

Informe 10/2018, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales, se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio de fecha 26 de marzo de 2018, en el que solicita informe sobre el Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad, el cual adjunta.

El Anteproyecto sometido a informe consta de un índice, una exposición de motivos y una parte dispositiva integrada por ochenta artículos (agrupados en doce títulos), cuatro disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

En la Exposición de Motivos se justifica la tramitación de esta norma como un nuevo avance en el asentamiento de la obligación de los poderes públicos de garantizar una atención específica a personas con discapacidad, obligación reconocida tanto en el ordenamiento jurídico español como en el ordenamiento jurídico internacional.

Así, y pese a existir una normativa que configura el marco básico de los derechos de las personas con discapacidad, tanto a nivel estatal - a través de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo texto refundido se aprobó mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre -, que se desarrolla a nivel autonómico, - mediante la Ley 5/2009 de 30 de junio de servicios para las personas con discapacidad en Aragón -, esta nueva norma se define como garante de la necesidad de una

norma de carácter transversal que aglutine medidas y acciones públicas dirigidas a favorecer a personas con discapacidad en todos los ámbitos posibles de la gestión pública, ya sea éste de carácter sanitario, laboral, educativo, relativo a servicios sociales, ocio, cultura, accesibilidad, y también necesariamente en el ámbito de la contratación pública.

Concretamente a la contratación pública, se dedica un extenso artículo 70 del Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad, artículo que se ubica en el Capítulo I dedicado a la planificación y actuaciones publicas, en el seno del Título XI denominado «*De la Gobernanza en materia de personas con discapacidad*».

A lo largo del resto del articulado del Anteproyecto, se efectúan en ocasiones, otras referencias indirectas a cuestiones de contratación pública con la finalidad de garantizar por ejemplo la necesaria accesibilidad de las personas discapacitadas en cualquier espacio destinado a un uso público, ya sea este de titularidad pública o privada.

Respecto a estos preceptos que se refieren a una contratación pública socialmente responsable, con cláusulas sociales de acción positiva destinadas a procurar el empleo de las personas con alguna discapacidad, son sobre los que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 11 de abril de 2018, 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 Secretario General Técnico del Departamento de Ciudadanía y Derechos Sociales, es órgano competente para formular solicitud de informe a esta Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) de su Reglamento de organización y funcionamiento.

II. Consideraciones generales.

Las cláusulas sociales en los procesos de licitación pública son disposiciones que tienen como finalidad la inclusión en la contratación pública de elementos ponderables de carácter social, más allá de los meramente técnicos o económicos, a través de medidas concretas dirigidas a favorecer la promoción de empleo de personas que deban ser socialmente protegidas.

Entre ellas, las personas con discapacidad física o intelectual, son uno de los grupos sociales cuya protección viene especialmente garantizada por la Constitución Española en el artículo 49, en concordancia con los artículos 9 y 14 como principios rectores de la política social y económica, dentro del Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales.

También tienen reflejo en los artículos 20, 23 y 25 del Estatuto de Autonomía de Aragón que recogen la integridad social económica y laboral de las personas con discapacidad, como parte de los objetivos básicos que tiene la Comunidad Autónoma, con la finalidad primordial de prohibir expresamente la discriminación por motivos de discapacidad, según expresa la exposición de motivos de este Anteproyecto.

Las cláusulas sociales pueden establecerse en la contratación pública en cualquiera de sus fases procedimentales de admisión, adjudicación o ejecución.

Entre las posibles cláusulas sociales como un requisito previo o criterio de admisión se encuentra por ejemplo la reserva de determinados contratos a centros especiales de empleo.

Como elemento de valoración en la adjudicación, el establecimiento en los pliegos de licitación de criterios sociales de adjudicación directamente o bien como desempate, otorgando mayores puntuaciones al licitador que se comprometa a subcontratar con un centro especial de empleo una parte del contrato o a la empresa que se comprometa a emplear para la ejecución del contrato un mayor número de personas con discapacidad.

Finalmente, también podemos encontrar cláusulas sociales como una obligación o exigencia de ejecución a través de condiciones especiales de ejecución del contrato, mediante una reserva parcial de la ejecución del contrato a favor de estos centros especiales de empleo o empresas de inserción.

Respecto a la aplicación de las cláusulas sociales en materia de contratación, se ha pronunciado en diversas ocasiones esta Junta Consultiva de Contratación a través por ejemplo del Informe 1/2015, sobre la incorporación de cláusulas de contenido social, laboral y medio ambiental en los Pliegos que rigen las licitaciones de los contratos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, o mediante el Informe 16/2015 que aclara diversas cuestiones derivadas precisamente de esa incorporación de aspectos sociales en los contratos públicos.

La promulgación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014,(en adelante LCSP) define el marco jurídico básico en materia de contratación pública, y refuerza la dimensión social de la contratación pública

buscando el objetivo de la contratación social, de forma que convergen diversos aspectos relacionados con la regulación del Anteproyecto objeto de informe.

Dependiendo de los distintos niveles de vinculación que tienen sus artículos en función del carácter básico o no del precepto, permitirá al Anteproyecto objeto de examen un desarrollo de esta contratación social con mayor o menor amplitud.

Así por ejemplo, la disposición adicional cuarta de la LCSP, aun en cuanto precepto en su mayor parte de carácter básico, regulador de la reserva de contratos públicos a centros especiales de empleo de interés social y a empresas de inserción social, avala sin lugar a dudas la regulación autonómica que en esta materia realice por la normativa aragonesa a través de este Anteproyecto, puesto que la disposición adicional se limita a señalar que *«mediante Acuerdo del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción»*.

Es decir, esta reserva de contratos no es potestativa, sino que se obliga a todas las administraciones públicas a efectuarla, pero la LCSP no determina ni los sectores a reservar ni los porcentajes de contratación que a esta reserva deben destinarse, - (salvo para las entidades del sector público estatal con carácter de precepto no básico) - , quedando a elección de cada administración pública el importe de la inversión pública que quiere destinar a este concepto, sin existir un límite ni superior ni inferior para ello.

Esta oportunidad de regulación se aprovecha por el Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad, del mismo modo que ya venía haciendo anteriormente la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, que a su vez regulaba este

porcentaje de contratos reservados a través de la correspondiente Ley de Presupuestos de cada año, de forma obligatoria.

Además de la posibilidad de reserva de la totalidad de un contrato, el nuevo artículo 99 de la LCSP, en su apartado tercero, establece que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

Teniendo este precepto el carácter de básico, con esta nueva regulación, no solo será posible la reserva de contratos completos sino también la reserva de determinados lotes dentro de un contrato.

No obstante, debemos recordar que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, el artículo 7 de la ley 3/2011, en ejercicio de su derecho a delimitar el ámbito de la reserva, la circunscribió a los contratos de servicios y suministros, quedando excluidos con carácter general los contratos de obras. Así lo ha interpretado el TACPA en el Acuerdo 62/2017.

Como curiosidad recordar que la nueva LCSP determina que en los procedimientos de contratación en los que se aplique esta reserva, no será exigible la garantía definitiva regulada en el artículo 107 de la LCSP, salvo en los casos en que, por motivos excepcionales, se considere necesario y así se justifique motivadamente en el expediente, invirtiéndose la regla general en estos procedimientos.

III. Análisis de los preceptos del Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad relativos a la contratación pública.

En uso de las competencias de desarrollo en esta materia que amparan al legislador aragonés, el primer apartado del artículo 70 del Anteproyecto, resume el compromiso destinado a todas las Administraciones Públicas ubicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma Aragón, así como de sus organismos

públicos, de realizar una contratación pública socialmente responsable que específicamente procure el empleo de personas con discapacidad y la accesibilidad universal de los servicios públicos, para lo cual el artículo dispone de las siguientes tres medidas:

1) Exigencia a las empresas licitadoras que acrediten el cumplimiento de la obligación de reserva legal de empleo para personas con discapacidad, o la adopción de las medidas alternativas correspondientes que vengan previstas en la normativa.

La obligación legal a la que se refiere el Anteproyecto se encuentra recogida en la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (artículo 42), cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, que establece que *«toda empresa pública o privada con 50 o más trabajadores tiene que reservar el 2% de su plantilla para la contratación de personas con discapacidad»*.

Cuando el cumplimiento de esta obligación no sea posible, por ejemplo por cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven especial dificultad para incorporar a trabajadores con discapacidad, la propia ley establece un periodo excepcional y transitorio de tres años en los que la empresa puede acogerse a adoptar unas *«medidas alternativas»* de integración, hasta que pueda contratar a personas con discapacidad, tales como realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo con discapacidad (para el suministro de bienes o para la prestación de servicios ajenos), o la realización de donaciones y acciones de patrocinio.

Por su parte, la nueva LCSP ha regulado el incumplimiento de esta obligación como una expresa prohibición de contratar, en el apartado d) del artículo 71, con el carácter de precepto básico, si bien condiciona su aplicación a un desarrollo reglamentario.

También con carácter básico el artículo indica que la acreditación del cumplimiento de esta cuota de reserva, se realizará mediante la declaración responsable que presenta el licitador, - documento más declarativo que acreditativo – al menos hasta que se habilite alguna forma de acreditación alternativa mediante la emisión de un certificado administrativo específico.

El Anteproyecto objeto de informe, en términos similares a los que establece el artículo 71 de la LCSP, exige que todas las empresas licitadoras – y no solo el adjudicatario del contrato público – acrediten que cumplen con esta obligación social de empleo de al menos una persona con discapacidad por cada 50 trabajadores en la empresa.

Y, sin embargo, resulta impreciso en cuanto a la forma de llevar a cabo la acreditación misma, pues nada dice, por lo que siendo de carácter básico todo el apartado d) del artículo 71 de la LCSP, esta acreditación deberá canalizarse a través de la declaración responsable del artículo 140, que en el caso de Aragón generaliza a través del DEUC, documentos que por lo general son siempre declarativos pero que en definitiva no acreditan hechos.

Por ello, dado que, la redacción del apartado segundo del artículo 70 del Anteproyecto no aporta ninguna novedad, y en tanto que supone la reiteración de una obligación laboral que ya ese encuentra regulada, se considera que es una regulación innecesaria, más aun cuando impone una carga administrativa excesiva, al exigir que se esta obligación se acredite, -sin determinar como hacerlo -, por todos los licitadores que participen en el procedimiento, cuando ya el artículo 71 de la LCSP establece que los licitadores acreditarán que no incurren en esta prohibición de contratar mediante la declaración responsable del artículo 140.

2) Obligación de realizar una reserva de adjudicación de contratos públicos a centros especiales de empleo, estableciendo el porcentaje de reserva en un 6 % del importe anual de la contratación.

La disposición adicional cuarta de la LCSP, en su apartado primero como precepto básico, establece la necesidad de fijar los porcentajes mínimos de reserva de contratos o bien de lotes de un contrato, que se reservan para que participen exclusivamente centros especiales de empleo «*de iniciativa social*» - (adjetivación que se introduce como novedad con respecto a la regulación de la reserva social anterior) – y a empresas de inserción.

La disposición final decimocuarta de la LCSP, también de carácter también básico, define lo que se debe entender por centro especial de empleo de iniciativa social, mediante la modificación de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad a través de un nuevo apartado cuarto en su artículo 43, y lo fundamenta en la ausencia de ánimo de lucro o bien en la reinversión íntegra de sus beneficios en el propio centro especial de empleo o en otro.

En todo caso, la nueva calificación como «centro especial de empleo de iniciativa social» requerirá el correspondiente registro oficial de la entidad por el órgano competente encargado de verificar la acreditación de la misma, supuesto necesario en caso de reserva de contratos, ya que quedarían excluidas las entidades que no cumplan dicha característica.

Del mismo modo, y con independencia de lo anterior, la actividad del centro especial de empleo deberá estar relacionada directamente con el objeto del contrato.

En cumplimiento de este mandato se fija a través de este Anteproyecto, un nuevo porcentaje de reserva para la Comunidad Autónoma de Aragón en el 6 % del importe total anual de su contratación, que eleva considerablemente el porcentaje que se venía estableciendo anualmente mediante las diferentes leyes de Presupuestos.

De hecho, la vigente Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2018, en cumplimiento del mandato que le exige a su vez el artículo 7 de Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón contempla un porcentaje del 3 %, en su disposición adicional decimonovena, que esta referenciado al importe anual de contratación de suministros y servicios precisos para el funcionamiento ordinario de la Comunidad Autónoma, y no al total anual de su contratación.

Esta aparente dicotomía en la regulación podría generar inseguridad jurídica en este ámbito, por lo que se recomienda que, en caso de desear cambiar el porcentaje de reserva de contratos en la Comunidad Autónoma, una correcta técnica normativa exigiría la modificación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón que determina actualmente esta reserva a través de las leyes de presupuestos, en lugar de realizar su regulación en una norma de carácter sectorial, pues de lo contrario podrían llegar a existir tantos porcentajes de reserva de contratos, como leyes sectoriales de carácter social se pudieran tramitar.

Esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronunció sobre la aplicación de estas reservas en el Informe 16/2010, de 1 de diciembre, de consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.

Por último, recordar que, en estos procedimientos con reserva no se exigirá la garantía definitiva, salvo que por motivos excepcionales lo considere necesario el órgano de contratación.

3) Determina un criterio de desempate entre proposiciones igualadas, a favor de la que empresa con un porcentaje de trabajadores con discapacidad, superior al 2 % en plantilla y, en caso de producirse un nuevo empate, a favor de la que disponga de un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla con contratos fijos.

El artículo 147 de la LCSP sobre criterios de desempate es precepto básico de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera de la LCSP, por lo que siendo tan minucioso en su regulación, deja poco margen de regulación de desarrollo a la normativa autonómica para que puede establecer sus propios criterios como venía sucediendo con anterioridad, y por ello se regularon criterios de desempate en el artículo 12 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Con la normativa anterior, el texto refundido de Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) este doble criterio social de desempate a favor del licitador que tuviera en plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al 2 %, y en caso de nuevo empate, a favor de quien cuente con mayor número de trabajadores fijos, se regulaba ya en idénticos términos a la regulación actual de la LCSP, pero en una disposición adicional, la cuarta del TRLCSP, aunque configurado también como de carácter básico.

Por otro lado, tampoco es nuevo para Aragón este criterio de desempate, puesto que la disposición adicional octava de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, ya estableció entonces que:

“Los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón deberán incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de contratos a las empresas que, igualando en sus términos a las proposiciones más ventajosas, justifiquen tener en la plantilla de sus centros radicados en Aragón un porcentaje superior al 2% de trabajadores con discapacidad”.

De esta forma, el Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad, reitera los mismos criterios de desempate que tienen que ver con la protección laboral de la discapacidad y que están establecidos ya tanto en el artículo 147 LCSP como en normativas anteriores que disponen de la misma preferencia.

Por ello, y por los motivos de técnica normativa que ya se ha indicado a lo largo de este informe, se considera que es innecesaria también la redacción de este apartado del Anteproyecto, y se aconseja en general que, por motivos de

seguridad jurídica y con el fin de evitar su dispersión, los criterios de desempate en la adjudicación de los contratos públicos queden regulados de forma uniforme en la legislación específica de contratación pública y no mediante leyes sectoriales que pueden solapar criterios, como ya indicó esta Junta en su Informe 2/2017.

Por último, los artículos 71 y 72 de este Anteproyecto manifiestan la obligación de promover la accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En materia de contratación pública estos criterios de accesibilidad deben estar siempre presentes en el momento de elaborar la documentación técnica, como requiere el artículo 126 de la LCSP, así como en la determinación de los medios de comunicación admisibles en los procedimientos, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, que deberán realizarse igualmente teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño universal o diseño para todas las personas, tal y como exige la disposición adicional decimoctava de la LCSP, teniendo ambos preceptos el carácter de básicos.

Uno de los ámbitos habituales en el que los centros especiales de empleo encuentran un mayor desarrollo profesional es el dedicado a la prestación de diferentes servicios. No se puede obviar la importante regulación que la LCSP realiza en este ámbito con carácter general para todas las empresas sin excepción. Entre las novedades incorporadas en la materia hay que destacar la relativa a la subrogación de trabajadores o el impacto de los convenios colectivos en la contratación pública.

Precisamente en aras a garantizar esta accesibilidad, se recomienda considerar la oportunidad que supone el Anteproyecto de ley sobre discapacidad, para introducir medidas personales y profesionales tales como la adaptación del puesto de trabajo o los ajustes que requieran la eliminación de barreras físicas, flexibilización de horarios, o la adaptación del espacio físico, iluminación o mobiliario, que permitan a la empresa prestadora del servicio que incorpora

nuevos trabajadores con discapacidad, garantizarles una efectiva integración laboral manteniendo la atención personal que de acuerdo a sus condiciones requieran, en aquellos supuestos en los que opere la subrogación laboral de acuerdo con el correspondiente convenio colectivo o norma que así lo establezca, con independencia de que ésta se produzca entre centros especiales de empleo de interés social o entre empresas con diferente categoría.

III. CONCLUSIÓN

En materia de contratación pública, se informa favorablemente el Anteproyecto de Ley de los derechos y la atención a las personas con discapacidad, exclusivamente en el apartado primero del artículo 70 y, desfavorablemente en el resto de los apartados del mismo artículo, dado que con carácter general, su contenido ya es objeto de la misma regulación en las normas vigentes sobre contratación pública, considerándose más adecuada en todo caso, la regulación de estos aspectos por la norma general sobre contratos públicos, ya sea la LCSP o la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, sobre la que se está tramitando actualmente su reforma y adaptación a la LCSP.

Informe 10/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 11 de abril de 2018.