



LA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

EXTRACTO Palabras Clave: Inserción laboral, Sector Público: contratación

La inserción laboral de las personas incapacitadas es desde luego uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente) tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este colectivo sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores. Un paso importante puede encontrarse en la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la cual se establecen ciertos mecanismos destinados promocionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios privados, utilizando el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten actuaciones que los poderes públicos desean fomentar.

Ahora, no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos, sino que, sin quebrar esta premisa, se establece una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas, quienes pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) para las proposiciones presentadas por aquellos empleadores que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores minusválidos.

ABSTRACT Key words: Labour insertion, Public Sector: hiring

Nowadays, job insertion of disabled people is without a doubt one of the mayor social problems, and is totally related to the general debate on the Welfare State perspectives and future trends. Considering this situation as a starting point, the legislator has developed some measures (and steadily increasing) to foster and improve job insertion of disabled people, because among other reasons, this group suffers higher unemployment rate compared to the rest of workers. Within the Public Sector Contracts Law 30/2007, from October 30th, one can find an important and relevant attempt with new mechanisms aiming to promote employability of disabled people with the aim of increasing the employment rates of such group. Considering that this group's employability is more and more segregated in the labour market, the objective of improving job insertion of disabled people, is what political bodies would like to reach.

Now, the recruiting process should not only be focused in guaranteeing the efficiency of the Public sector services, but without leaving aside this important element, it has been established an authorisation to the Public Administration hiring entities, which can now, express their preference to hire others, and mainly for those vacancies presented by those employers who have in their staff with a percentage of disabled workers.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS DISCAPACITADOS COMO OBJETIVO PRIORITARIO DEL SISTEMA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
3. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES DE LOS CONTRATOS A FAVOR DE EMPRESAS CON MINUSVALIDOS EN SUS PLANTILLAS. A MODO DE CUOTA INDIRECTA
 - 3.1. Antecedentes
 - 3.2. Entidad beneficiaria
 - 3.3. Porcentaje de reserva
 - 3.3.1. El principio de estabilidad en el empleo: quiebras
 - 3.3.2. Las inseguras reglas de cómputo
 - 3.3.3. Sobre el concepto «discapacitado»
 - 3.3.4. El mutismo acerca de los medios de prueba
 - 3.4. El necesario cumplimiento de estrictos requisitos
 - 3.4.1. Inclusión en el pliego de cláusulas particulares
 - 3.4.2. Equivalencia entre ofertas
4. OTRAS MEDIDAS DE TUTELA
 - 4.1. Prohibiciones para contratar con la Administración
 - 4.2. Acomodo de las prescripciones técnicas al parámetro de accesibilidad universal
 - 4.3. Reserva de participación para centros especiales de empleo
5. REFLEXION FINAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

A lo largo de los últimos años, una cadena de normas han expresado su compromiso en la construcción de una sociedad incluyente; de una sociedad accesible a todos y en la que todos dispongan de las mismas oportunidades en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Pero ese objetivo, relativo a la aplicación de una política de discapacidad basada en tales derechos, también está lejos de haberse alcanzado en nuestra realidad más cotidiana, en aquella que nos circunda. Para verificar esta premisa, no es preciso acudir a fuentes estadísticas, basta con utilizar rudimentarios empirismos para percatarse que el medio o entorno físico sigue segregado¹. La realización de un trabajo retribuido, en el sector privado o público, constituye, quizás, el factor más importante de desarrollo personal de los discapacitados, siendo la principal muestra de integración de este amplio colectivo en la sociedad y de igualdad respecto al resto de los ciudadanos. El principio de paridad de trato del art. 14 CE debe tener una especial proyección en las

¹ VALDÉS DAL-RE, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en AA.VV (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 385.

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

Aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la verdad es que puede tener un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial. No cabe duda de que las Administraciones públicas pueden condicionar a las empresas a que observen determinados comportamientos (sin obligarles coactivamente a ellos), utilizando el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten programas o actuaciones que los poderes públicos desean fomentar. Es más, las propias instituciones europeas han mantenido (e incluso alentado) la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema (suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro). Incluso, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, reconoce expresamente, en su art. 27, la posibilidad de que el poder adjudicador pueda establecer obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y, por lo que aquí interesa, a la tutela de las condiciones de trabajo. Bajo tales premisas, no puede extrañar que una de las principales novedades, introducidas por la LCSP, consista precisamente en la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación administrativa consideraciones de tipo

social, configurados «como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a los nuevos requerimientos éticos y sociales» (Exposición de Motivos).

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

2. EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS DISCAPACITADOS COMO OBJETIVO PRIORITARIO DEL SISTEMA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Como con acierto se ha dicho, «las personas con minusvalía a menudo forman parte de los grupos más frágiles, independientemente de la sociedad en la que vivan... y una de las razones es que la colectividad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de tales sujetos»². De sobra es conocido cómo el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Justamente uno de los «óbice» más evidentes a los cuales eventualmente ha de hacer frente el ser humano es el de su falta de capacidad, una disminución física o psíquica cuyo lastre le impida desarrollar, en mayor o menor grado, toda su potencialidad³.

Por tal razón, la propia Norma Fundamental incluye, entre los principios rectores de la política social y económica, un claro mandato —quizá el «más relevante» en esta materia—⁴ dirigido a los poderes públicos: reali-

² Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía» y «Proyecto de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías». DOCE núm. C 66/35, de 3 de marzo de 1997.

³ CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991, págs. 43 y ss.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 56.

zar una labor de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles cuanta atención especializada requieran (art. 49 CE), compeliendo «a los órganos públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para situar a los disminuidos o minusválidos en pie de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores, de modo que puedan desenvolverse sin restricciones en una sociedad competitiva y en un medio adverso que se rige por las leyes inexorables del mercado»⁵. Es pacífica la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe de preocuparse de los trabajadores minusválidos tanto para facilitar su acceso al mercado de trabajo o reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales; la lectura del art. 49 CE, antes reseñado, y su concordancia con la cláusula compensadora del art. 9.2, el derecho al trabajo sin discriminaciones a que alude el art. 35.1, el objetivo tendencial del pleno empleo consagrado por el art. 40 o la invocación de la dignidad de la persona que lleva a cabo el art. 10, lo indican claramente⁶.

Parece innecesario, por evidente, justificar cómo uno de los campos en los cuales con mayor fuerza pueden dejarse sentir esos designios imperativos de «igualdad real y efectiva» e «integración de los disminuidos» es, precisamente, en el ámbito de las relaciones laborales⁷, habida cuenta el trabajo humano —retribuido y por cuenta ajena— no sólo supone para la mayor parte de la población el medio de obtención de los recursos económicos «que permitan la subsistencia de quien trabaja»⁸ —lo cual ya es mucho—, sino también —y quizá hasta de superior trascendencia— uno de los más importantes cauces de realización personal y satisfacción individual del anhelo creador genéticamente incorporado al ser humano⁹. Por tanto, para lograr la integración de las personas con discapacidad y evitar la conversión de sus limitaciones personales en barreras sociales, el principal «trampolín» viene dado por el acceso y la permanencia en el empleo¹⁰, habida cuenta la falta de ocupación adecuada o de los mecanismos para su correcta inser-

⁵ DE LA VILLA GIL, L.E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «El derecho al trabajo de los minusválidos», *RT*, núm. 79, 1995, págs. 17-18.

⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», *AS*, 1999, T. V, pág. 47.

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

⁸ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)», *RL*, 1987, T. I, pág. 218.

⁹ RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993, págs. 13 y ss.

¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *RL*, núm. 5, 2000, pág. 1.

ción laboral constituyen algunas de las dificultades más importantes contra las cuales deben luchar¹¹.

La inserción laboral de las personas incapacitadas¹² es desde luego uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos¹³. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente)¹⁴ tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este colectivo sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores¹⁵. Largo ha sido el *iter* normativo desde la Ley 13/1982, de 13 de abril, de Integración Social de Minusválidos (LISMI) y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo), hasta la relativamente reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, desarrollada en múltiples ocasiones, siempre con la pretensión, nunca plenamente conseguida, de «establecer un conjunto coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección» a favor de quienes tanto lo merecen¹⁶.

Su deseable acceso al mundo laboral ha quedado encauzado a través de dos vías netamente diferenciables y diferenciadas, aun cuando necesariamente relacionadas entre sí¹⁷. Así, de un lado, ha sido perfilada una relación laboral de carácter especial para ordenar el trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo (Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio)¹⁸. De otro, y en el intento por no condenar al discapacitado a vivir fuera del mundo, en plácidos «paraísos laborales» sin conexión real con la sociedad, se reconoce que «el objetivo fundamental de la política de empleo viene dado

¹¹ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, pág. 9.

¹² ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad», en AA.VV (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.). *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 11 y ss.

¹³ GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo de los incapacitados», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 25.

¹⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

¹⁵ Tal y como reconoce el II Plan de Acción para las personas con discapacidad (2003-2007). www.mtas.es

¹⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación», *TL*, núm. 7, 1986, pág. 52.

¹⁷ MESTRE DELGADO, J. y DE LA PEÑA, M.: «El régimen de los minusválidos en España», en AA.VV (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO, R., Dirs.): *Código europeo de las minusvalías*, Madrid, 1996, pág. 434.

¹⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La relación laboral especial de los minusválidos», *TS*, núm. 91, 1998, págs. 41 y ss.

por su integración en el sistema ordinario de trabajo» (art. 37 LISMI —en la redacción dada por el art. 38 Ley 62/2003, de 30 de diciembre—) y a tal fin se ha adoptado un ingente paquete de medidas tendentes a favorecer la contratación laboral —no ya especial sino—ordinaria de las personas con discapacidad¹⁹. Entre tales mecanismos destinados a procurar la integración o permanencia de los minusválidos en el mercado de trabajo cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo²⁰: a) las acciones de rehabilitación para el trabajo; b) las medidas de inserción obligada en las empresas (empleo selectivo) mediante el establecimiento de preferencias, cupos o reservas de empleo; c) los instrumentos de fomento y ayuda económica al empleo, mediante subvenciones, desgravaciones fiscales o bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social; d) las actuaciones de apoyo logístico a las empresas, mediante subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, o la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y movilidad de los minusválidos; e) las medidas de promoción del empleo de carácter autónomo o asociativo, en particular mediante la creación de cooperativas²¹; y f) los programas de empleo con apoyo (Real Decreto 870/2007, de 2 de julio).

El objetivo quedará cifrado en «procurar la contratación de los trabajadores minusválidos y la mejora de sus condiciones laborales», permitiéndoles alcanzar, conservar y progresar en el empleo (art. 7 Convenio núm. 159 OIT), pero haciéndolo prioritariamente en el mercado común de trabajo. En este contexto —y en resumen—, tres son las medidas básicas adoptadas: el empleo selectivo, estableciéndose disposiciones conforme a las cuales aquel trabajador cuya capacidad laboral haya quedado disminuida o haya recuperado la pérdida tendrá preferencia para ser contratado o mantener su vínculo actual; el establecimiento en las empresas de una cuota de reserva de puestos de trabajo destinada en exclusiva a este colectivo; en fin, el fomento del empleo, consistente en ayudas para la promoción de la contratación de discapacitados²².

La idea latente en todas ellas parece evidente: cuando no fuere posible lograr el acceso directo del minusválido al empleo ordinario, será menester

¹⁹ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, León, 2004, pág. 28.

²⁰ GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo», *TL*, núm. 55, 2000, pág. 55.

²¹ MOLINA HERMOSILLA, O.: «El autoempleo como solución —más pretendida que real— para la inserción de colectivos más desfavorecidos», *AS*, núm. 16, 2007, págs. 51 y ss.

²² DE LA VILLA GIL, L.E.: «La regulación del empleo de los minusválidos en España», *TS*, núm. 55, 1995, pág. 12.

tratar de crear una suerte de «circuito de integración», atendiendo a sus características personales y laborales, el cual podrá ser iniciado en un centro ocupacional, para, posteriormente, pasar de éste a uno de empleo y, por fin, arribar al «mercado ordinario»²³. En el panorama descrito, es fácil contrastar cómo los minusválidos reciben un tratamiento diferenciado y privilegiado frente al resto de trabajadores, reconociéndoseles una serie de incentivos de naturaleza «autónoma»²⁴. Estas ventajas no han de ser consideradas, sin embargo, discriminatorias en cuanto vienen legitimadas tanto por la normativa interna como internacional: de un lado, el mencionado art. 49 CE, en relación con el 9.2, obliga a los poderes públicos a promover aquellas medidas destinadas a remover los obstáculos que impidan a un determinado grupo participar con normalidad en todos los aspectos diarios de la vida, actualizándose dicho mandato en el ámbito estrictamente laboral mediante el art. 17.2 y 3 ET que, regulando ciertas medidas de acción positiva, de un lado, permite al legislador establecer reservas y preferencias en la contratación, y, de otro, faculta al Gobierno para conceder subvenciones, desgravaciones y otras disposiciones para fomentar la ocupación de determinados colectivos con especiales dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo; de otro, el art. 4 del Convenio 159 de la OIT considera no discriminatorias cuantas medidas positivas especiales vengan encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los empleados inválidos y los demás trabajadores; en fin, y por no seguir, el art. 7.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, considera en el caso de los discapacitados que el principio de igualdad no constituirá ningún obstáculo para que los Estados miembros desarrollen políticas encaminadas a crear o mantener disposiciones o facilidades con el objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral²⁵.

Fruto de dicho bagaje, ha sido la reforma introducida por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, cuyo art. 38 procede a modificar el art. 37 e introduce un nuevo art. 37 bis en la LISMI. En este sentido, el apartado 2 del art. 37 define el principio de

²³ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., págs. 47 y ss.

²⁴ ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 10.

²⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de la prestación de servicios*, cit., pág. 29.

igualdad como la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad, delimitando dichos conceptos en el apartado 3. Asimismo, el art. 37 bis.1 permite expresamente el mantenimiento o la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad, considerando su establecimiento como no discriminatorio²⁶. En consecuencia, las dificultades del colectivo analizado para integrarse en el mercado ordinario de trabajo y los obstáculos para competir en paridad de armas con quienes no son minusválidos justifican la adopción de cuantas medidas promocionales pretenden garantizar la igualdad de oportunidades de aquellas personas afectadas por diversas formas de discapacidad, procurando «la igualdad de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas»²⁷.

Insistiendo sobre esta misma idea, al pertenecer el minusválido a un grupo socialmente desfavorecido, la lucha contra las discriminaciones no sólo implica eliminar cuantas diferencias hayan estado históricamente arraigadas en la práctica social, situando a sectores de la población en posiciones claramente desventajosas, abiertamente contrarias a la dignidad de la persona consagrada en el art. 10 CE, sino que obliga también a adoptar cuantas medidas de acción positiva o protectoras permitan su acceso al trabajo o favorezcan la permanencia en el mismo, no pudiendo ser consideradas «opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes»²⁸. Nadie puede dudar, por tanto, de la «intrínseca justicia» de cuantas «medidas positivas» tiendan a favorecer la condición de quienes —bajo la denominación de minusválidos, disminuidos, deficientes o incapacitados²⁹— tienen «unas oportunidades reales menores»³⁰, tratando así de hacer igual lo que en origen es «desigual»,

²⁶ Por solo poner un ejemplo, la tasa de actividad de las personas con discapacidad no llega al 34 por 100, mientras supera el 70 por 100 para el resto de la población. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo», en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007, pág. 306.

²⁷ STCo 269/1994, de 3 de octubre.

²⁸ STCo 128/1987, de 16 de julio.

²⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 36 y ss.

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Exclusiones, reservas y preferencias de empleo», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983, pág. 459.

y consiguiendo la satisfacción de intereses sociales dignos de protección (art. 35 Ley 62/2003)³¹.

Las reflexiones anteriores han de servir como pórtico para comprender cómo el diseño de las medidas públicas destinadas a favorecer la contratación del colectivo de los discapacitados no sólo reviste el carácter prototípico de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social³², sino que incorpora algunos mecanismos más contundentes y específicos como puede ser la reserva en su favor de un porcentaje mínimo de puestos de trabajo a situar en un 2 por 100 del total de la plantilla (art. 38 LISMI)³³. Aun cuando se trata de una obligación o, si se prefiere, una imposición al empleador, con la cual se pretende asegurar la inserción de los minusválidos, lo cierto es que en la práctica ha resultado, sin embargo, poco efectiva, pese a que el porcentaje es inferior al de otros países como Francia, Italia o Alemania.

Así, de manera realista ante el incumplimiento generalizado del cupo, se ha concedido la facultad para que en las empresas de más de cincuenta trabajadores se pueda trocar (mediante convenio colectivo sectorial o decisión unilateral) por otras formas de más difusa eficacia aun cuando de más sencilla materialización, calificadas de «sorprendentes vías de escape» y consistentes en: a) la suscripción de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado, tanto para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o cualesquiera otros productos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad propia de la empresa que opta por esta medida, como para la prestación de servicios ajenos y accesorios a sus normales tareas³⁴; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero), entendidos como el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un centro especial de empleo que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado³⁵; c) la donación o patrocinio

³¹ SSTCo 52/1987, de 7 de mayo, 84/1992, de 28 de mayo ó 9/1995, de 16 de enero.

³² PÉREZ REY, J.: «Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad», en AA.VV (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 95 y ss.

³³ Nada impide que por convenio colectivo se fije una cuota mayor, tal y como sucede, por ejemplo, en el XII CC de centros y servicios de atención a las personas con discapacidad (BOE 17 junio 2006) o en el CC del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés (DOGC 17 mayo 2007).

³⁴ GALA DURÁN, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en centros especiales de empleo», *TL*, núm. 55, 2000, pág. 103.

³⁵ La intención de este mecanismo no puede ser mejor (al trabajador con discapacidad, le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio

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 generación de empleo a favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado laboral (art. 2.1 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril)³⁶. La cuantía de estas medidas gira alrededor del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), aplicado por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. En los dos primeros supuestos la cantidad de los contratos debe ascender «al menos, a tres veces» el IPREM, mientras que en el último caso el importe alcanzará, como mínimo, «1,5 veces el IPREM anual» (art. 2.2 Real Decreto 364/2005). Ni que decir tiene que estas cantidades deben servir a la adopción de medidas destinadas a facilitar el tránsito del discapacitado al mercado ordinario de trabajo³⁷.

En fin, burlados con carácter general los cupos y teniendo en cuenta las desvirtuadas alternativas a los mismos³⁸, la intención del legislador —asumiendo su necesario papel ejemplificante— ha ido más allá del establecimiento de la mencionada cuota y ha procedido a idear otros mecanismos

del mercado ordinario de trabajo y a la empresa colaboradora le permite conocer de manera óptima las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo cual determinará en su caso la aplicación de las ayudas previstas). Otra cosa es la realidad de los hechos. ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTE MIQUELA, J.M.: «Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)», *RTSS (CEF)*, núm. 286, 2007, págs. 161 y ss.; VILLAR CAÑADA, I.M.: «Los enclaves laborales», en AA.VV (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005, págs. 441 y ss.; LLANO SÁNCHEZ, M.: «El enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa», en AA.VV (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, págs. 141 y ss. ó LLOMPART BENASSAR, M.: «Régimen jurídico de los enclaves laborales», *AL*, núm. 21, 2007, págs. 2554 y ss.

³⁶ Ya con anterioridad, ROJO TORRECILLA, E.: «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», *RL*, núm. 8, 1998, pág. 33.

³⁷ MORALES ORTEGA, J.M.: «Los destinatarios de la política de empleo», en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Dir.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 316.

³⁸ OJEDA AVILÉS, A.: «El procedimiento de recolocación revisitado», *REDT*, núm. 14, 1983, pág. 226.

alternativos utilizando aquélla de manera indirecta. Tal es lo que sucede con lo previsto en distintos preceptos de la LCSP (objeto de atención seguidamente), los cuales pretenden contribuir, de una forma clara y decidida, a doblegar una voluntad empresarial poco inclinada a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo.

3. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES DE LOS CONTRATOS A FAVOR DE EMPRESAS CON MINUSVALIDOS EN SUS PLANTILLAS. A MODO DE CUOTA INDIRECTA

Cierto es que con la contratación administrativa no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, sino que también, sin abandonar esta pauta, se pueden conseguir objetivos sociales capaces de ayudar al incremento del beneficio de la colectividad. A nadie se le escapa que el problema del empleo y, más concretamente, la búsqueda y pérdida del mismo, supone una de las cuestiones más acuciantes con que se enfrentan las sociedades industrialmente avanzadas como es el caso de la española, no en vano el acceso al mundo laboral es un derecho básico y una de las formas más positivas para lograr la integración social y la vida autónoma de las personas, singularmente de las que más dificultades presentan. Partiendo del dato incuestionable de que, en el marco del principio de libertad de empresa (art. 38 CE), la decisión de crear puestos de trabajo descansa sustancial y mayoritariamente en manos privadas, no cabe duda de que corresponde a la acción pública la función instrumental de fomentar o estimular, de facilitar y favorecer en definitiva, aquella iniciativa en un determinado sentido³⁹: la inserción y reinserción en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad.

La constitucionalización del Estado social de Derecho conlleva como lógica consecuencia que la Administración no pueda permanecer neutral, limitándose a la defensa de la libertad y de la propiedad individuales en el más puro estilo liberal; antes al contrario, debe ser una Administración que se implique en la sociedad y en el bienestar de los ciudadanos. Este modelo supone, como no podría ser de otra manera, una intervención de los pode-

³⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales», en AA.VV (MARTÍNEZ ABASCAL, V.A, Coord.): *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias Tarraconenses de Seguridad Social*, Barcelona, 1996, pág. 25.

res públicos dirigida a ahondar en la justicia social⁴⁰. Aquéllos no deben limitarse a proporcionar los bienes materiales a los usuarios, sino que más allá de esto, el Estado no abstencionista debe hacer posible «un orden social justo», capaz de garantizar un nivel mínimo de calidad de vida, según un espectro que va desde el nuclear de la dignidad de la persona y de los derechos de la misma más ligados al desarrollo de su personalidad hasta el más penetrado por las exigencias derivadas de la convivencia social⁴¹. En este marco, el fomento del empleo de las personas discapacitadas se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios del sistema de contratación pública, tal y como se deduce, en primer lugar, de lo previsto en el párrafo primero de la disposición adicional sexta de la LCSP, en virtud de la cual «los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por ciento, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».

Incluye, así, una previsión específica que bien podía haber sido recogida en el propio articulado de la LCSP, sin embargo, su especialidad, y acaso su difícil incardinación entre los criterios de capacidad, admisión de licitadores o adjudicación, pudieran justificar su tratamiento singularizado y, por ende, su desplazamiento a la parte final del texto⁴². Tal ubicación es coherente, además, con una técnica legislativa, de moda en la actualidad (pero no por ello menos criticable), en virtud de la cual las disposiciones adicionales asumen una vasta extensión incorporando gran parte del contenido que debería tener cabida en el texto articulado⁴³.

⁴⁰ QUINTANA LÓPEZ, T.: «La actividad administrativa de prestación. El servicio público. La doctrina clásica del servicio público. Evolución de la doctrina. Nacionalización y municipalización de servicios y actividades», en AA.VV.: *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1995, pág. 114.

⁴¹ PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998, pág. 606.

⁴² AA.VV (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1416.

⁴³ La LCSP se estructura del siguiente modo: se separa de la arquitectura adoptada por la Ley 31/1995, basada en un modelo bipolar construido alrededor de una parte general, compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una parte especial, en la que se recogían las peculiaridades de régimen jurídico de los contratos administrativos típicos. Esta sistemática, que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración clásica de la Ley de

Se trata de una medida de «empleo selectivo»⁴⁴, que pretende favorecer, en último extremo, a los propios discapacitados, haciendo gala de lo que se ha dado en llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida —como ya consta— por el máximo intérprete de la Norma Fundamental⁴⁵. La redacción legal transcrita obliga al intérprete a descender a los siguientes aspectos:

3.1. Antecedentes

Esta previsión ya estaba incorporada al texto (entonces en el párrafo primero de la disposición adicional 8.^a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) y contaba con el mismo carácter potestativo⁴⁶, lo cual no ha dejado de ser criticado desde ciertos sec-

Contratos del Estado, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la LCSP, afectada por los condicionantes de regular de forma directa el régimen de contratación de un abanico más amplio de sujetos destinatarios y de hacer posible, desde la misma estructura de la Ley, un tratamiento diferenciado de las normas que son transcripción de disposiciones comunitarias. Así, el articulado de la Ley se ha estructurado en un título preliminar y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de los mismos, la selección del contratista y la adjudicación de los vínculos administrativos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y la organización administrativa para la gestión de la contratación. A ello hay que añadir la existencia de 32 disposiciones adicionales, 7 transitorias, una derogatoria, 12 finales y 3 anexos (Exposición de Motivos).

⁴⁴ ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

⁴⁵ SSTCo 128/1987, de 16 de julio, 229/1992, de 14 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero.

⁴⁶ Este carácter se ha transformado en preceptivo en alguna normativa autonómica (entre otras, Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra), y en el propio ámbito estatal en ciertos organismos o departamentos ministeriales: por ejemplo, en el Ministerio de Sanidad y Consumo, la Orden de 17 de diciembre de 2001 aprobó una instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras, en la que se expresaba que todos los pliegos aprobados por los órganos de contratación de ese Departamento debían incorporar una cláusula relativa a los criterios de adjudicación en los concursos del siguiente tenor: «en caso de igualdad entre dos o más licitadores, desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación, será preferida la proposición presentada por aquella empresa que, en el momen-

tores⁴⁷. Dos diferencias de matiz merecen ser señaladas: En primer lugar, ahora se hace referencia a un porcentaje «superior» al 2 por 100; antes se utilizaba la expresión «no inferior», debiendo entender incluidas, en aquel momento, dentro del marco de actuación de la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo a aquellas empresas que contaran con una cuota de minusválidos no sólo «por encima» sino también «igual» al mencionado 2 por 100. La nueva versión de la LCSP limita esta última posibilidad, siendo necesario, en todo caso, que la cuota de trabajadores discapacitados sobrepase el umbral reseñado.

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

Es más, el concepto «minusvalía» ha sido definitivamente desterrado del vocabulario jurídico por la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en virtud de la cual las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán referidas a «personas con discapacidad». Esta nueva perspectiva parte de un encuentro de los valores más profundos de nuestra sociedad. Por lo pronto, el reconocimiento de la dignidad humana pone en jaque y cuestiona todos aquellos tratamientos de las personas con discapacidad guiados de manera preferente por criterios de duro utilitarismo o de rudo pietismo. Una y otra actitud terminan hermanadas en la

to de acreditar su solvencia técnica, tenga en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la misma». MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Madrid, 2007, pág. 534.

⁴⁷ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: «Nota sobre los aspectos de discapacidad de las Leyes de Contratación Pública aprobadas recientemente en España». www.cermi.es.

negación de la dignidad humana de las personas con discapacidad, que quedan reducidas bien a la condición de objetos de cálculo o eficiencia económica bien a la condición de sujetos de segunda categoría, solo aptos para el ejercicio de la compasión emocional o de la caridad material. De su lado, la libertad exige la ruptura de la tradicional asociación entre la discapacidad, especialmente la intelectual, con la falta de competencia para actuar y decidir de acuerdo con criterios fundados en un principio de autonomía. La perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos comporta un planteamiento «mucho más sutil», que desplaza el eje de atención desde un plano singular (efectos civiles de la incapacidad) a otro más general: la protección efectiva de los intereses de los discapacitados. El tercer valor en juego en el tratamiento de la discapacidad es la igualdad, entendida no como igualdad formal sino como igualdad de oportunidades; esto es, como implantación de un sistema de organización de la sociedad en la que la integridad de los espacios físicos y de los ámbitos de desarrollo de la persona humana sean accesibles a todos. La igualdad de oportunidades no pretende eliminar las diferencias entre los individuos; lo que exige es la supresión de los obstáculos y barreras de muy variada índole que impiden a todas las personas acceder, disfrutar y ejercer los derechos en situación de equiparación. Y dentro de ellos y de manera muy significativa, en la medida en que es uno de los factores más decisivos de la integración social, el acceso al empleo. El valor de la solidaridad, en fin, comporta, en términos generales, la vigencia de obligaciones recíprocas entre los individuos por su mera pertenencia a una comunidad social y política. Es el complemento indispensable de los restantes valores; el que, en última instancia, puede contribuir a cerrar las porosidades del sistema, garantizando que la igualdad de oportunidades y la autonomía puedan ejercerse, por las personas con discapacidad, de manera real y efectiva⁴⁸.

3.2. Entidad beneficiaria

La empresa beneficiaria de la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo puede ser pública o privada. La segunda de estas dos modalidades no plantea problemas, pues, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (sociedad, empresario individual, asociación, fundación...),

⁴⁸ VALDÉS DAL-RE, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en AA.VV (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, cit., pág. 384.

quedan incluidas en el ámbito de aplicación la disposición aquí analizada si cumplen los requisitos para ello⁴⁹. En cambio, las primeras han de revestir auténtica «forma jurídico-privada»⁵⁰, es decir, por encima de todo han de ser «empresas», sometidas sin excepción, directa ni indirecta, a las mismas reglas de competencia operativas en el mercado, de modo que el adjetivo «públicas» viene a indicar tan sólo un modo particular de actuar, en cuanto manifestación de la iniciativa administrativa en la economía con el fin de satisfacer intereses generales⁵¹. En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales cuanto las sociedades mercantiles estatales (art. 53 y disposición adicional 12.ª Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado —LOFAGE—, respectivamente) y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, así como las fundaciones públicas (Ley 50/2002, de 26 de diciembre).

Las entidades públicas empresariales compaginan funciones y tareas de carácter estrictamente privado o empresarial con las de carácter público, asumiendo la realización de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés general susceptibles de contraprestación. Se someten a un régimen jurídico mixto, de Derecho privado para el tráfico jurídico patrimonial externo, y de Derecho público en cuanto a la formación de su voluntad, ejercicio de autoridad o régimen presupuestario y contable. A diferencia de lo que ocurre con éstas, las sociedades mercantiles estatales desarrollan exclusivamente actividades económico-empresariales, por lo que en su régimen jurídico predomina decididamente el carácter privado. Se someten, pues, al Derecho común, esto es, al civil, mercantil o laboral, según corresponda, a salvo las especialidades presupuestarias, de control financiero y de contratación⁵². Por su parte, las fundaciones públicas son personas jurídicas creadas o asumidas por la Administración u otros órganos constitucionales del Estado, pero sometidas al régimen de las funda-

⁴⁹ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidades*, Valencia, 2000, pág. 74.

⁵⁰ NÚÑEZ-GONZÁLEZ, C.: «La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía. Comentario a la Sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana», *TS*, núms. 68-69, 1996, pág. 31.

⁵¹ EDO HERNÁNDEZ, V.: «La empresa pública en España», *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989, pág. 70.

⁵² Un estudio de ambas en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 207 y ss.

ciones privadas⁵³. Todas éstas quedan, pues, incluidas dentro del marco objetivo de aplicación de la disposición adicional 6.^a.1 de la LCSP.

Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas *stricto sensu* (art. 3.2 LCSP)⁵⁴ habrá que atender a lo previsto en el art. 51.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el cual establece una cuota de reserva mínima no inferior al 5 por 100 de las vacantes a favor de los minusválidos, de modo que progresivamente los incapacitados alcancen el 2 por 100 de los efectivos totales al servicio de la Administración⁵⁵. Tal previsión —como es lógico— queda totalmente al margen del ámbito de la contratación administrativa, tratándose, empero, de una vía de reclutamiento directo de mano de obra tendente también al fomento del empleo del colectivo aquí analizado que tampoco debe ser infravalorada en cuanto a su importancia aun cuando no sea éste momento y lugar para su tratamiento. Baste advertir cómo, a pesar de todas las modas neoliberales de las presiones privatizadoras, de la reducción de tradicionales servicios públicos, del retraimiento de la actividad administrativa en muchos sectores y prestaciones, lo cierto es que el sector público se ha incrementado y tiene una notable fuerza y trascendencia en la actividad económica. Basta repasar el Inventario que se ha elaborado en el Ministerio de Economía y Hacienda para reparar en sus considerables dimensiones, en especial, en los ámbitos autonómico y municipal⁵⁶.

⁵³ CASARES MARCOS, A.: «Tipología fundacional», en AA.VV (BENEITO PÉREZ, J.M., Dir.): *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, págs. 233 y ss.

⁵⁴ En referencia a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos; las Universidades públicas; las entidades de Derecho Público, que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: a) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o b) que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

⁵⁵ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 140.

⁵⁶ FUERTES LÓPEZ, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, 2007, pág. 225.



3.3. Porcentaje de reserva

Ante el silencio legal, cabe interpretar —sin peligro a errar— que el parámetro del 2 por 100 de trabajadores discapacitados exigido para que pueda operar la preferencia en la adjudicación del vínculo contractual público queda referido a la plantilla total de la empresa, lo cual engloba, desde luego, sus posibles subdivisiones productivas, por más singularidad y autonomía que ostenten⁵⁷. Es más, la inexigencia de un volumen mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial y fuentes destacadas de la creación de empleo⁵⁸, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de minusválidos. Cuatro cuestiones quedan, empero, sin resolver en el tenor de la norma aquí analizada:

3.3.1. *El principio de estabilidad en el empleo: quiebras*

El mutismo sobre las modalidades contractuales en virtud de las cuales estuvieran vinculados los minusválidos con la empresa es absoluto, debiendo dar cabida a cualquiera de las existentes en el ordenamiento laboral: indefinidas o temporales, a tiempo completo o parcial, quedando incluidos —lógicamente— los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y los antiguos trabajadores de la organización productiva a los que les haya sobrevenido la discapacidad funcional trabajando en la misma⁵⁹.

Únicamente se prevé que si varias entidades licitadoras de las que hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla (disposición adicional 6, párrafo 1.º LCSP). Tal criterio, introducido en fase de tramitación parlamentaria, pues la versión inicial del proyecto del ley no lo contemplaba, pretende servir de estímulo a los empresarios para decidirse a contratar personas con discapacidad por tiempo indefinido,

⁵⁷ STSJ, Cont-Admto, Castilla y León/Valladolid 4 mayo 2000 (Ar. 1595).

⁵⁸ FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999, pág. 23.

⁵⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en AA.VV (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pág. 82.

sin necesidad, sin embargo, de que se trate de contrataciones a jornada completa, habida cuenta, y en la línea legislativa general tendente a mejorar las condiciones de trabajo de quien tiene minorado su tiempo de actividad, desde el año 1999 —Real Decreto 4/1999, de 8 de enero— también viene siendo fomentada la prestación de servicios a tiempo parcial, sobre todo para colectivos como el de los minusválidos, «atendiendo a la ocasionalmente necesaria obligación de recurrir a la jornada reducida ante las dificultades propias de la persona con discapacidad»⁶⁰.

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

3.3.2. *Las inseguras reglas de cómputo*

La ausencia sobre cualquier tipo de criterio de cómputo de los trabajadores a los cuales aplicar el porcentaje reseñado obliga a tomar en consideración, a falta de otros parámetros, las reglas utilizadas en las elecciones a representantes unitarios (art. 72.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores —ET— y Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) para cubrir las lagunas existentes: a) Los operarios vinculados por un contrato de duración determinada superior a un año se computarán como un trabajador

⁶⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)», *RL*, 2001, Tomo I, pág. 219.



más de la plantilla. b) Si su extensión fuese inferior a una anualidad, «cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más». c) Existirá un límite a situar en que, si el cociente resultante «de dividir por doscientos el número de días trabajados es superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta como máximo, el total de dichos empleados». d) En aquellos doscientos días deberán quedar englobados los días efectivamente trabajados, los de descanso semanal, los festivos y las vacaciones anuales; listado a incrementar con los perdidos como consecuencia de las causas de suspensión del contrato, pero no con las ausencias, «aun cuando sean justificadas»⁶¹. Una mayor concreción en el desarrollo reglamentario de la Ley 30/2007 no debe hacerse esperar.

3.3.3. *Sobre el concepto «discapacitado»*

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

Pese a la aparente proximidad terminológica entre el concepto de discapacidad y el de incapacidad en el ámbito de la protección social, exis-

⁶¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «El comité de empresa. Procedimiento electoral», *REDT*, núm. 100, T. II, págs. 1344 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995, págs. 283 y ss. ó BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995, págs. 91 y ss.

te una gran separación⁶². De conformidad con lo previsto en el art. 136 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), entra dentro del concepto de incapacidad permanente aquella situación en la que el trabajador, «después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas y funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral». Introduce este precepto un concepto jurídico indeterminado, que deberá concretarse en cada caso concreto a través de los siguientes elementos configuradores del tenor legal: alteración grave de la salud, disminución o anulación de la capacidad laboral y carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral.

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

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.—Aquella que ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.—La que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.—Aquella que imposibilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
- d) Gran invalidez.—Situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La nota característica más importante de esta definición legal, así como la de sus distintos grados, es que se delimita o fija «teniendo en cuenta su efecto respecto del trabajo», es decir, se conceptúa tomando en consideración las consecuencias que esas deficiencias ocasionan en la capacidad la-

⁶² GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «El concepto jurídico laboral de discapacitado», en AA.VV (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 78.



boral del trabajador, de tal manera que «este requisito es en realidad el eje en torno al cual gira la protección por incapacidad permanente, pues aquel estado patológico de características específicas... es trascendente en cuanto trae como consecuencia la anulación o disminución de la capacidad de trabajo», siendo, pues, la situación merecedora de protección real o prioritaria «la dificultad del inválido para la reinserción en la vida laboral»⁶³.

La calificación de la situación de incapacidad permanente, la fijación de su grado, así como su eventual revisión constituyen actuaciones administrativas de constatación del estado invalidante, cuya competencia está encomendada al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), tal y como reconoce el art. 1.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, desarrollado por la Orden de 18 de enero de 1996. Los equipos de valoración de incapacidades, órgano especializado en la declaración y revisión de la contingencia de incapacidad permanente, se constituyen en cada Dirección Provincial del INSS, estando facultados para formular los dictámenes-propuesta acerca de la declaración de invalidez y el grado que le corresponde y, en su caso, la revisión por agravación, mejoría o error de diagnóstico (art. 3.1 Real Decreto 1300/1995). El posterior acto administrativo de reconocimiento, por la Dirección Provincial del INSS correspondiente en función de un criterio de competencia territorial, se convierte en un mero trámite de comprobación de la concurrencia de los elementos del hecho causante y de los requisitos generales y particulares y contendrá la atribución del derecho correspondiente⁶⁴.

A la vista de tales consideraciones, cabe argumentar que la incapacidad permanente y la minusvalía/discapacidad no son términos sinónimos e intercambiables, sino que pertenecen a ámbitos jurídicos diferentes que se rigen por principios propios. La calificación y el reconocimiento de cada situación obedece a cauces distintos: la primera corresponde al INSS, mientras la segunda compete a los servicios sociales. La valoración que dichos órganos realizan tiene, además, en cuenta parámetros distintos y el procedimiento a seguir también es diverso. La protección de la discapacidad no está vinculada ni al trabajador ni a la repercusión en su capacidad para el trabajo, pues el sujeto protegido es la persona en cuanto tal, que padeciendo deficiencias de tal entidad, constitutivas de incapacidad, le impiden relacionarse con normalidad e igualdad con el resto de los individuos, no ya sólo

⁶³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, 1982, pág. 215.

⁶⁴ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Valoración jurídica de la incapacidad para el trabajo», en AA.VV (BOROBIA FERNÁNDEZ, C.): *Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral*, Madrid, 2007, págs. 87 y ss.

en el ámbito laboral, sino en todos, incluidos los educativos y, en general, los sociales. De este modo, ni el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente será necesariamente minusválido, ni viceversa⁶⁵.

Ahora bien, tal conclusión quiebra atendiendo a lo dispuesto en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, anteriormente transcrito, pues ya no puede hablarse de una absoluta incompatibilidad entre ambas situaciones. Antes al contrario, parece que esta Ley es clara al considerar afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. Esta redacción legal conlleva una deplorable consecuencia negativa: si el legislador otorga el mismo valor a efectos de la preferencia en la adjudicación a todas las personas con un grado de discapacidad superior a este parámetro, no hay duda de que el sistema será más favorable para los sujetos menos disminuidos, ya que las empresas suelen «hacer una criba» y contratan a los trabajadores cuya minusvalía es menos acusada⁶⁶. A esta misma conclusión cabe llegar, también, si se atiende a lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 1 del Real Decreto 1414/2006, en virtud del cual «se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez», no en vano con tal equiparación lo que se consigue es fomentar el empleo de los incapaces permanentes de la Seguridad Social en detrimento de aquéllos que padecen discapacidades severas y muy severas (tetrapléjicos, ciegos...)⁶⁷.

En efecto, la experiencia demuestra que, para un mismo puesto de trabajo, el empresario, que decide voluntariamente o está obligado a contratar a una persona con discapacidad, elige antes a aquél cuyo grado de autonomía es mayor, quedando beneficiados, de una manera sobresaliente, los trabajadores afectados por un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual cuando ésta se caracterice por la realización de un importante esfuerzo físico o una especial agudeza. Ciertamente estos pensionistas no podrán realizar las tareas propias de una actividad profesional tan dura, pero no tendrán ninguna limitación funcional para prestar servicios en otros cometidos más livianos o menos exigentes. Quizá para evitar esta con-

⁶⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Valencia, 2006, pág. 21.

⁶⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., pág. 157.

⁶⁷ ITURRI GARATE, J.L.: «Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad», en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007, pág. 331.

secuencia negativa, el Tribunal Supremo ha intentado zanjar una viva polémica judicial existente entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia, llegando, en unificación de doctrina, a la siguiente conclusión: no cabe equiparación automática a la condición de minusválidos o discapacitados de los pensionistas por incapacidad permanente total o absoluta y por gran invalidez⁶⁸. Tal interpretación, bien intencionada —sin duda—, obliga a descender al detalle de las contradictorias resoluciones judiciales existentes en la doctrina de suplicación⁶⁹, pudiendo destacar dos líneas interpretativas fundamentales⁷⁰:

1. Algunas resoluciones judiciales defienden la independencia de la declaración de minusvalía respecto de los reconocimientos de incapacidad permanente efectuados por el INSS, entendiendo que la equiparación contenida en la Ley 51/2003 queda circunscrita a los efectos previstos en la misma y no al reconocimiento general de la condición de discapacitado que debe realizarse exclusivamente por los órganos competentes de las Administraciones Públicas aplicando los baremos y tablas del Real Decreto 1971/1999⁷¹. Cuatro argumentos avalan esta conclusión:
 - a) El art. 1.2 de la Ley 51/2003 viene a establecer dos vías para la atribución de la condición con discapacidad: de un lado, la que consiste en el reconocimiento del correspondiente grado de minusvalía (igual o superior al 33 por 100) por el procedimiento reglamentario previsto en el Real Decreto 1971/1999; de otro, la que supone la legal equiparación a tal grado de quienes tengan la condición de prestatarios de incapacidad permanente en

⁶⁸ SSTS, Social, 21 y 22 marzo, 30 abril, 16 mayo, 20 junio y 16 y 18 de octubre 2007 (RJ 2007, 3539, 4627, 5012, 4911, 5355 y rec. 339/2006 y 571/2006).

⁶⁹ Por citar sólo algunos pronunciamientos judiciales, cabe mencionar cómo a favor de la atribución automática del *status* o la condición de discapacitados a los perceptores de pensiones de Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se manifestaron las SSTSJ, Social, Burgos 14 octubre 2004 (rec. 615/04), Castilla-La Mancha 10 noviembre 2005 (rec. 972/04) ó Navarra 20 junio 2006 (rec. 83/06). En contra, procede hacer referencia a las SSTSJ, Social, Murcia 7 febrero 2005 (rec. 19/05), Extremadura 28 abril 2005 (rec. 79/05), Cantabria 15 febrero 2006 (rec. 46/06) y País Vasco 4 junio 2006 (rec. 82/06).

⁷⁰ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (Comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2006, rec. núm. 1359/2006, y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)», *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007, págs. 201 y ss.

⁷¹ Entre otras, SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 20 mayo 2005 (rec. 666/2005), 8 junio 2005 (rec. 843/2005) y 3 abril 2006 (rec. 353/2006) ó Aragón 15 julio 2005 (rec. 374/2005).

- alguno de los grados antes señalados. De esta forma, sería esa ficción establecida en la Ley 51/2003 la que convertiría en detentadores de la condición de personas con discapacidad a los beneficiarios de las prestaciones antedichas y ello con absoluta independencia del grado de minusvalía que pudieran acreditar por aplicación de las normas de determinación de la discapacidad contenidas en el Real Decreto 1791/1999. El título que avalaría la condición de discapacitado no sería otro que la resolución administrativa o jurisdiccional que reconociera la incapacidad permanente total, absoluta o la gran invalidez del trabajador, título este que, *ope legis*, atribuiría aquella condición e impondría la obligación de su reconocimiento, pero sólo a los efectos de esta Ley, nunca con carácter general.
- b) El art. 7.2 LISMI establece que el reconocimiento del derecho a la obtención de los beneficios derivados de esta Ley y, por ende, el reconocimiento de la condición de minusválido «deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores» (art. 4.2), concreción reglamentaria efectuada por el Real Decreto 1971/1999.
 - c) La Ley 51/2003 no ha incidido sobre la norma reglamentaria acabada de citar, limitándose a introducir únicamente como criterio de reconocimiento del grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 la circunstancia de ser pensionista por incapacidad profesional. La calificación del grado de minusvalía sigue regulándose en el Real Decreto 1791/1999 y «será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas», de modo que si otra Ley considera a sus solos efectos que personas en las que concurran ciertas circunstancias deben ser consideradas minusválidas en cierto porcentaje, no cabe una declaración genérica de minusvalía.
 - d) La situación de incapacitado permanente de la Seguridad Social tiene un marcado carácter profesional, motivo por el cual puede haber actividades que exijan especial destreza que no se puedan desarrollar con una leve alteración física, mientras que la minusvalía parte de parámetros distintos.

En consecuencia, la situación creada por el art. 1.2 de la Ley 51/2003 no suscita un problema de jerarquía normativa sino de integración ordinamental consistente en la existencia de dos procedimientos para el ac-

ceso a la condición de persona con discapacidad: el ordinario, al que se refería la LISMI y que se desarrolló por el Real Decreto 1791/1999, y el que surge como consecuencia de la equiparación legal llevada a cabo por la Ley 51/2003, que atribuye incondicionalmente un grado de minusvalía del 33 por 100 a todo incapacitado permanente para el trabajo, en los grados de incapacidad total, absoluta y gran invalidez, pero solamente «a los efectos de esta Ley», la cual tiene como único objeto establecer medidas destinadas a garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad ⁷².

2. Otras sentencias sostienen, sin embargo, que la Ley 51/2003 establece una equiparación general, universal y automática de la incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, a la condición de discapacitado en un porcentaje igual o superior al 33 por 100 ⁷³. Una interpretación histórica, literal y sistemática corrobora la incontrovertida asimilación de ambas situaciones:
 - a) En la tramitación de la Ley 51/2003 se presentaron varias enmiendas al art. 1.2, que ya aparecía en los mismos términos en el proyecto y no sufrió modificación alguna durante el *iter* parlamentario. Así, la enmienda número 125 presentada en el Congreso de los Diputados, que tuvo por primer firmante al Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), recogía como redacción propuesta la siguiente: «a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas quienes lo acrediten mediante certificado o resolución del grado de minusvalía expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, el cual tendrá validez en todo el territorio estatal». El rechazo de dicha enmienda permite aventurar que lo que se hizo, en relación a la atribución del grado de un 33 por 100 de minusvalía a los colectivos reseñados, fue consciente, pues no se quiso limitar el alcance de la declaración ni incluir a grupos de incapacitados con minusvalías de menor entidad.
 - b) El hecho de que la norma controvertida utilice la expresión «se considerarán» pretende dejar claro, sin margen alguno para la

⁷² ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, 2 octubre 2006, rec. núm. 1359/2006 y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)», cit., pág. 203.

⁷³ SSTSJ, Social, Extremadura 28 febrero 2005 (rec. 3/2005), País Vasco 18 octubre 2005 (rec. 2433/2005) y Cantabria 6 febrero 2006 (rec. 126/2006).

ambigüedad, que, aun cuando los perceptores de una prestación pública de aquellas a las que hace referencia no alcancen el 33 por 100 del grado de minusvalía por aplicación de los baremos del Real Decreto 1971/1999, lo cierto es que, por orden expresa del legislador, quedarán asimilados a la condición de discapacitados. El texto de la norma es claro, preciso e incondicional en el sentido de establecer una presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual se considerará afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a todo pensionista de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez. En definitiva, toda persona que haya sido declarada incapacitada permanente total o absoluta o gran inválida siguiendo el procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, se le deberá reconocer en todo caso un grado de minusvalía equivalente al 33 por 100 a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003⁷⁴.

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

⁷⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: «Del “principio” al “derecho” a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria», *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2004, pág. 175.



En suma, de acuerdo con esta segunda interpretación, desde la entrada en vigor de la Ley 51/2003, los conceptos de discapacidad e incapacidad han dejado de ser acepciones distintas. Esta Ley se mueve en la estrategia de «lucha contra la discriminación» y en la de «accesibilidad universal», desarrollando medidas a favor de un modelo de vida independiente, y es precisamente dentro de esta nueva estrategia en la que se inserta la renovada definición de discapacitado, que no limita su alcance «a los efectos de esta ley» sino que se extiende en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, en los que es preciso garantizar el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades. Superando las políticas asistencialistas, «se es discapacitado tanto a la hora de acceder a los subsidios previstos en el art. 12 LISMI, como a la hora de optar a las medidas de fomento del empleo previstas en el art. 26 Ley 56/2003, de Empleo, o a los demás programas o prestaciones y servicios sociales destinados a facilitar la plena integración y participación en condiciones de igualdad de las personas a las que el ordenamiento jurídico califica como discapacitadas, ya que de lo contrario se estaría burlando el espíritu y finalidad de la norma»⁷⁵. Defender una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre la base de la calidad de ciudadanos titulares del conjunto de todos los derechos humanos⁷⁶ avalan este segundo criterio interpretativo.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina (Sentencias de 21, 22 y 29 de marzo, 17 y 30 de abril, 19 de julio, 18 y 20 de septiembre y 16 y 18 de octubre de 2007)⁷⁷, parte de la idea de que el concepto de incapaz utilizado por las normas de Seguridad Social no puede equipararse al de minusválido y que ésta es una cualidad que sólo debiera predicarse de quienes previamente hayan obtenido una expresa declaración en tal sentido, de modo que el receptor de una pensión de incapacidad de Seguridad Social contributiva no es necesariamente minusválido y viceversa, aunque en algunas

⁷⁵ Sobre los argumentos de la STSJ, Social, Cantabria 6 febrero 2006 (rec. 126/2006), ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: «Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre, rec. núm. 1359/2006, y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)», cit., pág. 207.

⁷⁶ Tuset del Pino, P.: «La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez», AS, núm. 5, 2006, pág. 25.

⁷⁷ GARCÍA VALVERDE, M.D.: «A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (sentencias comentadas: STSJ de Extremadura de 12 de marzo de 2007 y STS de 21 de marzo de 2007)», AS, núm. 14, 2007, págs. 4 y ss.

cuestiones resultará posible la equiparación o tratamiento conjunto. Con mayor detalle, considera que los pensionistas por incapacidad permanente total o absoluta y por gran invalidez no quedan automáticamente equiparados a la condición de minusválidos o discapacitados a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003 por dos razones fundamentales:

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

De otro, y recurriendo a un argumento de interpretación finalista, porque son distintos los propósitos perseguidos por las normas de tutela de la discapacidad y las de la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo, mientras la definición de la minusvalía incluye otras dimensiones de la vida social, tal y como sucede con la educación y la participación en las actividades comunitarias, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia, y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos tal y como sucede con lo previsto en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, pero, junto a esos espacios de concurrencia, hay otros muchos que corresponden privativamente, bien a la Seguridad Social, bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados mediante uno y otro sector del ordenamiento social.

Con tal tesis, el Alto Tribunal entiende que las situaciones de incapacidad permanente protegidas por la Seguridad Social son aquéllas que derivan de una alteración de la salud siempre y cuando ésta incida sobre la capacidad laboral de la persona que la padece, exigiendo, como ya había manifestado la doctrina, «una conexión potencial o presente» con las aptitudes profesionales del trabajador⁷⁸. Las secuelas y limitaciones anatómicas y fun-

⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y ÁGUILA CAZORLA, O.: «Invalidez», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad social*, Murcia, 2003, pág. 721.



cionales que padezca el interesado han de conllevar una inhabilidad del trabajador para el desarrollo de la prestación laboral, sin tener en cuenta otra serie de factores personales o del mercado de trabajo⁷⁹. Al igual que el grado de minusvalía no tiene carácter vinculante para el órgano judicial (o administrativo) encargado de valorar la pérdida de capacidad para trabajar, pues son situaciones distintas y sin equiparación posible⁸⁰, tampoco cabe reconocer la equivalencia automática entre la situación de discapacitado y la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Tal interpretación, pese a su aparente bondad, no arregla del todo, sin embargo, aquella exclusión laboral especialmente sufrida por los erróneamente denominados «grandes discapacitados», siendo necesario establecer, de *lege ferenda*, otras medidas añadidas como pudiera ser la fijación en la disposición adicional 6.^a.1 de la Ley 30/2007 de una reserva, más pequeña que la genérica del 2 por 100, a favor de este subgrupo. Sus singulares circunstancias deben ser atendidas sin demora.

3.3.4. *El mutismo acerca de los medios de prueba*

No se acota de forma clara el espacio temporal a considerar para aplicar la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo a favor de aquellas empresas que cuenten en sus plantillas con un porcentaje de minusválidos no inferior al 2 por 100, pues se omite tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem*, optando, con una confusa redacción, por referir el momento en el cual la empresa ha de reunir el requisito exigido «al tiempo de acreditar su solvencia técnica», es decir, al momento de la admisión en la licitación. La prueba de las exigencias precisas para beneficiarse de la citada preferencia adjudicatoria deberá realizarse normalmente y, en último caso, al presentar la proposición, a la que deberán acompañarse precisamente los documentos que acrediten la solvencia técnica, no siendo suficiente con una simple declaración responsable, sino que es pertinente demostrar fehacientemente el cumplimiento de los requisitos precisos⁸¹. Esta referencia temporal plantea el problema de su extensión, ya que, si bien en algunos contra-

⁷⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente*, cit., pág. 28.

⁸⁰ Entre muchas, SSTSJ, Social, Galicia 5 marzo 2001 (rec. 3961/2001), Cantabria 4 febrero 2003 (rec. 605/2002), Asturias 8 abril 2005 (rec. 739/2004) y Cataluña 23 mayo 2006 (rec. 1033/2005).

⁸¹ AA.VV (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1427.

tos típicos la acreditación de la solvencia técnica se hace solamente a través de documentos generados por el proponente, en otros cabe que se efectúe, entre distintos medios, a través de controles hechos por la Administración o en su nombre por organismos oficiales, «lo cual llevaría, en este último caso, a que el requisito de un número mínimo de trabajadores minusválidos en plantilla venga referido, no tanto al momento de la presentación del documento justificativo de la solvencia por este medio de control específico, cuanto al momento mismo del control de la solvencia por la Administración»⁸². Lo más razonable es, pues, que en el propio pliego de condiciones administrativas se precise el concreto lapso temporal en que se haya de acreditar este requisito, dentro de las posibles interpretaciones que caben en el marco de la expresión, ciertamente imprecisa, del texto legal.

A la postre, no se determinan tampoco las formalidades necesarias para justificar ante la Administración, en el momento indicado, el cumplimiento de la reserva. Para suplir esta laguna, cabe acudir a lo previsto en el art. 5 del Real Decreto 1451/1983, que recoge el deber de remitir al servicio público de empleo, dentro del primer trimestre de cada año y con conocimiento de los representantes de los trabajadores, una relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad⁸³. En consecuencia, un certificado del servicio público de empleo haciendo constar este extremo serviría como medio fundamental de prueba, sin marginar, ante el silencio legal, otros posibles de los que pudiera valerse la empresa.

3.4. El necesario cumplimiento de estrictos requisitos

La selección de los contratistas privados por la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretende garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Administración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público⁸⁴. Sin quebrar esta premisa de partida, la disposición adicional 6.ª de la LCSP parte del carácter social *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos, a la vista de

⁸² AA.VV (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1171.

⁸³ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas», en AA.VV (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, cit., pág. 85.

⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T.II, 11.ª edición, Madrid, 2002, pág. 702.



las características de los sujetos de los que se predica la preferencia en la adjudicación. Se trata, pues, de un precepto legal de capital importancia, no en vano «introduce la posible consideración de los aspectos sociales en la adjudicación de los contratos públicos, intentando dar satisfacción a un fin de interés general, aunque distinto del que preside la celebración del contrato administrativo en concreto, esto es, un fin público “adicional” al fin principal “natural” del vínculo contractual»⁸⁵.

Constituye, por tanto, una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas⁸⁶, quienes pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) para las proposiciones presentadas por aquellos empleadores que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores minusválidos, siempre y cuando se den, lógicamente, los condicionantes previstos y exigidos para ello.

3.4.1. *Inclusión en el pliego de cláusulas particulares*

La utilización de esta prioridad en las adjudicaciones requiere de su previsión expresa en el pliego de condiciones particulares del contrato a adjudicar. Atendiendo al soporte contractual que liga al Ente público con la empresa adjudicataria, los pliegos de condiciones generales y particulares definen los derechos y obligaciones que ambas partes asumen como contenido del contrato, formalizado por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación al concesionario⁸⁷.

Los pliegos de condiciones generales contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas aplicables, en principio, a todos los vínculos contractuales de objeto análogo, debiendo incorporar los siguientes aspectos: ejecución del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes y régimen económico; modificaciones del vínculo administrativo, supuestos y límites; resolución; extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación (art. 66 Real Decreto 1098/2001, de 12 de oc-

⁸⁵ GONZÁLEZ PEQUEÑO, H.: «Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas», *JA*, núm. 20, 2003, pág. 66.

⁸⁶ MELERO ALONSO, E. y ESPÍN SÁEZ, M.: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas: fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, págs. 13 y ss.

⁸⁷ Informe número 71/99, de 11 de abril de 2000, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

tubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —RCAP—⁸⁸. Su objetivo es garantizar «cláusulas contractuales de salvaguardia que, ya experimentadas, pongan a la Administración a salvo de sorpresas desfavorables, evitando la heterogeneidad de obligaciones que surgirían si cada autoridad competente pudiera acordar contenidos contractuales absolutamente diversos»⁸⁹. La función que asumen en los contratos públicos los pliegos de cláusulas administrativas generales es, a la postre, la de procurar una cierta homogeneidad o uniformidad en el contenido de los que de un tipo concreto celebre una Administración⁹⁰.

Los pliegos de condiciones particulares, por su parte, definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones específicos del contrato a celebrar, de cuyo contenido forman parte tras la adjudicación (antiguo art. 49.5 LCAP y actual art. 99.2 LCSP)⁹¹. Estos pliegos determinan la dinámica de la relación contractual en la medida en que se convierten en cláusulas del contrato⁹². Pueden ser definidos como los actos administrativos aprobados por la Administración antes de la perfección del vínculo contractual en los que quedan fijados los términos conforme a los cuales éste debe ser cumplido ya que se explicitan en ellos las condiciones que definen los derechos y obligaciones de cada una de las partes⁹³.

Debido a su permanencia y supletoriedad⁹⁴, los pliegos de condiciones administrativas generales han sido equiparados en ocasiones a verdaderas normas jurídicas de derecho voluntario⁹⁵, pero, en realidad, no pasan de ser cláusulas típicas cuya obligatoriedad no nace *ex lege* sino *ex contractu*, al

⁸⁸ TORNOS MAS, J.: «De las actuaciones relativas a la contratación», en AA.VV (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 282.

⁸⁹ VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983, pág. 73.

⁹⁰ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas», en AA.VV (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1161.

⁹¹ SSTs, Cont-Admtivo, 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

⁹² SSTs, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

⁹³ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas», cit., pág. 1163.

⁹⁴ SSTs, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

⁹⁵ STS, Cont-Admtivo, 16 marzo 1998 (RJ 2172).

amparo del principio de libertad de contratación⁹⁶. Precisamente su naturaleza contractual, que no reglamentaria, explica la posibilidad de que los pliegos de condiciones particulares los modifiquen, sin otro requisito que el preceptivo informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (antes, art. 50 LCAP y, ahora, art. 99.5 LCSP)⁹⁷. Como es lógico, los pliegos de condiciones particulares reguladoras de los contratos tampoco tienen naturaleza reglamentaria, pues carecen de las notas de generalidad y permanencia temporal necesarias⁹⁸, pero a ellos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios, cuya presentación ante el órgano de contratación supone la aceptación incondicional de sus cláusulas e incorporados al vínculo contractual como anexo del mismo constituyen el marco expreso que ha de regir las relaciones jurídicas bilaterales⁹⁹. Precisamente, por ello, cobra pleno sentido la inclusión de la preferencia aquí analizada en estos últimos.

Esto significa, de un lado, que todos los empresarios han de conocer, antes de formular sus proposiciones, que éstas pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios, y, de otro, que la Administración contratante va a quedar vinculada a la aplicación de esta preferencia cuando concurren los colectivos mencionados y se cumplan los requisitos que establece la presente norma¹⁰⁰. Lo decisivo es, pues, que la prioridad se incorpore al contrato a través del pliego y vincule así a la Administración y licitadores¹⁰¹.

Dicho de otra manera, no existe un derecho subjetivo de los sujetos cualificados a la utilización por la Administración contratante de esta preferencia en la adjudicación, pero si ésta se acuerda y, por tanto, se incluye en el pliego de condiciones, sí surge una firme prerrogativa para su aplicación por parte de los colectivos beneficiarios concurrentes si se dan las demás circunstancias y requisitos establecidos en las norma. La decisión de utili-

⁹⁶ STS, Cont-Admtivo, 6 mayo 1992 (RJ 4273) e Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 71/1999, de 11 de abril de 2000 y 29/2000, de 30 de octubre de 2000.

⁹⁷ SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 213.

⁹⁸ ATS, Cont-Admtivo, 24 julio 1995 (RJ 6097).

⁹⁹ SSTS, Cont-Admtivo, 25 julio 1989 (RJ 6111), 21 enero 1994 (RJ 144) y 28 noviembre 2000 (RJ 9625).

¹⁰⁰ AA.VV (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1167.

¹⁰¹ AA.VV (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1426.

zación o no de la preferencia en la adjudicación resulta así una potestad discrecional, que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano de contratación competente para la aprobación del pliego de condiciones particulares, que es el que ha de incluir o no la preferencia aquí analizada ¹⁰².

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

Por lo mismo, tampoco cabe que una instrucción u orden de servicio pueda establecer una previsión en el sentido aquí analizado. Comienza a ser una práctica bastante extendida la aprobación por los órganos de contratación de instrucciones dirigidas a quienes intervienen en la configuración del expediente de contratación, en las cuales se incluyen los criterios de adjudicación que habrían de tomarse en consideración en los concursos. Ahora bien, la vinculación para las partes de la preferencia aquí estudiada no derivaría de la inclusión en la propia instrucción sino en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. La instrucción, en cuanto mecanismo concebido para potenciar el principio administrativo de jerarquía organizativa, sólo obliga a los inferiores jerárquicos de quien la aprueba, pero no a terceros ajenos a la Administración. Las instrucciones son aprobadas por el órgano de contratación, el mismo que aprueba los pliegos de cláusulas, pero la vinculación deriva —permítase la reiteración— de la inclusión en el correspondiente pliego ¹⁰³.

En definitiva, la omisión en el pliego de condiciones particulares de la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de los licitadores mencionados en la disposición adicional 6.ª.1 de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurren todos los demás requisitos, tanto objetivos como subjetivos, previstos en la norma.

¹⁰² AA.VV (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1167.

¹⁰³ AA.VV (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1427.



3.4.2. *Equivalencia entre ofertas*

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

La preferencia en la adjudicación establecida en la disposición adicional aquí analizada queda reducida en su marco de aplicación por la exigencia de este requisito de equivalencia atendiendo a dos razones fundamentales: De un lado, la encomienda del contrato a los sujetos cualificados a los que va destinada únicamente se materializará cuando haya un empate entre la proposición formulada por alguno de éstos y las ofertadas por otro u otros sujetos concurrentes, motivo por el cual si la proposición presentada por alguno de los beneficiarios resulta menos ventajosa respecto de las formuladas por otros licitadores no cualificados, decae la aplicación de la preferencia y, por tanto, deberá adjudicarse el contrato a la proposición más ventajosa, con independencia del sujeto que la formule. De otro, si la proposición presentada por alguno de los colectivos cualificados es, por sí misma, la más ventajosa, tampoco es de aplicación la preferencia aquí establecida, ya que en este caso la adjudicación debe obedecer a la mayor ventaja intrínseca en la oferta y a la no actuación de la preferencia determinada por la cualificación de los sujetos proponentes ¹⁰⁴.

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

¹⁰⁴ AA.VV (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1167.

sujeto, tomando en consideración la propia oferta, no las especiales condiciones subjetivas de una u otra empresa licitadora¹⁰⁵.

4. OTRAS MEDIDAS DE TUTELA

El alcance de la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de aquellos empleadores que cuenten con un porcentaje de trabajadores minusválidos en sus plantillas superior al 2 por 100, pese a su apariencia, es bastante limitado, por tres razones fundamentales: primera, porque la expresión «podrán» demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos, de ahí la importancia del esfuerzo llevado a cabo en determinados sectores gubernamentales (no en todos) para dotarla de de mayor eficacia¹⁰⁶; segunda, porque la prioridad que se establece lo es para el supuesto de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, lo cual reduce bastante su marco de aplicación; y tercera, porque la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que al tener que venir necesariamente establecida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y referida al momento de acreditar solvencia técnica, serán las propias entidades empresariales las que tengan que demostrar, no simplemente declarar, que cumplen el requisito exigido, resultando obvio que la organización productiva que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas aun cuando efectivamente cuente con un elevado porcentaje de mano de obra discapacitada¹⁰⁷.

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

¹⁰⁵ AA.VV (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1423.

¹⁰⁶ Así ha ocurrido, sin ánimo exhaustivo, con los Ministerios de Sanidad y Consumo, Trabajo o Asuntos Exteriores. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., pág. 61.

¹⁰⁷ AA.VV (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1428. En este sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 16 de diciembre de 1998.



4.1. Prohibiciones para contratar con la Administración

El art. 49 c) de la LCSP [anterior art. 20 d) LCAP] impide contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurren determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad». Procede alertar sobre la existencia de ciertas diferencias entre la redacción legal actual de esta prohibición y su precedente, pues el art. 20.1 d) de la LCAP sólo se refería a la sanción firme derivada de infracción grave en materia de «integración laboral de minusválidos», lo cual hacía únicamente referencia en aquel momento al incumplimiento tanto de la cuota de reserva anteriormente mencionada como de las medidas alternativas a las que también se ha hecho referencia¹⁰⁸. Aun cuando tal previsión «suponía un paso más del legislador, éste por vía sancionadora, para hacer cumplir con la normativa de integración en el mercado de trabajo de los minusválidos»¹⁰⁹, algún sector de la doctrina la había considerado un poco exagerada, ya que «ni siquiera la propia Administración cumplía con la cuota»¹¹⁰.

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

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., pág. 62.

¹⁰⁹ ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

¹¹⁰ CES: *Informe 5/1995, de 26 de octubre, sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, 1995, pág. 59.

gada la Ley 49/2007, de 26 de diciembre ¹¹¹, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyos arts. 16.3 y 16.4 tipifican, respectivamente, las infracciones graves ¹¹² y las muy graves (las cuales lógicamente deben de entenderse también incluidas aunque la disposición adicional 6.ª sólo se refiere a las primeras, pues, en otro caso, quedaría mejor tratado el sujeto al que se le hubiera impuesto mayor sanción) ¹¹³.

¹¹¹ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.

¹¹² Son infracciones graves: a) los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable; b) la imposición abusiva de cualquier forma de renuncia total o parcial a los derechos de las personas por razón de su discapacidad, basada en una posición de ventaja; c) el incumplimiento deliberado del deber de sigilo y confidencialidad; d) el incumplimiento de los requerimientos específicos que formulen las autoridades; e) la obstrucción o negativa a facilitar la información solicitada por las autoridades competentes o sus agentes, que sea legalmente exigible, en orden al cumplimiento de las funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución en los términos previstos en esta Ley; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas sobre accesibilidad de los entornos, instrumentos, equipos y tecnologías, medios de transporte, medios de comunicación y de los productos y servicios a disposición del público que obstaculice o limite su acceso o utilización regulares por las personas con discapacidad; g) la negativa por parte de las personas obligadas a adoptar un ajuste razonable, en los términos establecidos en el art. 7 c) de la Ley 51/2003; h) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las previsiones efectuadas en el art. 10.2 f) de la Ley 51/2003, en lo referente a la elaboración de los planes especiales de actuación para la implantación de las exigencias de accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate; i) la coacción, amenaza o represalia ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal, reclamación, denuncia o participen en procedimientos ya iniciados para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, así como la tentativa de ejercitar tales actos; j) la comisión, en el plazo de tres meses y por tres veces, de la misma infracción leve.

¹¹³ Son infracciones muy graves: a) las vejaciones que padezcan las personas en sus derechos fundamentales por razón de su discapacidad; b) las acciones que deliberadamente generen un grave perjuicio económico o profesional para las personas con discapacidad; c) conculcar deliberadamente la dignidad de las personas con discapacidad imponiendo condiciones o cargas humillantes para el acceso a los bienes, productos y servicios a disposición del público; d) generar deliberadamente situaciones de riesgo o grave daño para la integridad física o psíquica o la salud de las personas con discapacidad; e) las conductas calificadas como graves cuando sus autores hayan actuado movidos, además, por odio o desprecio racial o étnico, de género, orientación sexual, edad, discapacidad severa o no posibilidad de representarse a sí mismo; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad en la planificación, diseño y urbanización de los entornos, productos y servicios a disposición del público que impida el libre acceso y utilización regulares por las personas



Razones de seguridad jurídica aconsejan, no obstante, que este tipo de sanción [la prohibición de contratar con la Administración recogida en el art. 49 c) LCSP] hubiera sido mencionado expresamente entre el elenco de sanciones accesorias a las que hace referencia el art. 6 de la Ley 49/2007, que se refiere sólo a la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas o hubiera solicitado en el sector de la actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

Pese a este inconveniente, no cabe minusvalorar la importancia, siquiera testimonial de esta prohibición, pues como con acierto se ha dicho «esencia de la honorabilidad del contratista será su respeto y cumplimiento de las normas y reglas profesionales»¹¹⁴. Merecen, por tanto, los más encendidos reproches aquellas opiniones conforme a las cuales resulta «absolutamente desproporcionado» que a la sanción a imponer por el incumplimiento «se le superponga una pena accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas (euros), con pérdidas de numerosos puestos de trabajo en aquellas empresas cuya actividad depende directamente de la contratación con las Administraciones públicas»¹¹⁵.

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

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

con discapacidad; g) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad que impida o dificulte gravemente el ejercicio de derechos fundamentales y el disfrute de libertades públicas por parte de las personas con discapacidad; h) la comisión de tres infracciones graves en el plazo de un año, así como las que reciban expresamente dicha calificación en las disposiciones normativas especiales aplicables a cada caso.

¹¹⁴ FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Madrid, 1997, pág. 78.

¹¹⁵ Voto particular al Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, en CES: *Informe 5/1998, de 27 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, pág. 21.

expediente de contratación ¹¹⁶, pues completan la cláusula administrativa al tiempo que definen el compromiso contractual ¹¹⁷.

Es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero, también y sobre todo, en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de los ciudadanos. La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación indirecta, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllos que no lo son. Las barreras arquitectónicas no sólo dificultan la vida diaria del discapacitado, sino también —y por lo que aquí interesa— la prestación de su fuerza de trabajo. Por este motivo, se hace necesaria la adaptación de las empresas a la discapacidad, lo cual requiere normalmente un coste económico al que no siempre son favorables las entidades productivas. En este sentido, la Directiva 2000/78 establece que se deben llevar a cabo los «ajustes razonables allí donde sean necesarios, para que dichas personas puedan acceder al empleo, tomar parte en él o progresar profesionalmente». Por su parte, la Recomendación (2006)5 del Consejo de Europa sobre el Plan de Acción para la promoción de derechos y plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad (2006-2015), entre sus líneas de acción clave, alude a la necesidad de conseguir un «entorno construido accesible y sin obstáculos que favorecerá la igualdad de oportunidades, la autonomía, la participación en la sociedad y el acceso al empleo» ¹¹⁸.

En el marco del Derecho interno, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) indica, en su art. 15.1 d), que el empleador «deberá adaptar el trabajo a la persona» y en su art. 25 que «garantizará de manera específica la protección de estos trabajadores»; el Plan de Empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI «propone poner en marcha un Plan de Accesibilidad al Medio de Trabajo»; como una medida más concreta, el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores minusválidos, incluye la posibilidad de las empresas de solicitar subvenciones «con cargo

¹¹⁶ AA.VV (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004, pág. 281.

¹¹⁷ AA.VV (ARIÑO y ASOCIADOS): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, pág. 644.

¹¹⁸ Recomendación adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961.ª reunión de Delegados de Ministros. www.mtas.es



al servicio público de empleo estatal» para «eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los minusválidos»¹¹⁹. En fin, el art. 37 bis de la LISMI (tras la redacción proporcionada al mismo por la Ley 62/2003) establece la obligación empresarial «de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad a la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa». No basta, por tanto, con hacer accesible la organización productiva o adaptar el puesto de trabajo, sino que el deber legal abarca ambos extremos, con la única excepción de que ello suponga una onerosidad excesiva para la actividad empresarial, que en todo caso debe ser probada.

Dentro de esta línea de actuación, no cabe soslayar la importancia de la previsión incorporada en el art. 101 de la LCSP, pues contribuye a suprimir cuantos obstáculos urbanísticos y arquitectónicos, en la movilidad y en la comunicación, impidan que las personas minusválidas puedan desarrollar una vida activa y participativa en la comunidad, si bien cabe cuestionar, no obstante, la incorporación de la expresión «en la medida de lo posible», pues los criterios de accesibilidad han de tenerse en cuenta, en todo caso, como regla general. Lo que sí aclara el art. 101 de la LCSP es que en el supuesto de no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia por el órgano de contratación¹²⁰, lo cual no deja de suponer ciertas garantías para el colectivo aquí analizado.

4.3. Reserva de participación para centros especiales de empleo

La disposición adicional séptima de la LCSP recoge la posibilidad de reconocer una «reserva de participación en procesos de licitación para centros especiales de empleo o bien una reserva de ejecución de contratos en programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole

¹¹⁹ MORALES ORTEGA, J.M.: «Los destinatarios de la política de empleo», en AA.VV (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 307.

¹²⁰ CES: *Dictamen 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2006, pág. 17.

o a la gravedad de sus deficiencias no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales». Supone otra de las novedades (de nuevo de carácter potestativo) tendentes a mejorar las bajas tasas de empleabilidad de los minusválidos con el solo requisito de que en el anuncio de licitación se haga referencia a esta reserva.

Adolecer de una capacidad de trabajo notoriamente disminuida que imposibilite al minusválido prestar una ocupación en una empresa ordinaria, se constituye en el requisito de base para acceder a centros especiales de empleo, definidos como aquéllos cuya plantilla está constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso de producción, y «cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado y teniendo como finalidad la de asegurar un empleo remunerado y una prestación de servicios de ajuste personal y social; a la vez que un medio de integración de la más elevada cota posible de discapacitados al régimen del trabajo normal» (art. 42.1 LISMI) ¹²¹.

Precisamente en atención a la función social que cumplen esos centros, ya sean públicos o privados (con o sin ánimo de lucro), el legislador ha venido primando la creación y viabilidad de los mismos a través de una serie de ayudas y subvenciones económicas, a la par que incentivando la creación directa y el mantenimiento de los puestos de trabajo especiales para minusválidos. En concreto, la primera norma donde se encuentra el apoyo a la creación de centros de empleo protegido, esto es, de acogida, en fomento del empleo, de trabajadores minusválidos, es la Orden de 7 de noviembre de 1968, la cual concedía una serie de ayudas que consistían: por un lado, en subvenciones y préstamos para la creación y mantenimiento del propio centro (ampliación de locales, mejora de las instalaciones, adquisiciones de material...), y por otro, en auxilios destinados a sufragar los gastos derivados del alojamiento y/o manutención de los discapacitados. Con posterioridad, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre trabajadores minusválidos, dedica una serie de disposiciones destinadas a fomentar la ocupación de este colectivo, incidiendo en el interés público por potenciar la creación de centros de empleo protegido, su ampliación o mejora de los existentes, diseñando una bonificación en la cuota empresarial por los trabajadores minusválidos que prestan servicios en los mismos ¹²².

¹²¹ GARRIDO PÉREZ, E.: «Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción», *TL*, núm. 51, 1999, pág. 64.

¹²² TUSET DEL PINO, P.: «El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Gestión y financiación», en AA.VV (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 155 y ss.



Finalmente, toda esta línea de promoción de centros de empleo protegidos fue reforzada por la LISMI al apuntar cómo las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias y a través del estudio de necesidades sectoriales, habrían de fomentar la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo, sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades, a la vez que deberían promocionar la dotación de puestos especiales para minusválidos mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales objetivos (art. 45.2). Pero es básicamente en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, regulador de los centros especiales de empleo, donde se indica cómo entre las diversas fuentes de financiación de estos centros, se encuentran, por un lado, las ayudas que para su creación puedan establecer los programas de fomento del empleo y, por otro, los auxilios de mantenimiento a los que pueden acceder como consecuencia de los programas de apoyo al empleo establecidos por las Administraciones públicas, los cuales consisten en subvenciones por plaza ocupada por minusválido, bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social y subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y para la eliminación de barreras arquitectónicas. Ayudas todas estas que son precisamente las que se han venido recogiendo en las sucesivas convocatorias anuales de subvenciones públicas y programas de fomento desde 1984 hasta el momento presente ¹²³.

Los centros especiales de empleo no solamente se asimilan a la empresa ordinaria estructurándose sobre una actividad productiva y una participación regular en las operaciones de mercado (art. 42 LISMI), sino que se benefician también del reconocimiento y la ayuda de las instituciones públicas mediante su inscripción en un registro especial y el acceso a bonificaciones y subvenciones destinadas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo con el fin último de poder cumplir con la función social que tienen encomendada (art. 43 LISMI) ¹²⁴. Dentro de esta línea de tutela pública tendente a favorecer la inserción de trabajadores discapacitados en el mercado ordinario a través de los centros especiales de empleo destinados a facilitarles una ocupación y unos servicios de ajuste personal y social capaz de permitir que tales trabajadores se encuentren en mejores condiciones que las iniciales de partida para poder acceder a las empresas ordina-

¹²³ LAHERA FORTEZA, J.: «Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados», en AA.VV (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, págs. 89 y ss.

¹²⁴ TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000, pág. 147.

rias ¹²⁵, no puede extrañar que la disposición adicional séptima de la LCSP siga la estela de la Directiva 2004/18, en el sentido siguiente: a los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y de contribuir a la inserción en la sociedad de los grupos más desfavorecidos, esta Directiva, en su precepto número 19, establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan reservar, sin especificar cuantitativamente esa reserva, la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre que la mayoría —es de suponer que a partir de la mitad más uno— de los trabajadores afectados, sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales ¹²⁶. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado también, reiterando el tenor de la norma comunitaria, que «los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales» ¹²⁷. Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido admitiendo, igualmente y sin óbice alguno, la posibilidad de reservar determinados contratos a cooperativas y otras empresas de economía social ¹²⁸.

Cabe deducir, pues, con toda claridad que la prestación de servicios a favor de un centro especial de empleo tiene la consideración de auténtico trabajo protegido merecedor de la reserva recogida en la disposición adicional 7.ª de la LCSP. No se alcanza a comprender, sin embargo, la ausencia de todo tipo de referencia a los centros ocupacionales en esta misma disposición, no en vano éstos ofrecen a las personas minusválidas, cuya capacidad queda por debajo de los límites que permiten su integración dentro de la fórmula productiva del centro especial de empleo, el desarrollo de una ocupación o actividad frontera entre el trabajo y los tratamientos de rehabilitación a través de la ocupación y la prestación de actividad; en tales centros se realizan trabajos no estrictamente productivos, cuya finalidad esen-

¹²⁵ GARRIDO PÉREZ, E.: «El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial», en AA.VV (ROMERO RÓDENAS, M.J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pág. 56.

¹²⁶ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 235.

¹²⁷ STJCE 1997/129, de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare-Lombardía.

¹²⁸ STS, Cont-AdmTivo, 3 julio 1991 (RJ 1991, 6548).

cial es potenciar y desarrollar las capacidades sociales y profesionales del discapacitado, con el fin último de conseguir su adaptación psicológica, médica, social y profesional, procurando colocar a la persona discapacitada en aquellas tareas más adaptadas a su situación personal (Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre) ¹²⁹. La única explicación posible a la ausencia de todo tipo de mención a estos centros ocupacionales en la disposición adicional 7.ª de la LCSP puede encontrarse en el hecho de que la actividad llevada a cabo en los mismos no es estrictamente laboral, sino formativa y de terapia, de modo que los centros ocupacionales no tienen naturaleza empresarial sino de servicio social (art. 6 LISMI). Tal justificación quiebra, no obstante, si se tiene en cuenta la siguiente argumentación:

Cierto es que mientras los centros especiales de empleo se configuran como auténticas estructuras empresariales en las que los minusválidos prestan un trabajo productivo y remunerado, con vistas no sólo a su mayor capacitación social y profesional, sino también a un posible acceso al régimen de trabajo ordinario, los centros ocupacionales desarrollan, empero, un servicio social, permitiendo que los minusválidos realicen una serie de actividades o labores no productivas (terapia ocupacional) a la vez que reciben unos tratamientos de ajuste personal y social capaces de procurar a su favor una mayor habilitación personal y una mejor adaptación a la realidad social. A diferencia, pues, de los primeros, estos últimos vienen caracterizados por su finalidad esencialmente terapéutica, desarrollando programas orientados a la conservación de las facultades de los minusválidos, a su autonomía y a su satisfacción personal y social, lo que acoge igualmente su preparación para prestar en el futuro una actividad laboral o productiva ¹³⁰. La distinta configuración de unos y otros centros se hace, pues, partiendo del grado de discapacidad que tuviera el minusválido y, dependiendo de la misma, posibilitándose que éste pueda realizar bien una actividad laboral productiva (en un centro especial de empleo) o bien no productiva (en un centro ocupacional) ¹³¹.

Sin embargo, no puede dejar de advertirse el peligro de que en los centros ocupacionales se puedan estar realizando por parte de trabajadores minusválidos una serie de servicios o tareas que encubren en esencia una

¹²⁹ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J.M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*, Valencia, 2000, pág. 169.

¹³⁰ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, pág. 47.

¹³¹ IGARTUA MIRÓ, M.T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003, pág. 130.

auténtica relación laboral. La falta de contornos claros dentro de lo que debe ser una ocupación de naturaleza jurídico-laboral y otra de índole terapéutica, y lo más preocupante, la carencia de precisiones normativas al respecto y de un control y seguimiento público de las actividades desarrolladas por los centros ocupacionales (al menos en atención al correcto destino de las subvenciones y ayudas otorgadas), facilita en esencia posibles desviaciones funcionales de una medida de formación ocupacional básica y de servicio social como es la que se trasluce tras un centro ocupacional hacia una auténtica prestación de servicios profesionales retribuidos y por cuenta ajena¹³². Por tales razones, procede apostar porque una futura reforma legislativa incluya también a los centros ocupacionales dentro de la reserva aquí analizada, no en vano la finalidad de la disposición adicional 7.ª de la LCSP no es otra que la tantas veces mencionada: el incremento de las escasas tasas de ocupación de los discapacitados.

5. REFLEXION FINAL

La preocupación del sistema de contratación pública por promocionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios privados, en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de un interés general tan importante como es el del fomento de la ocupación de los discapacitados no puede ser minusvalorada. Sin perder de vista cómo la promoción y estabilidad en el empleo de estas personas es un claro propósito que, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, se ha venido incorporando tradicionalmente al ordenamiento positivo y de forma exclusiva a través de incentivos directos a su reclutamiento (a modo de subvenciones, bonificaciones y exenciones fiscales o de Seguridad Social), lo cierto es que una de las novedades más importantes que la LCSP incorpora a su articulado es precisamente la dotación de mecanismos que permiten introducir en el sistema de contratación pública consideraciones de tipo social destinadas a conseguir una adecuación de la oferta y demanda de ocupaciones en un mercado cada vez más fragmentado, en el cual las personas con discapacidad salen gravemente perjudicadas. Ahora, no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos, sino que, sin quebrar esta premisa de partida, el párrafo primero la disposición adicional 6.ª de esta nueva Ley tiene

¹³² GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., pág. 49.



en cuenta también el carácter transversal *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos a la vista de las características de los sujetos (empresas que den ocupación a un porcentaje de trabajadores superior al 2 por 100) respecto de los que se predica una preferencia en la adjudicación, siempre y cuando concurra una equivalencia entre ofertas más ventajosas.

Ahora bien, pese a este importante avance en aras de la tan ansiada justicia social a favor de una de las calificadas como «capas más débiles» (léase las personas discapacitadas), lo cierto es que la incidencia de los criterios de desempate a la hora de proceder a la atribución de un determinado vínculo contractual administrativo, previstos en los pliegos de cláusulas particulares (tal y como exige la LCSP), va a quedar bastante relegada en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, no en vano en una valoración en la que se incluyen décimas o centésimas de puntos resulta difícil un equilibrio técnico entre distintas propuestas que justifique la inclinación de la balanza a favor de aquella oferta que más contribuya a elevar los índices de ocupación del colectivo aquí analizado.

No parece oportuno, en consecuencia, magnificar los efectos beneficiosos de la nueva disposición adicional 6.^a.1 de la LCSP, pues ello supondría atribuir la postulación de bondades que la práctica se puede encargar de contradecir con mayor o menor contundencia, pero tampoco cabe menospreciar su bondad, no en vano adopta como punto de partida la premisa siguiente: corresponde a la acción pública, significativamente a través del señuelo de la contratación, la función instrumental de fomentar y estimular, de facilitar y favorecer, la inserción y reinserción en el mercado de trabajo de quienes más dificultades presentan. Procede seguir avanzando por esta senda. La entidad de los bienes en juego demuestra que aún queda mucho por hacer.