

Informe 53/08, de 29 de enero de 2009. «Medidas que contribuyan y fomenten la integración de personas discapacitadas»

Clasificaciones de los informes: 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES.

Por el Secretario General Técnico del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte se formula la siguiente consulta:

«El Ministerio de Educación, Política Social y Deporte está especialmente interesado en promover medidas que contribuyan y fomenten la integración real y efectiva de los colectivos más desfavorecidos, entre los que se encuentran las personas que padecen algún tipo de discapacidad, en cumplimiento de las previsiones establecidas en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los Minusválidos.

Por este motivo, de conformidad con el artículo 299 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, se solicita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, como órgano consultivo específico en materia de contratación de la Administración General del Estado, que analice y se pronuncie sobre la legalidad y la oportunidad de la inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales o Particulares de las previsiones que se describen a continuación:

1. Establecer la obligación de dedicar a la ejecución del contrato de que se trate a un determinado número de trabajadores con discapacidad. La propuesta afectaría a los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que establecerían como condición especial de la ejecución del contrato, de tipo social, la obligación de dedicar a la ejecución del contrato a un número determinado de trabajadores con discapacidad, de modo que se pudiera fijar este número por el propio órgano de contratación en función del contrato de que se trate. Así, tanto los anuncios de licitación como los pliegos indicarían expresamente la inclusión de esa previsión en relación con la ejecución del contrato.

En el supuesto de que esta condición especial de ejecución no se cumpliera podría plantearse la posibilidad de sancionar con la resolución del contrato, a tenor de lo previsto en el artículo 206 apartado g) de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

2. Obligación de tener en cuenta como criterio de adjudicación el número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato.

La propuesta supondría que los órganos de contratación tendrían la posibilidad de tener en cuenta el criterio del número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato a la hora de efectuar la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. En esta línea, se abriría la posibilidad de establecer una ponderación por este criterio, que podría mantenerse en un rango no inferior al 5% ni superior al 20% del total de la baremación de las ofertas presentadas.

3. Reserva de la adjudicación de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo y de su ejecución a Programas de Empleo Protegidos.

La propuesta supondría sustituir el carácter potestativo de la disposición adicional Séptima de la Ley 30/2007 por la obligatoriedad de la reserva del 5% del importe total anual de la contratación a favor de Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

4. Garantía de accesibilidad para las personas con discapacidad. Esta propuesta consistiría en establecer expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas que la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales se realicen teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Cuatro son las cuestiones que plantea la consulta cuyo examen va a realizar la Junta Consultiva, tal como aparecen numeradas en el propio texto de la misma.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cada una de ellas, interesa indicar que el Secretario General Técnico del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte pide que la Junta analice y se pronuncie sobre la legalidad y la oportunidad de la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas generales o particulares de las cuestiones que somete a su consideración.

Sin embargo, este órgano, por su propia naturaleza, sólo puede pronunciarse sobre la legalidad de las cuestiones que se le consultan, no siendo cuestión atribuida a su competencia hacer valoraciones sobre la oportunidad de la adopción de las medidas a que se refiere la consulta, cuestiones cuya resolución corresponde exclusivamente a los órganos de contratación de cada Departamento, organismos o Administración Territorial de que se trate.

2. Una vez aclarado el punto anterior, procede entrar en el análisis de cada una de las cuestiones planteadas. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos a celebrar por las diferentes Administraciones una cláusula que contenga como condición especial de ejecución del contrato, la obligación de dedicar a la ejecución del mismo a un número determinado de trabajadores con discapacidad.

A este respecto cabe señalar que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la que en adelante nos referiremos como Ley de Contratos del Sector Público, establece en su artículo 102 que *“los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”*.

El precepto transcrito se refiere a la cuestión planteada en la consulta, si bien debe hacerse una precisión. En efecto, si lo que se consulta es la posibilidad de establecer con carácter general la obligación de incluir esta cláusula en los pliegos correspondientes, la Junta no podría secundar este planteamiento habida cuenta de que el precepto transcrito concede de los órganos de contratación la facultad de establecer la condición de ejecución mencionada, pero en ningún momento la Ley da pie para admitir que se imponga a todos los órganos de contratación la obligación de incluirla. Naturalmente, siempre quedaría a salvo la posibilidad de que los órganos competentes para ello, dictaran instrucciones imponiendo a los órganos jerárquicamente subordinados la obligación de incluir dichas cláusulas en los pliegos.

Si por el contrario, la consulta sólo se refiere a la posibilidad de incluir en los pliegos tales condiciones, es claro que el artículo 102 de modo expreso la admite. Como asimismo habría de darse la razón al órgano consultante cuando prevé que el incumplimiento de las condiciones de esta naturaleza que se puedan imponer sea considerado como causa de resolución del contrato tal como dispone el artículo 206 g) de la Ley de Contratos del Sector Público, supuesto que, junto con otros para el mismo caso está expresamente previsto en el artículo 102.2 de la misma Ley: *“Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 196.1, para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 206.g). Cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2.e)”*.

3. La consulta formula una segunda cuestión relativa a la obligación de tener en cuenta como criterio de adjudicación el número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato.

Con respecto a esta cuestión y en primer lugar, cabe hacer la misma consideración del supuesto anterior. Si lo que se plantea es el establecimiento de la obligación de los órganos de contratación de incluir necesariamente entre los criterios de adjudicación de los contratos el mencionado en el párrafo anterior, claramente debe decirse que tal posibilidad es contraria a la literalidad de la Ley.

La Ley de Contratos del Sector Público regula los criterios de adjudicación en su artículo 134.1: *“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente*

más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como...”.

Ello significa, ante todo, que los criterios de adjudicación a incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden ser cualesquiera de los mencionados en el artículo citado u otros no incluidos en él, con tal de que cumplan el requisito esencial de estar directamente vinculados al objeto del contrato. Es decir la enumeración que hace el artículo no es exhaustiva por lo que cabe utilizar criterios no recogidos en ella, y, al mismo tiempo, tampoco es obligatorio incluir ninguno de los criterios que ella menciona. En consecuencia no es posible exigir la inclusión obligatoria del criterio de adjudicación que se propone en los pliegos.

Cuestión diferente es la de si con arreglo a la Ley sería posible establecer, aunque sea voluntariamente por cada órgano de contratación, el criterio de adjudicación que se pretende. A este respecto ha de tenerse en cuenta que la Ley sólo exige el requisito de que los criterios a utilizar estén directamente vinculados al objeto de contrato, con lo que para determinar si es admisible o no como criterio de adjudicación la exigencia de que a la ejecución del contrato se dedique un número mínimo de trabajadores discapacitados, es preciso ante todo aclarar si tal exigencia cumple el requisito mencionado.

En primer lugar, debe decirse que la propia Ley parece seguir un criterio contrario a la posibilidad de incluir esta exigencia como criterio para la valoración de las proposiciones, toda vez que en la disposición adicional sexta le atribuye la virtualidad de otorgar preferencia en caso de empate entre dos o más proposiciones, con lo cual parece dar a entender que excluye la posibilidad de considerarlo como criterio de adjudicación.

Por otra parte, el propio artículo 134.1 entre los criterios que menciona se refiere a uno solo de contenido social, cuando menciona las características “vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”. Pues bien, este supuesto no abarca cualquier consideración de carácter social sino sólo aquellos contratos en que las prestaciones a contratar vayan destinadas a categorías de población especialmente desfavorecidas. En tales casos podrán establecerse criterios de adjudicación que tengan relación con las necesidades sociales cuya satisfacción constituya el objeto del contrato. Pero evidentemente no puede considerarse como el criterio social que permite valorar para la adjudicación a la oferta económicamente más favorable para el órgano de contratación la utilización de un determinado número o porcentaje de trabajadores con discapacidad.

La exigencia de utilizar mano de obra que reúna determinadas características juega su papel en la contratación pública como condición de ejecución o en la forma prevista en la disposición adicional sexta ya citada, pero no como criterio de adjudicación.

4. La tercera cuestión planteada se refiere a la posibilidad de sustituir el carácter potestativo de la disposición adicional séptima de la Ley 30/2007 por la obligatoriedad de la reserva del 5% del importe total anual de la contratación a favor de Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

Una vez más es preciso decir que tal pretensión carece de apoyo legal. Como el texto de la consulta reconoce la disposición adicional séptima establece una facultad: *“Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición”.*

Sin embargo, ni en la propia Ley de Contratos del Sector Público ni en ninguna otra disposición con rango suficiente existe norma que proporcione suficiente cobertura a la posibilidad de imponer con carácter general la obligación de recurrir a los supuestos que establece la disposición adicional séptima.

5. Se refiere por último la consulta a la posibilidad de establecer expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas que la determinación de los medios de comunicación

admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales se realicen teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Nada tiene que objetar la Junta, evidentemente, a que en los pliegos de cláusulas se recojan las exigencias a que hace referencia la consulta en este último apartado, si bien con respecto de los medios de comunicación admisibles, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 126 de la Ley de Contratos del Sector Público y concordantes en cuanto a los medios a través de los cuales debe darse publicidad a las convocatorias de los contratos y a las adjudicaciones de los mismos.

Al margen de ello, las restantes consideraciones a que se hace referencia, en la medida en que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre las impone como obligatorias es indudable que deben ser recogidas en los pliegos, especialmente aquellas que afectan a condiciones de accesibilidad que deberán ser tenidas en cuenta al diseñar las prestaciones contractuales.

CONCLUSIONES

1. Es posible desde el punto de vista legal establecer en los pliegos condiciones de ejecución que impongan al contratista la obligación, de emplear en la ejecución del contrato un determinado número de personas discapacitadas. Sin embargo, la Ley no autoriza a exigir la inclusión de condiciones de este tipo con carácter general.

2. No es posible exigir la utilización como criterio de adjudicación el número o porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla vinculados directamente a la ejecución del contrato, porque tal criterio no cumple el requisito de estar vinculado directamente al objeto del contrato.

3. No es admisible legalmente establecer el carácter obligatorio general de la norma contenida en la disposición adicional séptima de la Ley de Contratos del Sector Público, referente a los contratos reservados, toda vez que la propia Ley le atribuye un carácter facultativo.

4. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, en especial los de prescripciones técnicas deben recoger las exigencias que en cuanto a igualdad de oportunidades y accesibilidad se establecen en la ley 51/2003, de 2 de diciembre.