

Las administraciones públicas como instrumento integrador de la diversidad

Cristina Duce Pérez-Blasco
Letrada del Parlamento de Canarias

RESUMEN: El concepto de diversidad funcional ha sufrido una profunda evolución hasta nuestros días cuando se ha concluido que sus causas son sociales por lo que corresponde a la sociedad perseguir su normalización. La aprobación por las Naciones Unidas de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad el 13 de diciembre 2006, impuso a las Administraciones de los Estados firmantes la obligación de contratar a personas de este colectivo. En España, su cumplimiento se lleva a cabo bien a través de la participación en los procesos selectivos convocados a resultados de la ejecución de las ofertas de empleo público aprobadas —que tienen legalmente prevista la reserva de una cuota para las personas con discapacidad— o bien a través de la herramienta de la contratación pública que desde la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), ha permitido grandes avances en la materia.

ABSTRACT: The concept of functional diversity has undergone a profound evolution until today when it has been concluded that its causes are social so it is up to society to pursue its normalization. The approval by the United Nations of the International Convention of Persons with Disabilities on December 13, 2006, imposed on the Administrations of the Signatory States the obligation to hire people from this group. In Spain, its fulfillment is carried out either through participation in the selective processes convened as a result of the execution of approved public employment offers that have legally foreseen the reservation of a quota for people with disabilities, or through the tool of public procurement that since the approval of Directive 2014/24 / EU and its transposition into the Spanish legal system through the Law on Public Sector Contracts, has allowed great progress in the field.

SUMARIO: 1. DIVERSIDAD FUNCIONAL. 1.1. Introducción al concepto de diversidad funcional. 1.1.1. Modelo de prescindencia. 1.1.2. Modelo médico-rehabilitador. 1.1.3. Modelo social-emancipatorio. 1.1.4. Concepto de diversidad funcional. 1.2. Evolución Internacional. 1.3. Evolución europea. 1.4. Evolución en España. 2. FORMAS DE INTEGRAR LA DIVERSIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. 2.1. Prohibiciones de contratar. 2.2. Consultas preliminares. 2.3. Criterios de adjudicación. 2.4. Criterios de

desempeño. 2.5. Condiciones especiales de ejecución. 2.6. Reserva de contratos. 2.7. Jurisprudencia destacada. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. DIVERSIDAD FUNCIONAL

1.1. Introducción al concepto de diversidad funcional

La evolución histórica de la terminología empleada para su definición ha seguido diversas etapas al tratarse de un concepto que no es neutro. Los modelos empleados han sido clasificados por la doctrina de la siguiente forma:

1.1.1. Modelo de prescindencia

Empleado desde la Antigua Grecia, entendía que la discapacidad era un castigo divino por lo que su mera existencia era nociva para la sociedad y se consideraba que la vida de este colectivo carecía de valor al no poder aportar nada a la sociedad. Consecuentemente, eran condenados a la marginación social.¹

1.1.2. Modelo médico-rehabilitador

Surge a principios del siglo XX tras la Primera Guerra Mundial, cuando miles de combatientes sobrevivieron con mutilaciones, lo que obligó a procurar rehabilitación desde parámetros médicos que permitieran tratar a estos sujetos que no debían ser excluidos de la sociedad por la que habían luchado².

1.1.3. Modelo social-emancipatorio

Surge en la década de los 60 del pasado siglo en E.E.U.U. cuando el estudiante de la Universidad de Berkeley, Ed. Roberts, discapacitado, defendió que este colectivo no debía ser juzgado por sus capacidades físicas, sino que se debía cambiar el foco de lo individual a lo social, pues las causas de la minusvalía son sociales y no religiosas o científicas. Las barreras que impiden la plena acción del sujeto en la sociedad deben ser abolidas para permitir su aportación a la sociedad. Cada individuo debe tener derecho a decidir sobre su propia vida con plenitud de derechos y ciudadanía.

¹ Palacios, A. (2008). *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad*. Cinca, Madrid. Pág. 47

² Velarde Lizama, V. (2012). *Los modelos de discapacidad: un recorrido histórico*. Revista Empresa y Humanismo. Volumen XV. Núm. 1. Página 123.

1.1.4. Concepto de diversidad funcional

Sobre la base del último modelo descrito, surge en España, en el seno del “Foro de Vida Independiente” celebrado en el año 2005, esta nueva terminología que pretende poner fin a la concepción imperante de carencia de capacidad. En la actualidad, dentro de la diversidad funcional se encontrarían aquellas personas y hombres que no pueden realizar las mismas funciones de igual manera que la mayoría³ lo que, como afirma Díez Velázquez, depende del contexto social y cultural.⁴ Se trata de una condición inherente al ser humano que puede tener carácter transitorio y circunstancial.

La Real Academia de la Lengua define el término “diversidad” como variedad, desemejanza, diferencia. Y la palabra “funcional” como «perteneciente o relativo a la función»; «Capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos.»

Esta nueva denominación permite abandonar por vez primera la terminología negativa para referirse a este colectivo y refuerza la dignidad inherente al ser humano que plasma el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.»

1.2. Evolución Internacional

Tras la Segunda Guerra Mundial, los gobernantes toman consciencia de la necesidad de que el Estado se preocupe por el bienestar de sus ciudadanos, gracias a lo cual las democracias occidentales han constitucionalizado dicho paradigma bajo cuyo paraguas se ha desarrollado una legislación que ampara a las personas con discapacidad. Muestra de ello es la aprobación por las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, dividida en 50 artículos cuyo objetivo es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.» (art.1).

La Convención se erige como un poderoso instrumento para facilitar la integración de las personas con diversidad funcional pues, entre otras obligaciones, impone a los Estados firmantes salvaguardar y promover el ejercicio del derecho

³ “Foro de Vida Independiente”, comunidad virtual que nace a mediados de 2011 como un espacio reivindicativo y de debate a favor de los derechos humanos y de las mujeres y hombres con todo tipo de discapacidad, basado en el Movimiento de Vida Independiente que empezó en E.E.U.U. a finales de los sesenta.

⁴ Díez Velázquez, E. (2018) *Ciudadanía, identidad y exclusión social de las personas con discapacidad Política y Sociedad*, Volumen 47, núm.1 pág. 117.

al trabajo, incluso para aquellas personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, para lo que deberán adoptar las medidas y legislación pertinente. (art. 27) Asimismo, el apartado g) de este precepto exige a los Estados parte «emplear a personas con discapacidad en el sector público.»

1.3. Evolución europea

El derecho originario de la Unión Europea (UE) recoge continuas referencias a la discapacidad. Así, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E. afirma que «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación.» *A lo que el artículo 26 de la misma Norma* añade que «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.»

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 1957, por su parte, conmina a que la organización comunitaria defina y ejecute sus políticas y acciones tratando de luchar contra toda discriminación, incluyendo la discapacidad.

En el análisis social que la Comisión Europea efectuó en el proceso de elaboración de la pasada Estrategia Europea de Personas con Discapacidad para el decenio 2010-2020, se pudo constatar que uno de cada seis europeos son personas discapacitadas y se encuentran en riesgo de exclusión social y que este colectivo ostenta un índice de pobreza del 70% superior a la media ciudadana, por lo que el empleo constituye el verdadero factor de inclusión social.

Concluido el decenio, se ha aprobado una nueva Estrategia Europea sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el período 2021-2030. Entre las medidas que se proponen se encuentran: la elaboración una base de conocimientos que proporcione información y buenas prácticas sobre accesibilidad en todos los sectores; la creación de una Tarjeta Europea de Discapacidad que prevista para finales del 2023, será de aplicación a todos los países de la U.E. y facilitará que las personas con discapacidad reciban el apoyo adecuado cuando viajen o hagan traslados entre países miembros; la aprobación de unas Directrices que recomiendan mejoras para la vida independiente y la inclusión en la comunidad, con el fin de que las personas discapacitadas puedan acceder a vivir en viviendas accesibles y asistidas en la comunidad o seguir viviendo en su casa; la definición de un marco de servicios sociales de excelencia para las personas con discapacidad que estaría funcionando en 2024; y, finalmente, un paquete para mejorar los resultados en el mercado laboral de las personas con discapacidad.

1.4. Evolución en España

El marco normativo que ampara al colectivo de personas con diversidad funcional se recoge en los artículos 1, 9.2, 24, 35 y 49 de la Constitución Española, precepto este último que la doctrina ha criticado por usar el término “disminuido”, y ha manifestado reiteradamente la necesidad de modificar su redacción para acomodarla con una terminología más amable acorde con los nuevos tiempos.

La primera ley que fue aprobada en la materia fue la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, la cual no contenía condiciones generales de facilitación de la participación de las personas afectadas. Posteriormente, fueron aprobadas, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, la cual preveía actuar de manera directa, no general, promoviendo la igualdad, y la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de empresas de inserción. Finalmente, vio la luz el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo artículo 4.1 define a las personas con discapacidad como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.» Su apartado segundo añade que «Además tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.»

Esta Ley ha venido a imponer tanto a las empresas públicas como privadas que tengan empleados a 50 o más trabajadores la obligación de reservar, al menos, el 2 por 100 de las plazas en plantilla para la contratación de trabajadores con discapacidad, cualquiera que fuere la modalidad de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa.

Finalmente, el art. 43 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, viene a regular la figura de los centros especiales de empleo que son aquellos cuya plantilla está conformada, al menos en un 70 por ciento, por trabajadores con discapacidad y cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado su finalidad asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad. La relevancia de este instrumento de integración social será examinada más adelante al analizar la regulación de la reserva de contratos que prevé la Ley de Contratos del Sector Público.

Nuestro país, en consonancia con la Estrategia Europea sobre los Derechos de las personas con Discapacidad anteriormente mencionada, ha aprobado su

propia Estrategia Nacional para el período 2022-2030, en la que ha fijado los cinco objetivos siguientes en dicho plazo temporal:

1. **Ciudadanía activa y ejercicio de los derechos humanos:** Se pretende cumplir con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, alcanzar la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad, que se cumpla con la legislación que defiende el derecho de las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones con los apoyos que necesiten, y que los procesos judiciales sean accesibles para las personas con discapacidad.
2. **Inclusión social y participación:** Se persigue asegurar la educación inclusiva, aumentar el empleo de las personas con discapacidad en entornos laborales inclusivos, dar apoyos para la mejora de la salud, lograr la accesibilidad y participación para y de las personas con discapacidad en la cultura, turismo, ocio y deporte, y asegurar la participación política de las personas con discapacidad.
3. **Autonomía personal y vida independiente:** Se desea impulsar el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, desarrollar la asistencia personal, la accesibilidad física y económica de la vivienda para las personas con discapacidad, el apoyo a las familias y cuidadores, mejorar la protección contra la pobreza, y acabar con la institucionalización y los tratamientos forzados.
4. **Igualdad y diversidad:** Se persigue el cumplimiento de los derechos de las niñas y las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad que viven en entornos rurales, las personas con problemas de salud mental y las personas con grandes necesidades de apoyo.
5. **Diseño y accesibilidad universal:** Para lo cual se ha de tener en cuenta a las personas con discapacidad en el diseño de políticas públicas, se obliga a cumplir con la accesibilidad universal y a impulsar la investigación para su mejora.

No obstante, a pesar de todos estos esfuerzos, las tasas de actividad y empleo difieren en cuarenta puntos porcentuales entre las personas con discapacidad y sin ella, según datos del INE, al igual que la tasa de paro es de casi un diez por ciento superior para las personas con diversidad funcional que sin ella.

2. FORMAS DE INTEGRAR LA DIVERSIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

A. Vía Directa. Acceso a la función pública

Con el fin de dar cumplimiento a la obligación prevista en el artículo 27 de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, mencionada *ab initio*, el artículo 59 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Públi-

co, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante, TREBEP), impone que en todas las ofertas de empleo público que publicite cualquier Administración se reserve un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad —es decir, que tengan un grado de discapacidad reconocido de, al menos, el treinta y tres por ciento— siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. Dentro de ese siete por ciento, el dos por ciento de las plazas ofertadas ha de ser cubierto por personas que acrediten discapacidad intelectual. El objetivo final es que, progresivamente, se alcance que el dos por ciento de efectivos totales en cada Administración sean personas con discapacidad.

El reciente Anteproyecto de Ley de Función Pública prevé incrementar del siete al diez por ciento la cuota de reserva.

B. Contratación pública estratégica

La Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, señala en su Considerando inicial que la contratación es uno de los instrumentos basados en el mercado que debe utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso eficiente de los fondos públicos. Es a partir de esta Directiva cuando se produce un cambio de paradigma y se llega a la conclusión de que la contratación pública, que supone el 16% del PIB nacional, constituye una herramienta útil para procurar la integración social del colectivo con diversidad funcional y conseguir así su normalización.

Es por ello que el Estado español, en la transposición de esta norma, ha recogido varios preceptos que subrayan este cambio de planteamiento como son el art. 1.3 de la LCSP, el cual sostiene que en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales, siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como un uso más eficiente de los fondos públicos. Se desecha con ello el objetivo perseguido hasta entonces de adjudicar el contrato a la oferta más económica en favor de aquella que permita aunar calidad y precio. Los arts. 28.2 y 122.2 LCSP, confirmando lo dicho por el anterior precepto, obligan a los órganos de contratación a valorar la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como criterios de solvencia y adjudicación de los contratos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en los procedimientos de contratación pública.

El Informe 1/2006, de 14 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “buenas prácticas medioambientales a considerar en la contratación de las obras públicas”, señalaba que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica

al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

Con el fin de dar cumplimiento a esta previsión, se creó por Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública y llevar a cabo una acción coordinada en el sector público. Entre los integrantes de la Comisión se encuentran representantes de todos los Ministerios, del Consejo Nacional de Discapacidad, de la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector y de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

A continuación, se analizarán los distintos instrumentos que la LCSP ha previsto para alcanzar la máxima integración socio-laboral de las personas con discapacidad empleando la contratación pública como herramienta.

2.1. Prohibiciones de contratar

Se definen como «impedimentos legales para poder contratar con una entidad del tercer sector público al desclasificar de los procedimientos de adjudicación a quienes incurran en una serie de supuestos o circunstancias recogidos en la normativa contractual.»⁵

Su regulación se encuentra recogida en el art. 71, cuyo apartado b) señala que constituye una prohibición para contratar «el haber sido sancionado con carácter firme por haber cometido una infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad (...), o por infracción muy grave en materia laboral o social (...); o por las infracciones muy graves previstas en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (...).» En el apartado d) se incluye además el «no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social (...); o, en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad (...).»

Respecto a la última de las prohibiciones, la doctrina ha reconocido que la cuota de reserva es un sistema de acción directa positiva para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, no obstante lo cual se ha cuestionado su eficacia dado que la única forma de acreditar la circunstancia de no hallarse

⁵ Media Arnaiz, T. (2018) *Las prohibiciones de contratar*. En AAVV. (dir. Gimeno Feliu, J.M.^a) *Estudio sistémico de la Ley de Contratos del Sector Público*. Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición.

incurso en esta prohibición de no haber alcanzado el dos por ciento de los contratos de la mercantil a favor de personas con diversidad funcional, es cumplir el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC). Se trata de un formulario normalizado para todos los Estados miembros de la U.E. que consiste en una declaración de la situación financiera, las capacidades y la idoneidad de las empresas para un procedimiento de contratación pública, que contiene una simple declaración firmada por el operador económico. Todo ello sin perjuicio de que el sistema español, al definir la cuota de reserva legal señalada, regula al mismo tiempo un régimen sancionador por incumplimiento.

Otra crítica que la doctrina plantea a la efectividad de esta prohibición es que el sistema español también prevé un régimen compensatorio, es decir, ha regulado —bien a través de acuerdos recogidos en negociación colectiva sectorial o bien por voluntad del empresario y notificados a la autoridad laboral— una serie de medidas alternativas para el caso de no alcanzar la cuota del 2%. Entre dichas medidas, el art. 2 del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, recoge:

- a) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida.
- b) La celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.
- c) Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.
- d) La constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato, con un centro especial de empleo.

La inclusión de estas medidas alternativas potencia los Centros Especiales de Empleo, pero no favorecen la inclusión ni el cumplimiento de la cuota de reserva recogida en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, por lo que terminan empañando la efectividad de las prohibiciones para contratar.

2.2. Consultas preliminares

Constituye una novedad en la ley permitir a los órganos de contratación, antes del inicio del expediente de licitación, realizar consultas al mercado o a los operadores económicos y así lograr una adecuada selección y redacción de criterios sociales y concretar el nivel de responsabilidad social o concluir si los Centros Especiales de Empleo y las Empresas de Inserción o de Economía Social operan en el sector a contratar.

Asimismo, el órgano de contratación podrá determinar con carácter previo la conveniencia de llevar a cabo una reserva de lotes a favor de estos centros en lugar de licitar un único objeto de contrato.

2.3. Criterios de adjudicación

Tal y como se ha señalado anteriormente, la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cláusulas sociales, medioambientales o de innovación como criterios de adjudicación va a permitir seleccionar la oferta que suponga la mejor relación calidad-precio. Con ello, se abandona la posición economicista hasta entonces imperante que obligaba a seleccionar únicamente la oferta más barata. La nueva regulación permite combinar criterios económicos y cuantitativos en los que se incluyan criterios sociales.

El art. 145.2 LCSP conmina a los órganos de contratación a incluir cláusulas sociales en los pliegos que atiendan «al fomento de la integración social de las personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social.»

Si anteriormente se exigía que los criterios de adjudicación estuvieran vinculados directamente con el objeto del contrato, en la nueva norma tal requisito se ha flexibilizado al afirmar el apartado 6 del artículo 145 LCSP que la vinculación se producirá cuando el criterio se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida (en este último caso, entre esos factores se encuentran los que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, con especial referencia a las formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas) o en el proceso de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Por todo ello, se puede concluir que la evolución del término de “relación con el objeto del contrato” favorece la inclusión social de las personas con discapacidad.

2.4. Criterios de desempate

A pesar de que es harto infrecuente que en una licitación se produzca un empate a puntuación entre licitadores, el legislador ha previsto en el artículo 147 LCSP un *numerus clausus* de criterios para dirimir la igualdad, procurando nuevamente fomentar la inclusión social. Así en caso de empate este se resolverá a favor de:

- a) La licitadora que cuente con mayor porcentaje de personas con discapacidad empleadas en la empresa siempre que supere el mínimo legal previsto en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, es decir, del dos por ciento en empresas de más de 50 trabajadores. Desempatará aquel que *“disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.”*
- b) De persistir el empate, este se dirimirá a favor de la proposición presentada por empresas de inserción constituida con arreglo a las previsiones de la Ley 44/2007 para la regulación del régimen de las empresas de inserción.
- c) En su defecto, se resolverá a favor de las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro cuya finalidad tenga relación directa con el objeto del contrato, en los casos de adjudicación de contratos de prestaciones de carácter social o asistencial.
- d) Si, a pesar de lo anterior, se mantuviera la igualdad, la adjudicación se llevará a cabo a favor de los contratos cuyo objeto sean productos donde exista alternativa de comercio justo, es decir, ofertas presentadas por organizaciones de comercio justo.
- e) Finalmente, y de forma subsidiaria, el contrato se resolverá a favor de empresas que, tras la finalización del plazo de presentación de ofertas, hayan incluido medidas de favorezcan la igualdad mujer-hombre.

2.5. Condiciones especiales de ejecución

Otra de las novedades de la LCSP es la inclusión, en la fase de ejecución del contrato, de condiciones especiales de ejecución siempre que se hallen vinculadas al objeto del contrato, que no sean directa o indirectamente discriminatorias, que sean compatibles con el Derecho de la Unión Europea y así se indique en el anuncio de licitación y en los pliegos (art. 202 LCSP).

Estas condiciones especiales pueden ser de tipo social, medioambiental, o relacionadas con la innovación y, en el caso de las primeras, las de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos derechos reconocidos en la Convención de las

Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior a la que exige la legislación nacional (actualmente 2% en empresas públicas o privadas que cuenten en plantilla con 50 o más trabajadores); y promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción.

El establecimiento de este tipo de condiciones presenta el riesgo de que puedan resultar discriminatorias, en cuyo caso se incoaría un procedimiento de revisión de oficio para declarar su nulidad, o puedan pretender incluir obligaciones que ya se encuentran legalmente previstas, como la obligación de subrogación del personal ocupado en el servicio. Pero, siendo eso cierto, en ningún caso el establecimiento de este tipo de cláusulas debe suponer la contravención de principios fundamentales de la contratación pública, como es el de no discriminación entre licitadores. Por eso, no resultan infrecuentes las resoluciones que recuerdan a los órganos de contratación que su facultad (y obligación) de prever este tipo de condiciones en los pliegos no es ni mucho menos absoluta.

Así lo manifestó, entre otros, el Tribunal Administrativo Contractual de Cataluña (Resolución núm. 293-2018) que incide en el tratamiento específico y diferenciado que la LCSP hace sobre la obligación de subrogación (artículo 130 LCSP) y las condiciones especiales (artículo 202 LCSP) del siguiente modo: “Así, mientras las condiciones especiales de ejecución se configuran como obligaciones contractuales que se imponen al contratista en la ejecución del contrato para cumplir, no solo la realización de las prestaciones contratadas, sino también el componente social, ético, medioambiental o de otro orden que el poder adjudicador pretende alcanzar a la vez con el contrato, la subrogación laboral es una medida de estabilidad laboral que, a pesar de ser loable la voluntad del poder adjudicador de asegurarla en su contratación, no le resulta un ámbito disponible”. Se trata, sin duda, de una doctrina muy consolidada (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: Resoluciones 668/2017, 576/2017, 405/2017; Tribunal Administrativo de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 268/2017, 183/2017, 144/2017 y 235/2016; Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León; Resoluciones 76/2017 y 69/2013; Tribunal Supremo-Sala Social, sentencias de 12 de diciembre de 2017 y 23 de enero de 2017; Tribunal Supremo-Sala Contenciosa Administrativa, sentencia de 23 de enero de 2017) pero aún hoy no es extraño encontrar algún pliego que pretende crear, *ex novo*, esta obligación de subrogación laboral.

Como ejemplos de condiciones de ejecución especial se encontraría la exigencia de que al menos el 20 % del personal adscrito a la ejecución del contrato tenga contrato indefinido, o que en caso de producirse nuevas contrataciones o sustituciones, se siga manteniendo ese porcentaje de contratación indefinida. Con ello, se busca una mayor estabilidad en el empleo, dado que se trata de un efecto natural y habitual cuando las condiciones del sector o de la empresa lo

propician. Otro caso fue el incorporado en los pliegos para la licitación del Servicio de salvamento, vigilancia, socorrismo, seguridad y atención personalizada al baño asistido en las playas de Palma donde se preveía como condición especial de ejecución del contrato la Inserción laboral de personas con dificultades de acceso al mercado laboral. Condición especial que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales consideró ajustada a Derecho (Resolución núm. 897/2019, de 31 de julio).

2.6. Reserva de contratos

En la disposición adicional cuarta de la LCSP se dispuso que por Acuerdo del Consejo de Ministros u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, se fijaran porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos.

Este precepto es el resultado de la transposición del art. 20 de la Directiva 2014/24/UE, citada, que reguló la necesidad de “reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos u operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de las personas con discapacidad y desfavorecidas.” La razón de ser del precepto fue recogida en el Considerando 36 de la Directiva en el que se afirmaba que “el empleo y la ocupación contribuyen a la integración de la sociedad y son los elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.”

Para el Estado se fija un mínimo del 7% de los contratos, que podrá verse incrementado hasta el 10% a los cuatro años de la entrada en vigor de la LCSP sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV incluidos en el Anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva.

No obstante, como la disposición adicional cuarta no constituye legislación básica, tanto las Comunidades Autónomas como las Entidades Locales disponen de libertad en su establecimiento. Así, Navarra ha situado la reserva en el

seis por ciento del importe global de sus contratos⁶; Castilla La Mancha,⁷ en el ocho por ciento ; Andalucía,⁸ en el cinco por ciento; en Canarias⁹ oscilará entre un porcentaje mínimo de un dos por ciento y máximo de un cuatro por ciento del volumen de contratación del sector público autonómico del último ejercicio cerrado a centros especiales de empleo, empresas de inserción y programas de empleo protegido, etc...

Los contratos susceptibles de reserva son los recogidos en el Anexo IV, que incluye en la modalidad de servicios los siguientes contratos: contrato de limpieza; servicio de recogida y reciclaje; servicios forestales; servicios de lavandería: de hostelería y catering; de transporte, de imprenta, servicios sociales; de almacenamiento y reparto; hospedaje y turismo rural. En la modalidad de suministros se contemplan los siguientes: producción y venta de plantas de temporada, de compost; de planta y arbusto; de mobiliario de jardín; de producción y venta de jabones de mano; de producción y venta de herramientas de cocina de madera; de venta de mobiliario de carpintería; de venta y distribución; artículos para eventos; regalos y obsequios.

Dentro de esta obligación de reserva, la Disposición Adicional 48.^a permite, de forma potestativa, que los órganos de contratación de los poderes adjudicadores puedan reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV, ya señalados, siempre y cuando estas organizaciones cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero.
- b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o, en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.

⁶ Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos modificada por la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre

⁷ Ley 10/2019, de 20 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2020. (DA 15.^a)

⁸ Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía (art. 76)

⁹ Resolución de 23 de mayo de 2019, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se procede a la fijación de un porcentaje de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o determinados lotes de los mismos, a centros especiales de empleo de iniciativa social, a empresas de inserción y programas de empleo protegido, y se fijan las condiciones mínimas para su cumplimiento. BOC núm. 108, de 7 de junio de 2019.

Las administraciones públicas como instrumento integrador de la diversidad

- c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.
- d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

La duración máxima de la adjudicación será de tres años y serán reservados a los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social, que son aquellos promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.

Por ello, la reserva de contratos se orienta a la contratación de entidades de tipo corporativo que pueden licitar en unión temporal de empresas si cumplen con los requisitos legalmente estipulados y que permite la reserva de uno o varios lotes dentro de una licitación. En el caso de que participaran empresas ordinarias, tendrían que subcontratar un porcentaje o parte del contrato con empresas que cuenten en plantilla con trabajadores con diversidad o en riesgo de exclusión.

Las referencias que recoge la DA 48.^a se limitan a las Administraciones de base territorial”; no obstante, la doctrina entiende que puede extenderse a las Administraciones de base instrumental, dependientes de aquellas (organismos autónomos, fundaciones públicas, etc.).

Se trata de un instrumento de contratación pública que favorece la inclusión de las personas con discapacidad al promover la actividad de los centros especiales de empleo.

2.7. Jurisprudencia destacada

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con fecha 3 de octubre de 2023, dictó una sentencia en la que viene a responder al planteamiento de la cuestión de interés casacional relativa a determinar la participación en la licitación de un contrato por quien percibe dotaciones presupuestarias que suponen más del 80% de sus recursos, pues se entiende que ello coloca al licitador en una situación ventajosa incompatible con el principio de libre concurrencia en contratación pública, y frente a otros operadores económicos privados.

El Tribunal Supremo admite la posibilidad de participación en procesos de licitación para la adjudicación de un contrato público por las empresas que reciben fondos públicos concurriendo con empresas privadas pues se entiende que ello no lesiona, en principio, la libre competencia.

Como excepción a la afirmación anterior recoge los casos en que la entidad que recibe financiación pública realiza una oferta anormalmente baja debido a la obtención de ayudas estatales o en caso de recibir subvenciones o ayudas no conformes a derecho, en estos casos la referida entidad *podría* ser excluida del procedimiento de licitación.

En definitiva, el hecho de que una empresa reciba fondos públicos no la excluye por este solo hecho de participar en un proceso de licitación de contratación pública, es decir, podrá concurrir con las empresas privadas en dichos procesos sin que ello suponga, en principio, vulneración del principio de libre competencia.

3. CONCLUSIONES

La tasa de actividad de las personas con discapacidad es inferior en más de 40 puntos porcentuales a las personas sin ella, y la tasa de paro de aquellas también es un 10% superior a la de estas. Siendo las causas de discapacidad sociales, la sociedad es responsable de esta situación de exclusión, por lo que el legislador debe perseguir la inclusión laboral que permita alcanzar la normalización social del colectivo.

Desde las Administraciones públicas se dispone de una doble vía para alcanzar el fin de la inclusión laboral; una, directa a través del acceso de las personas con discapacidad a la función pública a través de la superación de los distintos procesos selectivos; y otra, indirecta, a través de uso de la herramienta de la contratación pública. La LCSP prevé distintos mecanismos como son:

- las prohibiciones de contratar para proteger contra la discriminación. Sin embargo, carecen del debido rigor en la exigencia y existen medidas alternativas al cumplimiento de la cuota de reserva que opera como barrera
- la inclusión de cláusulas sociales como criterios de adjudicación al flexibilizar la vinculación al objeto del contrato e incluir la selección de la oferta que suponga la mejor calidad-precio;

Las administraciones públicas como instrumento integrador de la diversidad

- la forma de dirimir los posibles empates en la licitación a favor de los licitadores que cuenten con un mayor porcentaje de personas discapacitadas en plantilla; sin embargo, esta medida tiene poca aplicación práctica al resultar infrecuentes los empates
- la posible incorporación de condiciones especiales de ejecución al contrato cuando no sean discriminatoria
- la obligación de reserva del derecho a participar en procedimientos de adjudicación a los Centros Especiales de Empleo.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Arribas, F.J.R (2003). La construcción social del empleo protegido: los centros especiales de empleo. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*.
- Blanco López. F. (2018) Los criterios de adjudicación en la contratación pública estratégica. Dir. Gimeno Feliu, J.M. Estudio sistémico de la Ley de Contratos del Sector Público. Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. S.O.
- Burzaco Samper, M.; Canónigo Sarabia, A.M. y Mateo Sanz, L. Contratación Pública e Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad: Oportunidades Nuevas y Algunos Problemas Viejos. XVII Congreso Internacional de Investigadores en Economía Social y Cooperativa. La Economía Social: transformaciones recientes, tendencias y retos de futuro.
- Burzaco Samper, M. La contratación pública como instrumento activo de innovación social. *CIRIEC-España Revista Jurídica* núm. 33/2018.
- Gallego Córcoles, M.I. (2017) La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública. Documentación administrativa. *RevistasOnline. Nueva Época*. Núm 4 enero-diciembre 2017, págs. 92-113.
- De las Heras de Cárdenas, Estudio sobre la obligación de contratar trabajadores con discapacidad como condición de ejecución de los contratos celebrados por la Comunidad de Madrid.
- Gimeno Feliu, J.M. Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites. *Anuario del Gobierno Local* núm. 1 pág. 241-287.
- Informe 7/2021, de 10 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre criterios de desempate entre dos o más ofertas: aplicación e interpretación de la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad en las empresas.
- López Donaire, B. Las cláusulas sociales en la contratación pública: especial referencia a la discapacidad. *Revista del Gabinete Jurídico de castilla-La Mancha*. Núm. extraordinario marzo 2019.
- Peña, M.T. y Santana-Vega, L.E. Transición al Empleo de Personas con Discapacidad Intelectual en Canarias: El Empleo con Apoyo. 2020. *MLS Educational Research*, 4 (1), páginas 90-105.
- Pintos J. Las personas con discapacidad y su incorporación a las cláusulas sociales. *Consultoría de Contratación Pública*. 2020.

- Rodríguez Díaz, S. y Ferreira M.A.V Desde la Discapacidad hacia la diversidad funcional. Un ejercicio de Dis-Normalización. Revista Internacional de Sociología (RIS) vol. 68. Núm. 2. Mayo-agosto. 2010.
- Tardío Pato, J.A. Las reservas de contratos del sector público a empresas de trabajadores con discapacidad y en riesgo o situación de exclusión social. Revista española de Derecho Administrativo núm. 214 (julio-septiembre de 2021).
- Velarde Lizama, V. (2012) Los modelos de discapacidad: un recorrido histórico. Revista empresa y humanismo. Volumen XV. Núm. 1 pág. 123.