables a todos los participantes, no cabe apreciar vulneración de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación por el hecho de que no todos los interesados puedan cumplir con los mismos»²⁰.

Cierto es, pues, que el órgano de contratación debe adjudicar el contrato «de conformidad» a los criterios establecidos, sin tener en cuenta nuevas pautas no previstas en el pliego o que no se deduzcan de una interpretación y aplicación razonable de los mismos. No menos cierto resulta tampoco que, en ningún caso, podrá el pliego ni el órgano de contratación en interpretación del mismo introducir criterios de carácter personal, no objetivo o discriminatorio. Ahora bien, de conformidad con la interpretación doctrinal anteriormente trascrita, refrendada por el Consejo Económico y Social de la Unión Europea, por el Consejo de Estado Español, por el Consejo Económico y Social y por algún pronunciamiento de la jurisdicción española, es posible incluir, entre los criterios cualitativos de adjudicación, aquellos que tengan por fin satisfacer «necesidades sociales» propias de categorías especialmente desfavorecidas (singularmente discapacitados o también parados de larga

seriamente perjudicada por la concesión de preferencias a otros sectores de trabajadores. De ahí que se considere que debería haber sido eliminada del Dictamen del CES, toda referencia a esa cláusula social».

²⁰ STSJ, Cont-Admtivo, Cataluña, de 28 de mayo de 2004 (TOL 475055). Por su interés cabe hacer referencia también a la STS, Cont-Admtivo, de 27 de junio de 2006 (rec. 337/2004), en virtud de la cual ha de entenderse que «una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa, valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (el 20 por 100 en el caso concreto) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato, ni ser calificado de invalorable o susceptible de aplicación arbitraria...; antes al contrario, la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia... y, en definitiva, pueden ser perfectamente valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa». En el mismo sentido, STSJ, Cont-Admtivo, de 30 de mayo de 2003 (TOL 423349).

Sobre la posibilidad de introducir criterios sociales en otras fases del procedimiento de contratación

duración, por ejemplo) o tendentes al bienestar general siempre que tengan relación con la finalidad del contrato²¹.

Afortunadamente esta propuesta ha sido recogida por el legislador español, en el artículo 134 de la LCSP, cuyo tenor literal establece: «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, 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, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo».

La diferencia respecto de lo previsto en el anterior artículo 86 de la LCAP es, pues, abismal. Ahora, por fin, se cuenta ya con el reconocimiento expreso, en la legislación básica, de los criterios sociales como aptos para ser incluidos entre los baremos de adjudicación. De este modo, la consideración de los valores sociales debe entenderse, no como un elemento ajeno y que puede perjudicar la ejecución del contrato, sino como una aportación más que puede influir, de forma positiva, en la elección de la oferta más ventajosa y en la concreta ejecución del vínculo contractual.

²¹ SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Actuaciones preparatorias, tramitación de expedientes de contratación y adjudicación de los contratos», en AA.VV.: *Comentario a la ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a edición, Madrid, 2004, pág. 463.

En todo caso, los parámetros sociales deberán de ser objetivos y su aplicación uniforme a todos los empresarios, de modo que no podrán ser discriminatorios ni restrictivos del principio de concurrencia de las licitaciones públicas²². Es claro que la oposición empresarial a este tipo de cláusulas no tiene otro fundamento que el sacrosanto principio de la libre competencia. Pero, con la debida transparencia, estas cláusulas sociales en poco dañan a este postulado. Debidamente publicitadas, todas las empresas serán conocedoras de los criterios a utilizar por la Administración a la hora de adjudicar el contrato, y todas podrán acomodar a los mismos su política de gestión laboral para concurrir en igualdad de condiciones con las demás²³. Aquellas empresas caracterizadas por dar ocupación a mano de obra discapacitada podrían resultar, pues, beneficiadas.

Ahora bien, pese a estos importantes avances, derivados de la nueva redacción del artículo 134 LCSP, la introducción de las cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación del contrato no llega a alcanzar la cota más deseable, pues la obligada relación con la prestación demandada no siempre es fácil de justificar²⁴. El problema reside, sobre todo, en el hecho de que el «esnobismo europeo» vuelve a dar señales de vida como consecuencia de las expresiones limitativas copiadas, cómo no, de los criterios de la Comunidad Europea, no en vano la promoción de la contratación de los colectivos con problemas de inserción laboral, la estabilidad en el empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales o la contratación con empresas de economía social, son factores objetivos que pueden influir en la selección del contratista más adecuado, situándose entre los fines prioritarios de actuación de los poderes públicos

²² STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00.

²³ ROMÁN VACA, E.: «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 210.

²⁴ GIMENO FELIÚ, J.M.: «Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público», *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 14, 2006, pág. 33.

en atención a las demandas sociales, pero, al tiempo, pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la normativa patria, lo cual impediría (o al menos dificultaría) la acreditación de la concurrencia de los requisitos exigidos en el pliego respectivo²⁵. Sólo, desde esta perspectiva, cabe entender las tres restricciones a la utilización de las exigencias sociales como pautas de valoración de las ofertas, que el artículo 134 de la LCSP menciona:

1. En primer lugar, que, reconociendo abiertamente la aplicabilidad de los criterios sociales en el artículo 134 de la LCSP, se hable al mismo tiempo de «oferta económicamente más ventajosa», en lugar de «oferta más ventajosa», sin más adjetivos ni adverbios restrictivos. Como con acierto ha afirmado la doctrina, la oferta más ventajosa no debe ser únicamente la más barata en precio. Puede serlo también la que genera mayores ventajas en creación de empleo de calidad, en inserción laboral de sectores desfavorecidos, en prácticas contra la discriminación por razón de sexo o en cualesquiera otras líneas de política social. Así —y a título meramente ejemplificativo—, no cabe duda de que una mayor estabilidad en el mercado laboral ocasiona menos gastos en prestaciones por desempleo; más presencia de discapacitados en las plantillas de las empresas conlleva menos gastos en auxilios dinerarios y sanitarios (no se olvide la tremenda repercusión que el desempeño de un trabajo normal puede, psíquicamente, suponer para una persona también normal pero que por su discapacidad ha llegado a ser tratada como distinta); una más acentuada preocupación por la prevención de riesgos laborales conduce al consiguiente ahorro de prestaciones económicas y reparadoras de la salud de los trabajadores; una mayor tasa de ocupación de personas en situación de exclusión social acarrea un menor gasto en servicios sociales...; en fin, la lista podría ser interminable.

²⁵ Informe 44/98, de 28 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

2. En segundo término, que se insista en que los criterios estén directamente «vinculados al objeto del contrato», condicionando tales parámetros a la calidad de la prestación como tal, lo cual, a veces, es difícil de materializar. Esta limitación olvida que el concepto de calidad de la oferta sólo tiene sentido como tal en los suministros ordinarios, cuyas cualidades técnicas preexisten a la propia propuesta; circunstancia que no se da en los contratos de obras o servicios, porque, en estos últimos, la mayor o menor probabilidad de una ejecución idónea sólo puede presumirse en función de la experiencia previa y la idoneidad de los medios humanos y materiales a disposición de la empresa. La posibilidad de que la utilización de criterios relacionados con la experiencia y características de la organización productiva se reduzca así (y de forma bastante limitada) a los procedimientos restringidos, en los que resulta imposible rechazar ofertas de multinacionales y de grandes empresas, porque siempre pueden contrarrestar sus fallos y fraudes con la acreditación de otras prestaciones correctas y con el peso de su propia imagen, perjudica a la pequeña empresa y a la entidad de carácter social, que, por lo demás, son las únicas que verdaderamente van a correr el riesgo de ser expulsadas en un procedimiento restringido²⁶.

De este modo, la vinculación de las posibles cláusulas sociales con el objeto del contrato las hace prácticamente inviables en la fase de adjudicación, lo cual parece contradecir lo dispuesto en diversos preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En efecto, este Tratado señala, entre sus objetivos, el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir un nivel de ocupación elevado y duradero, luchando contra las exclusiones (art. 136). Para alcanzar tales objetivos, la Comunidad apoyará la acción de los Estados conducente, entre otros aspectos, a la integración de las personas excluidas del mercado laboral [artículo 137.1 h)], a la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a las oportunidades

²⁶ PÉREZ-ILLARBE, J.A.: «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, pág. 26.

en el mercado laboral [artículo 137.1 i)] o, en fin, a la lucha contra la exclusión social [artículo 137.1.j)]. A poco que se detenga uno en ello, resulta evidente que las cláusulas sociales, como criterio de adjudicación de los contratos públicos, coadyuvan seriamente a la consecución de los objetivos del artículo 136 del Tratado, y constituyen acciones de los Estados que la Comunidad debe apoyar según lo dispuesto en el artículo 137, razón por la cual la exigencia de que estas cláusulas tengan que estar necesariamente vinculadas al objeto del contrato puede estar violentando nada menos que las previsiones del Derecho Comunitario originario²⁷.

3. Y, en tercer lugar, que la satisfacción de las exigencias sociales deba responder 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, supone también una grave limitación (más aún, si cabe, que las anteriores) que el legislador no debería haber impuesto, pues será preciso identificar en cada caso este tipo de necesidades. En ciertas ocasiones dicha tarea resultará sencilla, tal y como sucede cuando la Administración que paga una renta mínima o un ingreso mínimo de inserción, contrata con empresas que dan empleo a perceptores actuales o potenciales de dicho subsidio o cuando la Administración, que proporciona ayudas directas o indirectas a personas en situación o riesgo de exclusión social, contrata con empresas que tengan a su servicio personal de este tipo. Pero en otros muchos supuestos —la mayoría— la cuestión puede complicarse en exceso.

Es más, esta restricción puede chocar con ciertas previsiones comunitarias, señaladamente y al menos para determinados colectivos, con la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del

²⁷ ROMÁN VACA, E.: «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario», cit., pág. 310.

principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación²⁸.

La primera de estas dos normas dispone, en su artículo 7, bajo el sugestivo título de «acción positiva y medidas específicas», lo siguiente: «1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos relacionados en el artículo 1 (religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual). 2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral».

La segunda de las Directivas mencionadas, también bajo el título de «acción positiva», dispone que «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la realidad la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral». Dicho precepto es todavía más elocuente en su literalidad: «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá en ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

²⁸ ROMÁN VACA, E.: «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario», cit., pág. 310.

En fin, vistas las previsiones de estas dos Directivas, cabe llegar a la conclusión de que la inclusión de las cláusulas de calidad social entre los criterios de adjudicación de los contratos no constituye sino una acción positiva a favor de ciertos colectivos (singularmente el de los discapacitados) que no debe ser limitada sino potenciada, no en vano intentan acelerar el proceso de igualación de oportunidades y compensar una situación histórica y tradicional de inferioridad²⁹. La LCSP (pese al avance que supone al incluir «la satisfacción de exigencias sociales» entre los criterios de valoración de las proposiciones) debería haber sido más consecuente con el planteamiento efectuado en su Exposición de Motivos y haber establecido los mecanismos necesarios para la incorporación de «consideraciones de tipo social» en el proceso de contratación pública, configurándolas como criterios de valoración de las ofertas sin otro tipo de cortapisas distintas a la garantía del principio de libertad de establecimiento y prestación de servicios exigidos por la normativa comunitaria. Tal forma de proceder hubiera contribuido, sin duda, a elevar las reducidas tasas de empleabilidad de los discapacitados y de otros excluidos sociales, contribuyendo a paliar la segmentación del mercado laboral español.

14.2. Como condiciones de ejecución

La posibilidad de supeditar las adjudicaciones de los contratos públicos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales se muestra ya con claridad en el Libro Verde de la Contratación Pública de la Unión Europea, el cual en su apartado 5.42 establece la imposición, como condición de ejecución de los contratos administrativos adjudicados, del respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo, a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas

²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pág. 200.

categorías desfavorecidas, entre las que ocupan un lugar muy destacado los minusválidos³⁰. La respuesta común formulada por la Comisión Europea a las preguntas escritas E-0816/00 y E-0817/00³¹ se manifiesta, igualmente, a favor de «plantear, como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social..., (pues ello no supone sino) un compromiso de los licitadores para adoptar determinadas medidas si se les adjudica el vínculo contractual».

También la Comunicación Interpretativa, de 15 de octubre de 2001, determina con claridad que: «es ante todo en la fase de ejecución, es decir, una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del mismo que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo... En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones —aplicables a la ejecución del contrato— de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o a evitar la diversidad racial o étnica; de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT o de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional».

³⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro*, presentado el 27 de noviembre de 1996.

³¹ DOCE C-374E, de 28 de diciembre de 2000.

Sobre la posibilidad de introducir criterios sociales en otras fases del procedimiento de contratación

En este mismo sentido —y utilizando prácticamente idénticos términos—, el considerando 33 de la Directiva 2004/18 reitera que «las condiciones de ejecución de un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras (y reiterando casi textualmente lo dispuesto —y ya transcrito— por la Comisión Interpretativa), las obligaciones —aplicables a la ejecución del contrato— de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo en el supuesto de que éstos no se hubieran aplicado en el Derecho nacional o de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.»³².

En el Derecho interno —y siguiendo este modelo—, el artículo 102 de la LCSP va a permitir, también, que se supedita la adjudicación de contratos al cumplimiento, por parte de quien resulte adjudicatario, de 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 Unión Europea o garantizar el respeto de 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».

Este reconocimiento expreso de la posibilidad de aplicar criterios sociales en la fase de ejecución del contrato proporciona un plus importante de segu-

³² FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, cit., pág. 234.

ridad jurídica, pues, hasta este momento, venía siendo necesario ampararse en el conocido precepto general de la legislación de contratos según el cual «la Administración podrá concertar los pactos... que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración» (art. 4 LCAP —actual artículo 25 LCSP—). Ahora ya no habrá inconveniente alguno en establecer criterios objetivos como, por ejemplo, pudiera ser exigir a la empresa adjudicataria la contratación de parados de más de cuarenta y cinco años o con más de uno o dos años en situación de desempleo, jóvenes sin empleo hasta determinada edad, personas con minusvalías, víctimas de violencia de género, excarcelados, ex internos de centros tutelares de menores, personas en rehabilitación por toxicomanías o alcoholismo, perceptores de rentas mínimas o de inmigrantes que aún no han cumplido el período previo de empadronamiento exigido para ello, discapacitados o personas incluidas en programas para eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral y, sobre todo —y por lo que aquí interesa—, discapacitados. También se le podrá requerir al contratista el desarrollo de una adecuada política formativa de los trabajadores, la garantía de unas condiciones de trabajo dignas, el respeto al principio de igualdad de trato u otras actuaciones tendentes a la satisfacción de otras exigencias sociales consideradas prioritarias por parte de la Administración contratante. Únicamente es necesario que tales condiciones de ejecución sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato³³.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, un pacto materializado en el pliego de condiciones particulares en este sentido implica una determinación específicamente convenida por ambas partes contratantes que ha de ser considerada como de aplicación preferente a la normativa legal genérica siempre que no contradiga la misma³⁴. Es importante comprender, pues, que el contrato, en manos de la Administración, no es sólo un instrumento

³³ Dictamen del Consejo de Estado número 514/2006, de 25 de mayo.

³⁴ STS, Cont-Admtivo, de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999/2289).

de intercambio de bienes y servicios sino, sobre todo, una herramienta de gestión de intereses públicos: la posición vicaria o ministerial de quien ostenta un *munus u officium* y que se ve asistido de potestades, peculiar posición jurídica mezcla de deber y derecho y, en consecuencia, irrenunciable para el sujeto que la recibe³⁵.

Por supuesto que las condiciones de ejecución no deben ser directa o indirectamente discriminatorias, ni primar a los licitadores locales o nacionales, debiendo además señalarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, no en vano la cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato, pues se refiere a la ejecución de éste. Las empresas, al participar en una licitación, se comprometen, en consecuencia, a cumplir el requisito social señalado en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no aceptara la obligación en cuestión no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada³⁶. Por esta misma razón, en caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos, el órgano de contratación puede optar por resolver la contratación o por imponer penalidades, según disponga el pliego, sin que quede garantizado, no obstante, que lo así recaudado se destine a compensar a aquellas empresas perjudicadas por el incumplimiento de las cláusulas sociales aquí analizadas; antes al contrario, cada Administración debe preocuparse de que así sea en el caso concreto³⁷, lo cual no es mucho decir, pues se deja en manos de los poderes públicos la reparación del daño causado a los licitadores a los que no se les adjudicó el contrato. De hecho, el examen de la doctrina del Consejo de Estado³⁸ y

³⁵ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 99.

³⁶ LESMES ZABALEGUI, S.: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 81.

³⁷ PÉREZ-ILLZARBE, J.A.: «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, pág. 29.

³⁸ Dictámenes 1191/1993, de 25 de noviembre y 3811/1998, de 8 de octubre.

de la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁹ revela una manifiesta tendencia a favor del mantenimiento de los vínculos (sin proceder a la resolución de los mismos) al estimarse con carácter general que ésta es la solución que mejor defiende los intereses públicos a los que los contratos sirven siempre, sin perjuicio de la imposición al contratista de las sanciones que procedan y de la exigencia de responsabilidad por los daños que su incumplimiento haya ocasionado⁴⁰.

La cuestión principal queda, pues, situada en determinar las vías mediante las cuales puede la Administración verificar el efectivo incumplimiento por el empresario adjudicatario de sus compromisos sociales adquiridos como condiciones de ejecución. Sería necesario, por tanto, extremar el cuidado en garantizar que la organización productiva que ha obtenido el contrato administrativo quede sometida a la obligación de soportar auditorías sociales externas destinadas a acreditar el respeto a tales exigencias, información de la que luego se servirá la Administración para adoptar o no la decisión de mantener o extinguir los vínculos adquiridos⁴¹. También sería interesante que el Ente público pudiera exigir el acceso directo a los centros de trabajo de sus adjudicatarios, para poder comprobar de primera mano (a través de técnicos en la materia) el respeto de los parámetros sociales recogidos en los pliegos, llegando incluso a reservarse la facultad de poder realizar entrevistas privadas a los trabajadores que allí presten servicios para que, libre y anónimamente —ajenos a todo tipo de presión—, puedan describir la situación laboral realmente existente⁴².

³⁹ STS, Cont-Admtivo, de 14 de diciembre de 2001 (RJ 1433).

⁴⁰ BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007, págs. 43 y ss.

⁴¹ BAYLOS GRAU, A.: «Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de la exigibilidad judicial», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 66, 2004, págs. 272 y ss.

⁴² ÁLVAREZ CIVANTOS, O.J.: *Mercado sostenible y responsabilidad social (Hacia la responsabilidad social de los actores sociales)*, Granada, 2006, pág. 142.



Sobre la posibilidad de introducir criterios sociales en otras fases
del procedimiento de contratación



Rodeado de estas garantías, el establecimiento de condiciones de ejecución del contrato tendentes a obligar a los empresarios a incorporar a sus plantillas a trabajadores discapacitados podía ser de gran utilidad para este colectivo, pues contribuirá a elevar su baja tasa de empleabilidad.

15. REFLEXIÓN FINAL

La inserción laboral de las personas con discapacidad es, desde luego, uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente) tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este grupo social sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores. Un paso importante en el intento de mejorar la calidad de vida de los discapacitados en cuanto ciudadanos titulares del conjunto de todos los derechos humanos, ya sean civiles o sociales, económicos y culturales, removiendo y eliminando los obstáculos que impidan su participación en la vida social y, en particular en la vida laboral, puede encontrarse en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la cual se establecen ciertos mecanismos destinados a promover un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios privados, utilizando el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten actuaciones que los poderes públicos desean fomentar: por lo que aquí interesa, la mejora de los índices de empleabilidad de este grupo social en un mercado cada vez más segregado.

Ahora, no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públi-

cos, sino que, sin quebrar esta premisa, la disposición adicional 6.^a de esta nueva Ley tiene en cuenta también el carácter transversal in genere que es aplicable a ciertos contratos administrativos a la vista de las características de los sujetos (entidades empresariales que den ocupación a un porcentaje de trabajadores superior al 2 por 100, empresas de inserción, asociaciones sin ánimo de lucro u organizaciones de comercio justo) respecto de los que se predica una preferencia en la adjudicación, siempre y cuando concurra una equivalencia entre ofertas más ventajosas.

Ahora bien, pese a este importante avance en aras de la tan ansiada justicia social a favor de una de las calificadas como «capas más débiles» del mercado de trabajo (léase las personas discapacitadas), lo cierto es que la incidencia de los criterios de desempate a la hora de proceder a la atribución de un determinado vínculo contractual administrativo, previstos en los pliegos de cláusulas particulares (tal y como exige la LCSP), va a quedar bastante relegada en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, no en vano en una valoración en la que se incluyen décimas o centésimas de puntos resulta difícil un equilibrio técnico entre distintas propuestas que justifique la inclinación de la balanza a favor de aquella oferta que más contribuya a elevar los índices de ocupación del colectivo aquí analizado.

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

Es más, no es esta la única previsión que la Ley 30/2007 dedica a favorecer las condiciones de empleabilidad de las personas con discapacidad.

Antes al contrario, en otros muchos preceptos se recogen medidas tendentes, directa o indirectamente, a la consecución de este loable objetivo: la integración de este colectivo, evitando la conversión de sus limitaciones personales en barreras sociales. La reserva de participación para los centros especiales de empleo, las prohibiciones para contratar con la Administración por parte de aquellos empresarios que hayan sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y no discriminación de las personas con discapacidad, la acomodación de las prescripciones técnicas al parámetro de accesibilidad universal... son muestras, todas ellas, significativas de esta tendencia. En el mismo sentido, la introducción de consideraciones sociales en otros momentos del proceso de licitación, singularmente como criterios de valoración de las ofertas y como condiciones especiales de ejecución del contrato, proporciona un plus de importante seguridad en aras a conseguir que el contrato administrativo no sea sólo un trueque de bienes y servicios sino una herramienta de gestión de intereses públicos tan legítimos como el fomento en el empleo de quienes no aseguran un rendimiento laboral óptimo.

En fin, el proceso en pro del establecimiento y desarrollo de un marco jurídico de lucha contra la discriminación e igualdad en el trabajo de las personas con discapacidad, aun cuando con limitaciones, constituye un hecho irrefutable en el diseño de la LCSP. Procede seguir avanzando por esta senda, pues la paridad de oportunidades en el empleo constituye, a la postre, uno de los instrumentos esenciales para garantizar un igual disfrute de los derechos fundamentales, al tiempo que se convierte en una importante garantía de tutela en la lucha contra la exclusión social. La entidad de los bienes en juego demuestra que aún queda mucho por hacer para llevar, de una vez por todas, a la discapacidad allí donde corresponde en la esfera de los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la no discriminación.