

**Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.**

**I. ANTECEDENTES**

El Presidente de la Asociación de Centros Especiales de Empleo de Aragón se dirige con fecha 21 de octubre de 2010, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

Según los últimos datos publicados por el INE, en Aragón residen 111.600 personas que tienen reconocido oficialmente un grado de discapacidad igual o superior al 33%, de las cuales 40.200 se encuentran en edad laboral. Según los datos extraídos de los últimos informes del INAEM, se encuentran activas solamente 14.200 personas con discapacidad, de las que 1.630 trabajan en CEE y el resto en la empresa pública o privada.

En la Patronal de Centros Especiales de Empleo de Aragón, entidad que aglutina el 54% de los centros especiales de empleo de Aragón y representa al 68% de los trabajadores con discapacidad que trabajan en los mismos, nos han surgido diversas dudas en referencia a distintas cuestiones que afectan a contratación administrativa y que tienen una incidencia directa en los centros que representamos.

En este sentido queríamos consultar lo siguiente:

1.-Posibilidad de aplicar con cierto grado de obligatoriedad en los diversos ámbitos de la Administración Aragonesa la disposición adicional Séptima de la Ley 30/2007 de contratos del sector Público, en el sentido de que se aplique fomentando la reserva de contratos a centros especiales de empleo.

En el sentido antes aludido comprobamos desde esta Organización Patronal consultante que en un número relevante de órganos de contratación de carácter autonómico, existe una sensibilidad alta ante la aplicación de la citada Disposición Adicional Séptima. Sin embargo, esta misma sensibilidad en la contratación hacia el mundo de la discapacidad no queda tan manifiesta en el entorno de la Administración Municipal.

2.-Establecimiento de un criterio unificado en los Pliegos de contratación, como criterio de legalidad de justificación documental por parte de los licitadores de cumplir con la condición de contratar el cupo establecido legalmente de personas con discapacidad y posibilidad que su no mantenimiento durante la ejecución del contrato, suponga la resolución del mismo.

3.-En el ámbito de aplicación del artículo 102 de la Ley de Contratos del Sector Público , nos gustaría conocer la posibilidad de aplicación con cierto grado de obligatoriedad que como criterio de adjudicación el número de personas con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato.

4.-Posibilidad de establecer unas instrucciones de contratación de carácter generalizado a la Administración Autonómica, y órganos dependientes, así como a la Administración Local por los órganos jerárquicamente superiores a los órganos de contratación, en las que se recoja la obligación de reservar un cupo específico a la contratación reservada a centros especiales de empleo.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 1 de diciembre de 2010, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

El Sr. Presidente de la Asociación de Centros Especiales de Empleo de Aragón es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 i) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

## **II.- Sobre la incidencia de los criterios sociales en la contratación pública. Repercusiones prácticas.**

Una idea previa, necesaria para abordar la cuestión de fondo planteada en este Informe, es la relativa a la posibilidad de utilizar la contratación pública como un instrumento o herramienta al servicio de políticas públicas como lo es la política social y, en concreto, la integración en la contratación pública del denominado tercer sector. Tal posibilidad encuentra su justificación en las esencias propias del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y de nuestra Constitución, que reconocen entre sus fines la promoción de «un alto nivel de empleo y de protección social».

Y así se explica la declaración que se contiene en la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP):

«Incorporando en sus propios términos y sin reservas las directrices de la Directiva 2004/18/CE, ... las principales novedades afectan a la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger pautas de adecuación de los contratos a nuevos requerimientos éticos y sociales, como son los de acomodación de las prestaciones a las exigencias de un “comercio justo” con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo como prevé la Resolución del Parlamento Europeo en Comercio Justo y Desarrollo [2005/2245 (INI)], y que permitan ajustar la demanda pública de bienes y servicios a la disponibilidad real de los recursos naturales....»

Los criterios sociales –junto con los medioambientales, tal y como se explicaba en nuestro Informe 1/2006-, están admitidos y fomentados por las Instituciones Comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una potestad al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, el medio ambiente y la integración social), permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE. Y si la contratación pública es un medio al servicio de fines públicos,

entre los que se encuentran los fines sociales, podría concluirse que quienes se encuentran sujetos a la normativa reguladora de la contratación pública tienen una responsabilidad de atender a dichos fines públicos, incluidos los sociales.

Como antecedentes, cabe citar el Libro Verde: "La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro" de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 1996, COM (96) 583 final, en cuya parte expositiva se reconoce que *la política de contratación pública tiene una incidencia positiva sobre otras políticas comunitarias y que la reglamentación sobre contratación pública puede igualmente contribuir a cumplir los objetivos de la política social y del medio ambiente*. En su Capítulo V añade que:

*«Los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de adjudicación de sus contratos, ya que las adquisiciones públicas pueden constituir un importante medio de orientar la actuación de los operadores económicos. Entre los ejemplos que ilustran esta situación, pueden citarse las exigencias legales en materia de protección del empleo y de las condiciones de trabajo, cuya aplicación es obligatoria en el lugar en que se ejecuta un contrato de trabajo, o las denominadas "acciones positivas", es decir, la utilización de un contrato público como medio de conseguir el objetivo deseado, por ejemplo la constitución de un mercado cautivo para un taller protegido, del cual no cabe esperar que haga frente a la competencia de empresas comerciales tradicionales con una productividad normal».*

La utilización de criterios sociales en el contexto de políticas públicas activas no supone una práctica restrictiva de la competencia, sino que suponen una adecuada regulación de la misma. La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja que en la selección de un contratista se pueda exigir o valorar el nivel de cumplimiento de la legislación sobre política social y en concreto, de integración al sector productivo de las empresas con discapacitados.

En relación a la posibilidad de incluir criterios de adjudicación que integren aspectos sociales, cabría admitirla cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto

del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001) por lo que su valoración puede no resultar factible en todas las fases de la licitación. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (STJCE) de 26 de septiembre de 2000, Asunto Comisión/Francia, considera que la inclusión de una cláusula relativa al empleo, relacionada con la lucha contra el desempleo, no es por sí, contraria a Derecho Comunitario:

«50 (la Directiva) no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, apartado 29).

51 Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de condición ».

En este contexto se explica la previsión del artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, que reconoce la potestad de los Estados de reservar, sin que la norma delimite cuantitativamente la reserva, a talleres protegidos el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, o su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, en los siguientes términos:

*«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».*

Puede concluirse en la legalidad –amén de la conveniencia- de la

inclusión de los aspectos sociales, así como de la reserva de contratos en atención a ese fin, en los procesos de licitación pública, siempre que guarden relación con la prestación demandada.

### **III. Naturaleza de la reserva de contratos prevista en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.**

Tras estas reflexiones de carácter general procede analizar las cuestiones objeto de consulta. La primera cuestión que se plantea alude a *la posibilidad de aplicar con carácter obligatorio la previsión de la DA 7ª LCSP, en el sentido de que se aplique fomentando la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo*, disposición que establece:

*«Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición».*

La opción de reserva, que incorpora la Ley de Contratos como novedad en su DA 7ª, tiene su origen y fundamento, como ya hemos citado, en el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos públicos. Precepto se justifica en el Considerando 28 de la Directiva de contratos públicos, que señala:

*«El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido».*

En este sentido, tanto la Directiva 2004/18/CE como la citada DA 7ª LCSP regulan la reserva de contratos, en la lógica instrumental de las políticas públicas, con carácter potestativo y no obligatorio. Con este carácter igualmente no imperativo se regula también la reserva de contratos en la DA 8ª.2 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, en relación con los contratos de los distintos entes de la Administración Autonómica:

*«En relación con los contratos de los departamentos y organismos autónomos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Gobierno de Aragón, mediante acuerdo, podrá reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación a centros especiales de empleo, así como reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido de conformidad con lo previsto en la DA 7ª LCSP. En el resto de entes del sector público autonómico, la competencia para efectuar dicha declaración de reserva corresponderá a sus respectivos órganos de contratación».*

Otras legislaciones autonómicas, en cambio, han optado por hacer obligatoria la reserva de contratos. Es el caso de Navarra, donde el artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra dispone la obligación de reservar contratos por un importe mínimo del 6% de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.

Del marco descrito se deduce que, al no existir una norma legal que prescriba la obligación de reservar contratos, queda a criterio del órgano de contratación la utilización de esta posibilidad.

#### **IV. Forma de documentar el cumplimiento de la exigencia de contratación de personas discapacitadas y efectos de su incumplimiento durante la ejecución del contrato.**

En segundo lugar se consulta acerca de la posibilidad *de establecimiento de un criterio unificado en los Pliegos de Contratación, como criterio de legalidad de justificación documental por parte de los licitadores de cumplir con la*

*condición de contratar el cupo establecido legalmente de personas con discapacidad y posibilidad que su no mantenimiento durante la ejecución del contrato, suponga la resolución del mismo.*

Esta segunda cuestión que se plantea engloba, a su vez, dos cuestiones. La primera relativa a la justificación documental de acreditar el cumplimiento de una particular obligación de carácter social (contratación de minusválidos) y la segunda sobre los efectos de su incumplimiento una vez adjudicado el contrato.

La primera pregunta debe resolverse desde una doble perspectiva. Una primera es la perspectiva del licitador, relativa a cómo justificar el cumplimiento de la obligación de algunas empresas de emplear trabajadores minusválidos que deriva del artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), que en su redacción dada por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, dispone:

*« Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 % sean trabajadores minusválidos...*

*De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83, números 2 y 3 del 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, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente».*

El incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 38 LISMI se encuentra tipificado como infracción grave en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (artículo 15.3). Y como muy grave se califica en el artículo 16 del mismo texto legal – recientemente modificado por Ley 35/2010, de 17 septiembre- :



*«la aplicación indebida o la no aplicación a los fines previstos legal o reglamentariamente de las donaciones y acciones de patrocinio recibidas de las empresas por fundaciones y asociaciones de utilidad pública, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad».*

La sanción que corresponde a estas infracciones de la normativa social la tipifica el artículo 49.1 de la LCSP, que en su apartado c) señala la prohibición de contratar con el sector público como consecuencia 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»*

En cuanto a la justificación documental de la ausencia de causas de prohibición para contratar, el artículo 62.1 LCSP señala:

*«La prueba, por parte de los empresarios, de no estar incursos en prohibiciones para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional.»*

De manera consecuente con este artículo 62.1, el artículo 130.1.c) LCSP exige que en el momento de presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos los licitadores aporten únicamente *una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar*. Por lo tanto, no sería conforme a derecho exigir en ese trámite de la licitación una mayor justificación documental en relación con el cumplimiento de este requisito.

La segunda perspectiva que debe tomarse en consideración para resolver esta primera cuestión planteada es la del órgano de contratación. Luego de haber determinado la proposición económicamente más ventajosa podrá requerir al licitador para que acredite –con la carga documental exigida- el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente en esta concreta materia (la integración de minusválidos), en aplicación del artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Recuérdese, llegados a este punto, que procederá promover la declaración en prohibición de contratar al empresario que haya falseado la declaración responsable exigida para poder participar en el proceso de adjudicación (artículo 49.1.e) LCSP).

La segunda cuestión que se plantea se refiere a los efectos del incumplimiento de la citada obligación de mantener contratados en su plantilla un porcentaje de trabajadores minusválidos durante la fase de ejecución del contrato –es decir, si se produce una prohibición de contratar sobrevenida-. Conviene recordar que el criterio general es que las prohibiciones se constatan al momento de adjudicación y que las causas de las mismas en fase posterior no se proyectan sobre el contrato que se ejecuta. Para conseguir que dicho incumplimiento operase como causa de resolución sería necesario que tal previsión se incorporase de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando tal incumplimiento como causa de resolución del contrato. Es cierto que el artículo 206 LCSP no la recoge expresamente como causa de resolución de los contratos, pero puede incluirse como tal en el Pliego en la medida que el citado artículo permite que se incorporen como causas de resolución de un contrato el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

En consecuencia, solo si se incorporase en los pliegos o en el contrato el no mantenimiento del cupo de trabajadores con discapacidad establecido legalmente como una obligación esencial en toda la ejecución del contrato, podría llegar a constituir causa de resolución del mismo.

#### **V.- Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato.**

La tercera cuestión planteada parece un tanto confusa, al mezclar criterios de adjudicación con criterios de ejecución, aunque, de la redacción podría deducirse que se pregunta sobre el alcance de las condiciones de

ejecución del artículo 102 LCSP. En todo caso, resulta conveniente fijar criterio sobre ambas posibilidades.

La Directiva 2004/18/CE recoge en su Considerando 46 la posibilidad de utilizar aspectos sociales como criterios de adjudicación, si bien no hace referencia a ellos en su articulado (artículo 53.1). La LCSP -artículo 134- detalla, con carácter no exhaustivo, entre los criterios de valoración de las ofertas a *las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de las exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar.... Tales criterios deberán estar directamente vinculados al objeto del contrato.*

Tal y como ya se informó por esta Junta en el Informe 1/2006, de 14 de diciembre, sobre “buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas”, *los elementos medioambientales pueden servir para determinar la oferta económicamente más ventajosa, en aquéllos casos en que suponga una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación. Pero, insistimos, deberán estar relacionados –aun de forma indirecta- con el objeto del contrato y no con la cualificación del contratista (pues ese aspecto guarda relación con la solvencia empresarial).*

En cuanto a la directa vinculación con el objeto del contrato, es importante destacar para la correcta interpretación de esta cuestión en relación con los criterios medioambientales y sociales, que la STJCE de 17 de septiembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland, admitió que *no cabe excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora*, de modo que pueda tenerse en cuenta la mayor ventaja económica no sólo en beneficio directo del poder adjudicador, sino también las ventajas económicas indirectas con el objeto del contrato, pero directas con los fines públicos perseguidos por áquel. En esta

misma línea se ha posicionado la STJCE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.

Además, los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador, pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJCE de 4 de diciembre de 2003, Asunto EVN y Wienstrom, lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores.

Por otra parte, como criterio de adjudicación no pueden incluirse aspectos ligados al elemento empresarial. En todo caso, como bien recuerda la STJCE de 24 de enero de 2008, Asunto Lianakis, cuya doctrina confirma la STJCE de 12 de noviembre de 2009, Asunto Comisión República Helénica, no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

«26 Se desprende de la jurisprudencia que, ... la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato... son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes ...

27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») ...

28 Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en ... o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa ...

30 Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión. »

Esto significa que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la cualificación del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación; tal y como ha venido a recordar la STJCE de 4 de junio de 2003, Asunto GAT. Por ello, si queremos que esa cualificación empresarial –por ejemplo, relativa al ámbito de protección de discapacitados– sirva no sólo como criterio de admisión sino como criterio de valoración–ponderación debe ser instruido un procedimiento restringido (entre otros, Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 53/97, de 2 de marzo de 1998, 18/98, de 30 de junio de 1998, 44/98, de 16 de diciembre y 22/00, de 6 de julio).

Cuando se citan criterios como el empleo de trabajadores minusválidos, la estabilidad de la plantilla, el índice de siniestrabilidad laboral, difícilmente se puede justificar su relación con la prestación demandada. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 53/08, de 29 de enero de 2009, «Medidas que contribuyan y fomenten la integración de personas discapacitadas» afirma que no es posible exigir la utilización como criterio de adjudicación del número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato, porque tal criterio no cumple el requisito de estar vinculado directamente al objeto del contrato.

En cualquier caso, y respondiendo a la cuestión concreta, no es admisible que se valore como criterio de adjudicación el número de personas con discapacidad *en plantilla*, siendo que lo único apreciable en el momento de la valoración de la oferta es la relación con el objeto del contrato y sus condiciones de ejecución.

Una única matización la podemos encontrar en la Disposición Adicional Sexta LCSP, que fija una preferencia en la adjudicación, en situación de empate, entre empresas respecto la oferta más ventajosa económicamente, a favor de

empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento; empresas dedicadas a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social; entidades sin ánimo de lucro en contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial. El apartado 4 de la disposición referida también establece una preferencia de adjudicación en situación de empate, a favor de las Organizaciones de Comercio Justo que ofrezcan productos en los que exista esta alternativa. Son, ciertamente, previsiones de dudosa eficacia práctica, al limitar o condicionar su aplicación a una eventual y poco probable situación de empate.

Una segunda opción en relación a la consulta que se analiza se refiere a a posibilidad de imponer con carácter imperativo la contratación, con vistas a la ejecución del contrato, de un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo. Tal posibilidad es admitida por la Directiva 2004/18/CE en su Considerando 33, como condición especial de ejecución de los contratos, no como criterio de adjudicación. Condiciones de ejecución que que se regulan el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, cuando dispone que:

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

Al respecto, conviene recordar que esta cuestión fue ya objeto de análisis en nuestro Informe 6/2009 relativo a consideraciones sobre el establecimiento de condiciones especiales de ejecución de los contratos.

El artículo 102.1 LCSP, dedicado a las condiciones especiales de ejecución del contrato, que incorpora el artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, dispone que:

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

De este precepto se infiere que es posible una condición de ejecución como la propuesta, con la prevención de que existen dos límites en la aplicación de cláusulas contractuales de carácter social, o «*condiciones de ejecución del contrato*», en el marco de la libertad de pactos que pueden establecer las partes: de un parte el principio de igualdad y no discriminación —que no sean directa o indirectamente discriminatorias— y, de otra parte, el principio de publicidad —que el contenido de las citadas cláusulas se señale en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones—. Si se respetan estos límites podremos afirmar que las cláusulas contractuales de carácter social, como «*condiciones de ejecución del contrato*», son conformes al ordenamiento jurídico vigente.

Obligación como condición de ejecución cuyo incumplimiento posibilita expresamente la resolución del contrato, tal y como se previene en el artículo

102.2 LCSP, siempre que así se haya previsto de forma expresa en el pliego. Obviamente, esta Junta considera conveniente advertir que el problema principal que plantea esta opción es que pueden derivarse problemas prácticos en los casos de incumplimiento de dichas cláusulas contractuales lo que obligaría a una resolución -con el consiguiente perjuicio al interés general- o a que se ejecute sin cumplir dichos criterios, con lo que el fin perseguido no se cumpliría. Por ello, esta posibilidad –aun conveniente- debe ser analizada con precaución recogiendo igualmente en el pliego penalidades contractuales muy severas que “disuadan” al licitador de su incumplimiento.

#### **VI. Posibilidad de establecer, mediante instrucciones, cupos de reserva en favor de Centros Especiales de Empleo.**

La cuarta de las cuestiones planteadas solicita criterio acerca de la *posibilidad de establecer unas instrucciones de contratación de carácter generalizado en las que se recoja la obligación de reservar un cupo específico a la contratación reservada a centros especiales de empleo*. Nuevamente la pregunta sugiere distintas posibilidades de respuesta.

La primera es el establecimiento, para todas las entidades del sector público aragonés, de la obligación de reservar contratos en favor de centros especiales de empleo. Pues bien, la posibilidad de excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, en tanto supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública, no es admisible que se pueda articular mediante unas “instrucciones de contratación”. Por tanto, a juicio de esta Junta -como ya se señaló en nuestro Informe 17/2008, de 21 de julio-, la única forma es que mediante una norma con rango de Ley se reserve directamente la participación en procedimientos de adjudicación a unos destinatarios concretos, fijando a través de sus actos legislativos un porcentaje mínimo del volumen de contratación que quede



reservado a determinados sectores. De esta manera, se da plena efectividad al objetivo buscado por la Directiva. En el caso de no establecer ese mínimo, y permitir que sea cada órgano de contratación el que decida si reserva o no un contrato (hablando la normativa que “la Administración podrá reservar...”), puede llevar, simplemente, a que ningún órgano de contratación realice esa reserva, dejando vacía de contenido la previsión de la Directiva europea (como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley Foral de la Comunidad Foral de Navarra 13/2009, de 9 de noviembre, de modificación del artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos).

Norma con rango de Ley que podrá dictar la Comunidad Autónoma de Aragón en tanto el artículo 75.12ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, atribuye a la Comunidad Autónoma de Aragón, en el ámbito de las competencias compartidas, ejercer el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en normas con rango de ley, en materia de contratación. En todo caso, como se señalaba en el Informe 17/2008, de 21 de julio, parece aconsejable que, de regularse esta modalidad, se prevea que el importe de los contratos no supere determinado umbral, tanto por contrato como de volumen global, a efectos de evitar una indeseable distorsión de la competencia. Así lo ha advertido el TJCE – Sentencias de 18 de noviembre de 1999, Asunto Unieron, y de 7 de diciembre de 2000 en el Asunto Telaustria- señalando que para los contratos públicos no regulados por las Directivas resultan admisibles regulaciones estatales o prácticas de reserva de contratos en favor de ciertos grupos de personas como los discapacitados, siempre que *no supongan una discriminación directa o indirecta en relación con proveedores de los demás Estados miembros, ni constituyan una restricción injustificada de los intercambios*. Es decir, el establecimiento de cupos de reserva de contratos públicos en favor los Centros Especiales de Empleo, deberá necesariamente respetar el Derecho comunitario y, en particular, los principios de proporcionalidad, igualdad y transparencia.

Igualmente, por mor del principio de transparencia los anuncios de licitación y de adjudicación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente tal configuración.

Sin alcance general, sino particular, y ceñidas al ámbito de cada organización, resultaría igualmente posible la aprobación de resoluciones administrativas que apostasen por la reserva singular de un contrato. De hecho, la Ley de Servicios Sociales hace referencia, precisamente, a la posibilidad de que:

*«el Gobierno de Aragón, mediante acuerdo, podrá reservar la participación en los correspondientes procedimientos de adjudicación a centros especiales de empleo, ... En el resto de entes del sector público autonómico, la competencia para efectuar dicha declaración de reserva corresponderá a sus respectivos órganos de contratación».*

El carácter obligatorio de esas reservas lo determinaría el hecho de emanar el instrumento en el que se incluyesen del órgano superior al que corresponda el establecimiento de las directrices de actuación (el Gobierno, el Pleno del Ayuntamiento, el Consejo de Administración de una Sociedad Mercantil, etc...).

Ya sin carácter vinculante, podrían igualmente elaborarse otros instrumentos que fomentasen entre los órganos de contratación las reservas de contratos. A título de ejemplo, podrían citarse una Orden del Consejero competente, una Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (del estilo de la que publicó como Informe 1/2006, de 14 de diciembre, sobre buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de obras públicas), o el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y Organismos Públicos dependientes, publicado por Orden del Ministerio de la Presidencia 116/2008, de 21 de enero (BOE de 31 de enero de 2008)), o una Directriz de la Corporación Empresarial

Pública de Aragón SLU para el buen gobierno de las empresas participadas, en el ámbito del sector público aragonés.

Al margen de que unas resulten obligatorias y otras no, con todas las opciones descritas se puede conseguir, al menos, el objetivo didáctico de fomentar la utilización de los contratos reservados a centros especiales de empleo, posibilitando así una adecuada articulación de las distintas políticas públicas.

### **III. CONCLUSIONES**

- I. Los criterios sociales están admitidos y fomentados por las Instituciones Comunitarias, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es un instrumento al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, el medio ambiente y la integración social) permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE. Por ello, tanto la Directiva 2004/18/CE – artículo 19-, como la DA 7ª LCSP regulan la reserva de contratos con carácter potestativo, no obligatorio, para los órganos de contratación mediante cada licitación. Actualmente, con la normativa vigente, no es posible la aplicación con carácter obligatorio de la previsión de la DA 7ª LCSP.
  
- II. La declaración responsable, aportada en el momento de presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos por los licitadores, es la forma de documentar el cumplimiento de la exigencia legal de contratación de personas discapacitadas. Resulta posible la incorporación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como causa de resolución del contrato, el incumplimiento sobrevenido a la adjudicación de las obligaciones impuestas por la legislación vigente en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

III. No es admisible la pretensión de exigir como criterio de adjudicación la obligación del número de personas con discapacidad en plantilla vinculadas directamente a la ejecución del contrato, por cuanto no guarda relación con el objeto del mismo. Tampoco sería admisible que se valore como criterio de adjudicación el número de personas con discapacidad *en plantilla*, siendo que lo único apreciable en el momento de la valoración de la oferta es la relación con el objeto del contrato y sus condiciones de ejecución. Por el contrario, sí que resultaría correcto establecer en el pliego, ex artículo 102 LCSP, una condición de ejecución como la propuesta.

IV. La posibilidad de excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública reservado a los “Estados miembros”, que debe necesariamente realizarse por norma con rango de ley. La Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia para regular tal reserva, siguiendo el modelo de otras Comunidades Autónomas.

Igualmente, sería posible que se aprobara algún “instrumento administrativo” que sirva de guía a los órganos de contratación.

**Informe 16/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de diciembre de 2010.**