

## TRABAJO Y EXCLUSIÓN SOCIAL EN EL NUEVO SISTEMA DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

**SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO**

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



Este trabajo ha obtenido el 1.<sup>er</sup> Premio *Estudios Financieros 2008* en la modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, doña Teresa DÍEZ MERIEL, don Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE y doña Rosa María VIROLÉS PIÑOL.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de la autora.

### **Extracto:**

EL ejercicio de una ocupación remunerada, derecho y deber de todo ciudadano consagrado en el artículo 35 de la Constitución Española, presenta para las personas en situación de exclusión social numerosos problemas debido a la desmotivación personal, al desconocimiento o abandono de los hábitos laborales básicos, así como a la carencia de niveles educativos mínimos y la falta de adaptación profesional. Un paso importante en el intento de combatir esta realidad segregadora y de contribuir, al tiempo, a mejorar la calidad de vida de los sujetos marginados 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, cuya disposición adicional 6.<sup>a</sup> tiene como finalidad prioritaria facilitar la orientación y corrección de la iniciativa privada en la dirección deseada: el fomento del empleo de los sectores más vulnerables, superando criterios de duro utilitarismo o rudo pietismo, pues una u otra actitud terminan hermanadas en la negación de la dignidad humana de las denominadas «capas más débiles», que quedarían 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.

Con el nuevo sistema de contratación administrativa no solo 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 premisa de partida, se toma en consideración el carácter transversal *in genere* aplicable a ciertos contratos administrativos a la vista de las características de aquellos empresarios de los que se predica una preferencia en la adjudicación del vínculo contractual público

**Palabras clave:** exclusión social, contratación pública, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro y organizaciones de comercio justo.

# Sumario

- I. Planteamiento.
- II. El contrato administrativo como instrumento al servicio de la política de empleo a favor de las capas «más débiles».
- III. La preferencia en las adjudicaciones.
  1. Previsión en el pliego de condiciones particulares.
  2. Equivalencia entre ofertas.
- IV. Sujetos beneficiarios del desempate.
  1. Empresas de inserción.
  2. Entidades sin ánimo de lucro: nuevos yacimientos de empleo para los colectivos más necesitados.
  3. Organizaciones de comercio justo: un paso adelante en la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados más vulnerables.
  4. Empleadores con minusválidos en sus plantillas.
- V. La mujer como colectivo singularmente desfavorecido. Incidencia de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva, en el procedimiento de contratación pública.
- VI. Reflexión final.

## I. PLANTEAMIENTO

No cabe duda de que «si el siglo XIX se cerró con la herida de la cuestión obrera y sus secuelas de pauperismo, miseria, explotación y muerte prematura, el siglo XX terminó y el XXI se abre con otra herida: la cuestión de la exclusión, con sus satélites de marginalidad, inadaptación y desagregación»<sup>1</sup>, consecuencia lógica, pero no inevitable, de la tendencia creciente a la fragmentación de nuestras sociedades, «donde un tercio de la población vive hoy en condiciones de pobreza y desventaja social»<sup>2</sup>. El ejercicio de una ocupación remunerada, derecho y deber de todo ciudadano consagrado en el artículo 35 Constitución Española (CE), presenta para estas personas numerosos problemas debido a la desmotivación personal, al desconocimiento o abandono de los hábitos sociales y laborales básicos, así como a la carencia de niveles educativos mínimos y la falta de adaptación profesional.

La atención del legislador hacia tales circunstancias «no debe quedarse en una finalidad defensiva o redistributiva, sino que debe orientarse al más ambicioso objetivo de una promoción global de los recursos humanos, tendente a alcanzar el pleno empleo y hacerlo, además, de forma cualitativamente satisfactoria»<sup>3</sup> para quienes más lo necesitan. Esta actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo, con el objetivo último de procurar la deseada creación de ocupación a la vez que incrementar la estructura ocupacional del sistema productivo en su conjunto, ha adquirido una importancia significativa en los últimos decenios al punto de convertirse «en el tema que concita las mayores inquietudes en el campo del Derecho del Trabajo»<sup>4</sup>, materializado básicamente a través de incentivos directos al reclutamiento de trabajadores, normalmente referidos a las «capas débiles» del mercado, bien a través de preferencias en el acceso, bien de subvenciones, bonificaciones y exenciones fiscales o de Seguridad Social para el mismo<sup>5</sup>.

La lucha contra la exclusión pasa, así, preferentemente por la búsqueda de soluciones al problema del desempleo padecido por los colectivos más desfavorecidos, pues del paro a la mentada exclusión hay poco trecho si no se toman las medidas adecuadas para evitarlo. En una sociedad capitalista de mercado, la posición social de cada ciudadano viene determinada por su respectiva ubicación en el mercado de trabajo, posición que incide directamente en el nivel de libertad y autosuficiencia que cada

<sup>1</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos», *RL*, 1998, pág. 425.

<sup>2</sup> VILANOVA, E. y VILANOVA, R.: *Las otras empresas. Experiencias de economía alternativa y solidaria en el Estado Español*, Madrid, 1996, pág. 216.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid, 1998, pág. 21.

<sup>4</sup> IGLESIAS CABERO, M.: «La gestión privada del empleo», *AL*, núm. 9, 2000, pág. 119.

<sup>5</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral», *RL*, 1991, Tomo I, págs. 138 y ss.

miembro de la ciudadanía posee, determinando, a su vez, la posibilidad real de disfrutar y ejercitar otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la educación y la formación, a una vivienda digna, etc. De esta forma, el trabajo confiere al individuo coordenadas de referencia en la sociedad; permite la interacción con los demás; otorga un *status* y un nivel de autoestima, sancionados por una remuneración y una identidad social; permite la participación en la vida pública, a través de instituciones u organizaciones de más amplio carácter —empresas, sindicatos...— y, lo que es más importante, estructura y da sentido a la existencia del sujeto ocupado <sup>6</sup>.

Las bonificaciones en las cuotas que abonan los empresarios y trabajadores a la Seguridad Social o las subvenciones por contratación de nuevo personal e incremento de plantilla son, así, nuevos instrumentos de los que el ordenamiento jurídico-laboral, desde la década de los setenta en la mayor parte de los países europeos, se dota para seguir tratando de cumplir su defensa del mundo productivo y en especial de quienes tienen más necesidades de protección <sup>7</sup>. Es más, este objetivo y las normas que tienden a garantizarlo no solo 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 las personas marginadas 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), cuya disposición adicional 6.<sup>a</sup> tiene como finalidad prioritaria facilitar la orientación y corrección de la iniciativa privada en la dirección deseada: el fomento del empleo de los colectivos más marginados, superando criterios de duro utilitarismo o rudo pietismo, pues una u otra actitud terminan hermanadas en la negación de la dignidad humana de las denominadas «capas más débiles», que quedarían 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 <sup>8</sup>.

## II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA POLÍTICA DE EMPLEO A FAVOR DE LAS CAPAS «MÁS DÉBILES»

Bajo una afanosa búsqueda de eficacia <sup>9</sup>, la Administración pública puede acudir a la hora de prestar servicios a los ciudadanos a la gestión indirecta de los mismos por medio de sujetos privados,

<sup>6</sup> VIDAL, I.: «El mercado, el Estado del bienestar y el sector de la economía social», en AA.VV. (ÁLVAREZ BEGA, M.I., coord.): *Aspectos jurídico y económico de la empresa de economía social*, Oviedo, 2002, pág. 38.

<sup>7</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, núm. 18, 1997, págs. 33-34.

<sup>8</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: «Derechos en serio y personas con discapacidad», *RL*, núm. 12, 2005, pág. 3.

<sup>9</sup> NIETO GARCÍA, A.: «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», en AA.VV.: *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1984, pág. 895; MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990, págs. 17 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «El reto dogmático del principio de eficacia», *RAP*, núm. 133, 1994, págs. 7 y ss. o AA.VV.: *Efficienza e produttività nelle Pubbliche Amministrazioni: I progetti-pilota i un'occasione fallita?*, Milán, 1991.

quienes, tras un proceso reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización material de ciertas parcelas asociadas a las prerrogativas de aquella, pues «en ningún momento se establece que sea esencial a la noción de servicio público su titularidad y dispensa estatal (mejor, gubernativa en general)»<sup>10</sup>. 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 artículo 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. Desde tal perspectiva, no puede extrañar que la nueva legislación de contratos administrativos haya mostrado preocupación por la lucha contra la corrupción, la persecución del fraude y las prácticas contractuales irregulares, intentando asegurar el respeto y cumplimiento de la legalidad «social», sin dejar de prestar atención a las necesidades de fomento del empleo de los colectivos que más dificultades presentan a la hora de acceder a una ocupación, materia también de interés público<sup>11</sup>.

Cierto es, pues, que con la contratación administrativa no solo 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, sobre todo si se tiene en cuenta que el acceso al mundo laboral de los colectivos que más dificultades presentan es una de las formas más positivas para lograr su integración social y su vida autónoma. Partiendo del dato incuestionable de que, en el marco del principio de libertad de empresa (art. 38 de la 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<sup>12</sup>, pudiendo servirse a tal fin de las

<sup>10</sup> SALA ARQUER, J.M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en Derecho español)*, Madrid, 1977, pág. 79.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación pública y condiciones de trabajo», *RL*, núm. 4, 2008, pág. 3.

<sup>12</sup> 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.

posibilidades que brinda el nuevo proceso de licitación pública, previa exigencia de requisitos no solo económicos sino también de calidad social de obligado cumplimiento por contratistas o concesionarios <sup>13</sup>.

En nuestro país, 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 poderes públicos dirigida a ahondar en la justicia social <sup>14</sup>. Aquellos 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 social <sup>15</sup>. En este marco, el fomento del empleo de los colectivos más desfavorecidos se ha convertido en uno de los objetivos prioritarios del sistema de contratación pública, tal y como se tendrá ocasión de comprobar a lo largo de las páginas siguientes.

### III. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES

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 público <sup>16</sup>. Sin quebrar esta premisa de partida, la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LCSP parte del carácter social *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos, a la vista de 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 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» <sup>17</sup>: la mejora de las condiciones de empleabilidad de quienes cuentan con menos oportunidades.

<sup>13</sup> ROMÁN VACA, E.: «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 193.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998, pág. 606.

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 11.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2002, pág. 702.

<sup>17</sup> GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas», *JA*, núm. 20, 2003, pág. 66.

Incluye, así, una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas<sup>18</sup>, 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, así como para las ofertas formuladas por empresas de inserción, por entidades sin ánimo de lucro cuya actividad tenga relación directa con el objeto del contrato o por determinadas factorías reconocidas como organizaciones de comercio justo. Estos son los licitadores a los cuales se les puede aplicar la prioridad en la adjudicación del vínculo administrativo, siempre y cuando se den, además, los condicionantes previstos y exigidos para ello, a saber:

### 1. Previsión en el pliego de condiciones 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 concesionario<sup>19</sup>.

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 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RCAP–)<sup>20</sup>. 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»<sup>21</sup>. 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 Administración atendiendo a la multiplicidad de órganos contratantes<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Informe número 71/99, de 11 de abril de 2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983, pág. 73.

<sup>22</sup> 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*, Madrid, 2004, pág. 1.161.

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 (art. 99.2 de la LCSP)<sup>23</sup>. Estos pliegos determinan la dinámica de la relación contractual en la medida en que se convierten en cláusulas del contrato<sup>24</sup>. 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 este debe ser cumplido ya que se explicitan en ellos las condiciones que definen los derechos y obligaciones de cada una de las partes<sup>25</sup>. Se trata, pues, del «documento base del contrato con arreglo al cual este ha de ser cumplido»<sup>26</sup>.

Debido a su permanencia y supletoriedad<sup>27</sup>, los pliegos de condiciones administrativas generales han sido equiparados en ocasiones a verdaderas normas jurídicas de derecho voluntario<sup>28</sup>, pero, en realidad, no pasan de ser cláusulas típicas cuya obligatoriedad no nace *ex lege* sino *ex contractu*, al amparo del principio de libertad de contratación<sup>29</sup>. 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 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –LCAP– y, ahora, art. 99.5 de la LCSP)<sup>30</sup>. 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 necesarias<sup>31</sup>, 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 bilaterales<sup>32</sup>. 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 estas pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios (permítase la reiteración, empleadores con trabajadores minusválidos en sus plantillas, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro o corporaciones reconocidas como organizaciones de comercio justo), 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

<sup>23</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

<sup>24</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

<sup>25</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: «Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas», cit., pág. 1.163.

<sup>26</sup> MEILAN GIL, J.L.: *La estructura de los contratos públicos*, Madrid, 2008, pág. 183.

<sup>27</sup> Véase nota 24.

<sup>28</sup> STS, Cont-Admtivo, 16 marzo 1998 (RJ 2172).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> ATS, Cont-Admtivo, 24 julio 1995 (RJ 6097).

<sup>32</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 25 julio 1989 (RJ 6111), 21 enero 1994 (RJ 144) y 28 noviembre 2000 (RJ 9625).

la presente norma<sup>33</sup>. Lo decisivo es, pues, que la prioridad se incorpore al contrato a través del pliego y vincule así a la Administración y licitadores<sup>34</sup>.

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 esta 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 la norma. La decisión de utilización 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<sup>35</sup>.

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 caso particular), pueda establecer la preferencia adjudicataria que estatuye la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LCSP. Por tal razón, un hipotético reglamento que impusiese 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, solo 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<sup>36</sup>.

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.<sup>a</sup> de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurran todos los demás requisitos, tanto objetivos como subjetivos, previstos en la norma.

<sup>33</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1.167.

<sup>34</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1.426.

<sup>35</sup> Véase nota 33.

<sup>36</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.427.

## 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 estos 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 <sup>37</sup>.

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 sujeto, tomando en consideración la propia oferta, no las especiales condiciones subjetivas de una u otra empresa licitadora <sup>38</sup>.

## IV. SUJETOS BENEFICIARIOS DEL DESEMPATE

La propia disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LCSP agrupa los destinatarios de la preferencia en la adjudicación del contrato en cuatro órdenes distintos, cuya cualificación viene determinada por el interés social que de uno u otro modo deriva de sus características, caracterizado por una preocupación por conseguir el fomento de la empleabilidad de los colectivos más desfavorecidos. Al estudio de todos ellos se dedican las páginas siguientes:

<sup>37</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.167.

<sup>38</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.423.

## 1. Empresas de inserción.

Siendo el trabajo esencial a la condición humana, su falta resulta un claro factor de exclusión, razón por la cual la superación de esta situación negativa pasa necesariamente por la obtención de un empleo. Ahora bien –como ya consta–, para lograr una ocupación laboral remunerada es necesario ser empleable, cualidad ausente en quienes ocupan la posición de marginados sociales. Este es el marco en el que cobran pleno sentido las empresas de inserción, que, además de ser auténticas organizaciones productoras de bienes y prestadoras de servicios, elevan al primer plano de su objeto social el de la integración de las personas excluidas, no en vano «compiten en el mercado con las otras entidades empresariales, contratando a los trabajadores que estas no aceptan»<sup>39</sup>. Tal desventaja las hace acreedoras de un marco legal favorable que reconozca, ampare y potencie su iniciativa<sup>40</sup>.

Dando respuesta a esta necesidad, la LCSP establece textualmente «la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos excluidos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes» (párrafo 2.º de la disp. adic. 6.<sup>a</sup>).

La incorporación de este tipo de cláusula social en los pliegos de condiciones de los contratos de las Administraciones públicas, en el sentido de recoger expresamente como condición a tener en cuenta en el desempate la circunstancia de que la empresa que concursa tenga en su plantilla trabajadores en situación de exclusión social, responde a una propuesta efectuada en su momento por el Consejo Económico y Social<sup>41</sup>, con el fin de promocionar la contratación de aquellos colectivos especialmente desfavorecidos y con graves dificultades de acceso al mercado laboral.

Retrotrayendo la vista atrás, la inclusión de los sujetos más vulnerables entre los beneficiarios de las medidas de fomento del empleo fue establecida por vez primera en el artículo 28 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, manteniéndose desde entonces en los sucesivos programas<sup>42</sup>. Conforme al actual (art. 2.5 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), se incentiva la contratación, tanto indefinida como temporal, de «trabajadores en situación de exclusión social, incluidos en los colectivos relacionados en la disposición adicional segunda de esta norma, y que tengan acreditada tal condición por los servicios sociales u órganos competentes». El legislador es consciente, pues, de la dificultad que acompañará a estos grupos en el momento de acceder a un puesto de trabajo, por lo que prima

<sup>39</sup> LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, Madrid, 2002, pág. 163.

<sup>40</sup> CÁMARA BOTIA, A.: «Las empresas de inserción: aspectos laborales», *REDT*, núm. 135, 2007, pág. 607.

<sup>41</sup> CES: *Dictamen 5/1998, 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. 13.

<sup>42</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: «El nuevo programa de fomento de empleo», *AS*, núm. 20, 2007, pág. 23.

al empresario que decide incluirlos en su plantilla, a través de un beneficio económico deducible de las cuotas que debe abonar a la Seguridad Social<sup>43</sup>. Si se trata de una contratación indefinida la bonificación asciende a 850 euros anuales (70,83 euros/mes) durante cuatro años. Si la contratación es temporal la bonificación asciende a 41,67 euros/mes (500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. Sin duda este tipo de apoyos públicos constituyen la inspiración inmediata de la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos establecida a favor de aquellas empresas que precisamente dan ocupación a estos sujetos cuya empleabilidad se tiende a potenciar.

Bajo tales premisas, la redacción del párrafo 2.º de la disposición adicional 6.ª de la LCSP obliga a profundizar, siquiera brevemente, en las tres cuestiones siguientes:

### *1.1. Apunte sobre su régimen jurídico.*

Las empresas beneficiarias de la preferencia en la adjudicación de los contratos, siempre y cuando hayan efectuado propuestas en igualdad de condiciones con las económicamente más ventajosas, han de dedicarse específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social. Conviene aclarar, no obstante, que la referencia a la disposición adicional 9.ª de la Ley 12/2001 debe entenderse actualmente superada, no en vano ha sido expresamente derogada por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de las empresas de inserción. El escueto marco normativo incorporado a la Ley 12/2001 y la necesidad de un entramado de ayudas normalizadas a favor de este tipo de empresas capaz de superar las dificultades de financiación que rodeaba a las mismas hicieron necesario el establecimiento de una nueva ordenación legal completa y detallada sobre las mismas, tal y como exige el IV Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2006-2008.

Conviene recordar a estos efectos cómo la disposición adicional 5.ª de la Ley 43/2006 había encargado al Gobierno la aprobación de una norma con rango de ley para regular con detalle el régimen de las empresas de inserción, que pudiera servir como marco de actuación para las distintas comunidades autónomas<sup>44</sup>, no en vano la mayor parte de las autonomías territoriales, en el ejercicio de las prerrogativas atribuidas por la Constitución y por sus respectivos Estatutos de Autonomía, han venido desarrollando las competencias que tienen atribuidas en materia de economía social y empleo, regulando medidas de fomento a la contratación laboral de personas en situación de marginación, y además concediendo subvenciones para la formación de estos colectivos<sup>45</sup>. Tal mandato ha sido cumplido mediante la promulgación de la Ley 44/2007, cuyo artículo 4 define a las empresas de inserción como aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como trán-

<sup>43</sup> MORGADO PANADERO, P.: «Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales», *RL*, núm. 2, 2007, pág. 29.

<sup>44</sup> PÉREZ REY, J.: «Cuando la Ley no es suficiente: el fomento del empleo en la reforma laboral de 2006», *RDS*, núm. 38, 2007, pág. 72.

<sup>45</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «La regulación jurídica de las empresas de inserción», en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M.I., coord.): *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Oviedo, 2002, pág. 249.

sito al empleo ordinario. Su objeto social es, pues, la plena integración laboral y el acceso al empleo normal de las indicadas personas a las que luego se hará referencia detallada <sup>46</sup>.

Son empresas que contratan legalmente a todos sus empleados y que dedican una parte importante de sus puestos de trabajo a individuos con graves dificultades de empleabilidad con el único objetivo de que se puedan formar y adaptar a un entorno laboral normalizado <sup>47</sup>. «Con ellas se busca, mediante el empleo, la socialización de los excluidos sociales» <sup>48</sup>, pero excepcionando esta funcionalidad, las empresas de inserción no difieren (salvo en la necesidad de que su plantilla esté compuesta, como mínimo, por un 30% –durante los tres primeros años– o por un 50%–a partir del cuarto– de excluidos sociales) de cualquier otra empresa, pudiendo adoptar cualquier estructura mercantil e incluso asociativa <sup>49</sup>, siempre y cuando sean promovidas por entidades públicas o sin ánimo de lucro (art. 6) <sup>50</sup>.

Al objeto de conseguir la finalidad de integración que se proponen, las empresas de inserción diseñan, para cada trabajador, un itinerario que persigue suplir las carencias y alcanzar los conocimientos necesarios para lograr el suficiente grado de empleabilidad que permita su posterior acceso al mercado de trabajo ordinario (art.3). Dicho itinerario se caracteriza por las notas de voluntariedad (la decisión de seguirlo corresponde al propio afectado), singularidad (se elabora para cada individuo en concreto, teniendo en cuenta sus características y circunstancias) y personalización (con seguimiento particularizado por un tutor según un plan flexible previamente acordado) <sup>51</sup>.

Por su parte, el artículo 5 de la ley establece los requisitos que han de reunir estas empresas:

- a) Estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras (entidades sin ánimo de lucro, incluidas las derecho público, asociaciones sin fines lucrativos y fundaciones). Esta participación será al menos de un 51 por 100 del capital social para las sociedades mercantiles. En el caso de sociedades cooperativas y sociedades laborales, dicha participación deberá situarse en los límites máximos recogidos en las diferentes legislaciones que les sean de aplicación a los socios colaboradores o asociados. Dado que las empresas de inserción responden a la finalidad de incrementar las tasas de empleabilidad de personas especialmente desfavorecidas, junto al hecho de una necesaria tutela por parte de las Administraciones públicas, tienen que reinvertir la mayor parte de sus posibles beneficios económicos en la ampliación o mejora de sus estructuras productivas o de inserción.
- b) Encontrarse inscritas en el registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el registro administrativo de empresas de inserción correspondiente.

<sup>46</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 298, 2008, págs. 115 y ss.

<sup>47</sup> LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, Madrid, 2002, pág. 157.

<sup>48</sup> MORALES ORTEGA, J.: «Los destinatarios de las políticas de empleo», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGU, F.J., dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 293.

<sup>49</sup> LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L.M.: *Las empresas de inserción en España*, cit., pág. 158.

<sup>50</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «La regulación jurídica de las empresas de inserción», cit., pág. 267.

<sup>51</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005, pág. 191.

- c) Mantener en cómputo anual un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el 30 por 100 durante los primeros tres años de actividad y al menos el 50 por 100 a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquellos inferior a dos. Cabe utilizar cualquiera de las modalidades contractuales de contratación de duración determinada previstas en la legislación laboral, posibilitándose una adaptación del contrato de trabajo temporal de fomento del empleo como modalidad contractual vinculada a la ejecución de un itinerario de inserción, el cual podrá concertarse, como regla general, por un período mínimo de doce meses y máximo de tres años (art. 15).
- d) No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social.
- e) Aplicar, como mínimo, el 80 por 100 de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción.
- f) Presentar anualmente un balance social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio.
- g) Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral, destinados a potenciar las capacidades de las personas a través de procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación, habituación laboral y social y, en su caso, servicios de intervención y acompañamiento social.

Cumplidos estos requisitos, no cabe duda de que la finalidad de inserción profesional cualifica su objeto social, pero tampoco deja de ser cierto que las empresas de inserción son verdaderas sociedades que desarrollan una actividad económica de producción de bienes y servicios para el mercado. Otra cosa es que determinados sectores de actividad puedan considerarse más apropiados para acoger a este tipo de empresas (como pueden ser, tal y como señala la Comisión Europea, los servicios de la vida diaria –a domicilio, cuidado de menores...–, servicios de mejora de la calidad de vida –reparaciones, seguridad, transporte, revalorización de espacios públicos, servicios de proximidad, *catering*, cuidado de enfermos...–, servicios culturales y de ocio y servicios medioambientales) y también es otra cosa que la experiencia de las empresas de inserción españolas se haya desarrollado sobre todo en el ámbito de la ecología y la recuperación de residuos<sup>52</sup>. Tales campos típicos de actuación hacen que la contratación con las Administraciones públicas constituya una parte muy importante en la actividad productiva de estas empresas, de ahí la importancia de la preferencia establecida en su favor a la hora de proceder a la adjudicación del contrato si lo que se quiere es elevar las bajas tasas de ocupación de los colectivos más desfavorecidos.

### *1.2. La referencia implícita a las cooperativas de economía social.*

Una cuestión hartamente vidriosa es la relativa al porcentaje de trabajadores pertenecientes al colectivo de personas en situación de exclusión que debe contratar una empresa de inserción. El dilema

<sup>52</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: «Empresas de inserción», *AS*, núm. 20, 2007, pág. 3.

aquí radica en buscar un parámetro suficientemente alto para que la entidad empresarial realmente pueda ser considerada una verdadera empresa de inserción, pero no tan elevado que haga inviable el proyecto empresarial, pues la menor productividad de esos trabajadores sea un lastre especialmente duro e insoportable. La Ley 12/2001 optó, en su momento, por una cuantía razonable, fijando un porcentaje como mínimo del 30 por 100 de personas en situación de exclusión que puedan desarrollar conjuntamente su actividad en la empresa. Ahora, el artículo 5 c) de la Ley 44/2007 mantiene este parámetro durante los tres primeros años de actividad pero lo eleva al 50 por 100 a partir del cuarto.

Estando vigente la Ley 12/2001 no se alcanzaba a entender la expresión utilizada por el párrafo segundo *in fine* de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LCSP, en virtud de la cual «se valorará el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos excluidos». Puesto que el hecho de ser empresa dedicada a la promoción e inserción laboral (cuyo requisito fundamental era contar con un mínimo del 30 por 100 de trabajadores excluidos socialmente en su plantilla) ya otorgaba por sí mismo preferencia en caso de empate, el añadido del compromiso de efectuar este tipo de contrataciones en tal parámetro podía servir de base a una puntuación específica añadida en el baremo de adjudicación<sup>53</sup>, lo cual demostraba la necesidad de elevar el parámetro indicado del 30 por 100 si se quería que tal precisión tuviera algún sentido. Esta afirmación cobra aún más sentido si se atiende al nuevo tenor literal incorporado al párrafo c) del artículo 5 de la Ley 44/2007, pues, como ya consta, el porcentaje de trabajadores en proceso de inserción ha de ser al menos del 30 por 100 durante los tres primeros años y de al menos el 50 por 100 a partir del cuarto.

Una interpretación posible, que puede salvar la contradicción detectada, pasa por entender que, con grandes dosis de flexibilidad y para promocionar la contratación de los excluidos sociales, la LCSP no solo otorga prioridad en el desempate entre ofertas equivalentes a las empresas de inserción en sentido estricto, sino también a aquellas entidades que, sin serlo, se comprometan a contratar excluidos sociales por encima del parámetro indicado, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con las cooperativas de iniciativa social, reguladas en el artículo 106 de la Ley 27/1999, de 19 de julio<sup>54</sup>.

### 1.3. Las cláusulas sociales en la fase de ejecución del contrato.

Procede alertar también, como crítica adicional, el hecho de que la Ley 44/2007 no se refiera para nada a lo previsto en la disposición adicional 6.<sup>a</sup> 2 de la LCSP, ni siquiera cuando regula las medidas destinadas por los poderes públicos al apoyo a la creación y mantenimiento de estas empresas (art. 16.1), singularmente mediante el establecimiento de bonificaciones a las cuotas de seguridad social (70,83 euros/mes –850 euros/año) durante toda la vigencia del contrato o durante tres años en caso de contratación indefinida, compensaciones económicas por los sobrecostes laborales derivados de los procesos de inserción o ayudas a la inversión fija afecta a la realización de su objeto social

<sup>53</sup> PÉREZ-ILLZARBE, J. A.: «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan*, 40, 2006, pág. 27.

<sup>54</sup> Entidades sin ánimo de lucro que tienen como objeto social, entre otros, el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por objeto la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social. MARTÍN PUEBLA, E.: «Empresas de inserción y política de empleo», *AS*, núm. 22, 2007, pág. 5.

(art. 16.3). La única remisión que la Ley 44/2007 efectúa a la LCSP se encuentra en la disposición adicional 1.<sup>a</sup>, en virtud de la cual se aclara cómo «las condiciones especiales de ejecución de los contratos podrán incluir consideraciones relativas a la situación de la exclusión social de los trabajadores vinculados a la realización del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector públicos».

Pese a que la importancia de esta previsión no debe pasar desapercibida, pues supone un paso importante en el establecimiento de cláusulas sociales en la fase de ejecución del contrato (es decir, las empresas, al participar en una licitación, se comprometen a cumplir el requisito social señalado en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado), lo cierto es que debería haberse producido una mayor coordinación entre ambas disposiciones normativas (la Ley 44/2007 y la LCSP).

La posibilidad de supeditar las adjudicaciones de los contratos públicos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales se encuentra recogida de forma expresa y bastante flexible en el artículo 102 de la LCSP. Únicamente es necesario que tales condiciones de ejecución sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato<sup>55</sup>. Basta, en principio, con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir el requisito previsto en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado, de forma que la propuesta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada<sup>56</sup>.

Por esta misma razón, en caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos, el órgano de contratación puede optar por resolver la contratación o por imponer penalidades, según disponga el pliego, sin que quede garantizado, no obstante, que lo así recaudado se destine a compensar a aquellas empresas perjudicadas por el incumplimiento de las cláusulas sociales aquí analizadas; antes al contrario, cada Administración debe preocuparse de que así sea en el caso concreto<sup>57</sup>, lo cual no es mucho decir, pues se deja en manos de los poderes públicos la reparación del daño causado a los licitadores a los que no se les adjudicó el contrato. De hecho, el examen de la doctrina del Consejo de Estado<sup>58</sup> y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>59</sup> revela una manifiesta tendencia a favor del mantenimiento de los vínculos (sin proceder a la resolución de los mismos), al estimarse con carácter general que esta es la solución que mejor defiende los intereses públicos a los que los contratos sirven siempre, sin perjuicio de la imposición al contratista de las sanciones que procedan y de la exigencia de responsabilidad por los daños que su incumplimiento haya ocasionado<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Dictamen del Consejo de Estado número 514/2006, de 25 de mayo.

<sup>56</sup> STJCE 243/1989, de 22 de junio de 1992, asunto *Storebaelt*, en la cual se deja claro que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de los licitadores.

<sup>57</sup> PÉREZ-ILLZARBE, J.A.: «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», cit., pág. 29.

<sup>58</sup> Dictámenes 1191/1993, de 25 de noviembre, y 3811/1998, de 8 de octubre.

<sup>59</sup> STS, Cont-Admtivo, 14 de diciembre de 2001 (RJ 1433).

<sup>60</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007, págs. 43 y ss.

La cuestión principal queda, pues, situada en determinar las vías mediante las cuales puede la Administración verificar el efectivo incumplimiento por el empresario adjudicatario de sus compromisos sociales adquiridos como condiciones de ejecución del contrato. Sería necesario, por tanto, extremar el cuidado en garantizar que la organización productiva que ha obtenido el vínculo administrativo quede sometida a la obligación de soportar auditorías sociales externas destinadas a acreditar el respeto a tales exigencias, información de la que luego se servirá la Administración para adoptar o no la decisión de mantener o extinguir los compromisos adquiridos<sup>61</sup>. También sería interesante que el Ente público pudiera exigir el acceso directo a los centros de trabajo de sus adjudicatarios, para poder comprobar de primera mano (a través de técnicos en la materia) el respeto de los parámetros sociales recogidos en los pliegos, llegando incluso a reservarse la facultad de poder realizar entrevistas privadas a los trabajadores que allí presten servicios para que, libre y anónimamente –ajenos a todo tipo de presión–, puedan describir la situación laboral realmente existente<sup>62</sup>.

En fin, la posibilidad de supeditar la adjudicación del contrato al cumplimiento, por parte de quien resulte adjudicatario, de consideraciones de tipo social «con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral...» está recogida tanto en el artículo 102 de la LCSP como en la disposición adicional 1.ª de la Ley 44/2007. Para lograr una mínima coherencia, esta misma técnica jurídica debería haberse adoptado en relación con la preferencia en la adjudicación establecida a favor de las empresas de inserción, que sí está recogida en la disposición adicional 6.ª 2 de la LCSP, pero no en la Ley 44/2007.

#### 1.4. Los colectivos marginados.

En el intento de aclarar quién posee la condición de excluido social, la LCSP hace una enumeración exhaustiva, en la que aparecen prácticamente los mismos colectivos recogidos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, aunque con alguna variación:

##### 1.4.1. Perceptores de rentas mínimas de inserción.

Lugar primero y principal ocupan las personas con escasez de recursos económicos, quedando englobados en dicho grupo los perceptores de rentas mínimas de inserción (o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según denominación adoptada en cada comunidad autónoma) o aquellos otros que no puedan acceder a dichas percepciones, bien por no cumplir el período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o, incluso, por haber agotado el período máximo de disfrute legalmente establecido<sup>63</sup>. Basados en la idea de que toda

<sup>61</sup> BAYLOS GRAU, A.: «Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de la exigibilidad judicial», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 66, 2004, págs. 272 y ss.

<sup>62</sup> ÁLVAREZ CIVANTOS, O.J.: *Mercado sostenible y responsabilidad social (Hacia la responsabilidad social de los actores sociales)*, Granada, 2006, pág. 142.

<sup>63</sup> Un análisis de las rentas de inserción en SUSIN BENTRAN, R.: *La regulación de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Logroño, 1977; ROJO TORRECILLA, E.: «Protección social y rentas mínimas de inserción: de la cobertura económica al derecho de ciudadanía», en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., coord.): *Seguridad Social y protección social. Temas de actuali-*

persona tiene derecho a un nivel irreductible de ingresos que le garanticen la cobertura de sus necesidades básicas y vitales, los ingresos mínimos de inserción vienen configurados como una prestación económica con devengo mensual pero de duración no indefinida, que pretende proporcionar un sueldo mínimo de recursos dinerarios a quienes carecen de los esenciales, a la vez que se llevan a cabo las actuaciones orientadas a lograr la autosuficiencia de personas afectadas mediante su plena integración social y laboral <sup>64</sup>. En realidad, puede decirse que constituyen simultáneamente una prestación económica y un servicio social, en la medida en que vienen a dotar de unas percepciones básicas a los sujetos que carecen de recursos, persiguiendo, al tiempo, su integración social, a cuyo efecto contemplan una relación de tracto sucesivo entre el beneficiario y la Administración concedente que conlleva la obligación por parte de aquel de desarrollar determinadas actuaciones encaminadas a conseguir tal inserción <sup>65</sup>, razón por la cual la inclusión de este colectivo entre el elenco de sujetos en situación de exclusión social no puede considerarse sino acertada.

El requisito de estar empadronado con una antelación mínima para tener derecho al percibo de la renta mínima obedece a una causa fundamental: la prestación económica acarrea normalmente la inclusión del beneficiario en un servicio social y la adopción por el mismo de unos comportamientos destinados a promover su inserción, por lo que es fundamental la acreditación de alguna circunstancia que garantice la asunción de sus compromisos y la eficacia del programa de acción social en que se inserta. Obviamente, ambos propósitos son muy difíciles de cumplir si no se evita la tendencia de ciertos colectivos marginales al cambio de residencia, pues no hemos de olvidar que la prestación económica no constituye un fin en sí misma, salvo parcialmente, como consecuencia de su operatividad en situaciones de indigencia. Es cierto que, a veces expresamente, se ha reconocido una cierta finalidad «antimigratoria» a dichas disposiciones, lo cual supone el establecimiento de un mecanismo que impida la promoción de flujos de migración ficticios, con el consiguiente incremento de los focos marginales de la población en un determinado territorio, pero ello no puede ser sino valorado de forma positiva en el marco de la implantación de un sistema prestacional cuya viabilidad y eficacia dependen del adecuado destino de unos fondos y disponibilidades presupuestarias que se caracterizan por su escasez <sup>66</sup>. De ahí que si el requisito de empadronamiento no se cumple o ya se ha agotado el percibo de la ayuda, ello no es óbice para afirmar que estamos igualmente en presencia del elemento esencial de la definición de la situación jurídica de la renta mínima de inserción, pues solo se trata de un incumplimiento de una simple carga jurídica para la obtención del auxilio económico <sup>67</sup>. Si bien el segundo supuesto no plantea problema alguno, y es muy razonable, no puede decirse lo mismo del primero con

---

dad, Madrid, 1986, págs. 93 y ss. MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A.: *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Barcelona, 1991; GARCÍA ROMERO, M.B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, 1999; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, 1999 o GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: «Las pensiones dinerarias; en particular, los ingresos mínimos de inserción y el debate sobre la renta básica», *DA*, núm. 271-272, 2005, págs. 441 y ss.

<sup>64</sup> MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M.A.: *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Barcelona, 1991, págs. 241 y ss.

<sup>65</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «Protección social y rentas mínimas de inserción: de la cobertura económica al derecho de ciudadanía», en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., coord.): *Seguridad Social y protección social. Temas de actualidad*, Madrid, 1986, págs. 93 y ss.

<sup>66</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Ingresos mínimos y organización territorial», *Documentación Social*, núm. 78, 1990, págs. 79 y ss.

<sup>67</sup> LAPARRA NAVARRO, M.; GAVIRIA LABARTA, M. y AGUILAN HENDRICKSON, M.: «Las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas», *Documentación Social*, núm. 196, 1994, págs. 201 y ss.

el solo hecho de atender a la situación de los inmigrantes que no tengan regularizada su presencia en un determinado territorio –municipio–, pero sí están, como es cada vez más habitual, empadronados en él. Cuando la LCSP habla de falta del período exigido de residencia, no queda claro si se refiere solo a la residencia legal o también lo hace a la residencia ficticia.

Naturalmente, no cabe entrar a analizar aquí una cuestión tan relevante en el plano práctico como compleja desde el punto de vista teórico. Baste con indicar que, por un lado, parecería sorprendente que una norma legal no presupusiera también la legalidad de esa residencia, por lo que bien podría interpretarse que la LCSP está exigiendo que la ausencia del plazo legal o reglamentariamente fijado en la normativa autonómica lo sea en relación con la residencia legal. Pero, por otro, ha de recordarse que ciertas leyes autonómicas permiten el acceso a los programas de inserción –no a la renta económica– a personas inmigradas extranjeras en situación irregular. La cuestión dista, pues, de tener una respuesta fácil <sup>68</sup>.

#### 1.4.2. Afectados por «dificultades sociales» previas.

Junto a los posibles perceptores de rentas mínimas de inserción, también tienen cabida personas que, pese a que también pudieran tener problemas económicos, lo que realmente les enmarca en estos colectivos excluidos, es la existencia de ciertas «dificultades» sociales previas, las cuales les sitúan en distintos procesos de reinserción social. Así, estarán encuadrados los jóvenes, mayores de 18 años y menores de 30, procedentes de instituciones de protección de menores; personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación privativa de libertad les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales o ex reclusos <sup>69</sup>. Todos ellos tienen en común una real inferioridad en el goce de los derechos y valores sociales, marcada por un estado de necesidad gestado en la ausencia de recursos técnicos y sociales que les impiden alcanzar el mínimo vital sin algún tipo de intervención pública <sup>70</sup>.

#### 1.4.3. Algunas ausencias: extranjeros, minorías étnicas o víctimas de violencia de género.

La LCSP no hace referencia, lo cual no deja de ser criticable, a los menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo, así como a los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos. También se echa de menos algún tipo de alusión a los extranjeros o pertenecientes a determinadas etnias, que suman a su posición laboral como «ajenos» el peso de una discriminación social arraigada <sup>71</sup>.

<sup>68</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)», cit., pág. 136.

<sup>69</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: «El nuevo programa de fomento del empleo (comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 280, 2006, pág. 74.

<sup>70</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Excluidos sociales: empleo y protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, pág. 172.

<sup>71</sup> 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. 274.

No debe pasar inadvertido, por una parte, que la inmigración es campo de cultivo para la economía sumergida; ni que decir tiene que con ella el inmigrante no solo va a prestar su fuerza de trabajo en términos de precariedad, sino que no va a disfrutar de ninguna de las garantías que conlleva la relación laboral, de la que se deriva su propia regulación<sup>72</sup>. Probablemente la situación del extranjero pueda mejorar como consecuencia del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2006-2009). Se trata de un programa (en el que han participado todos los agentes implicados –desde la Administración hasta los interlocutores sociales, pasando por organizaciones no gubernamentales–) que, con una importante inversión económica, busca la inserción del inmigrante y para ello aborda diferentes ámbitos de atención: acogida, educación, vivienda, etc. Solo desde la combinación de todos ellos, el objetivo de este Plan se puede hacer realidad. No obstante este nuevo instrumento, por razones obvias, la LCSP debería haber ubicado a este grupo dentro del elenco de excluidos sociales, pues ello redundaría en la lucha contra la discriminación en su acceso al empleo, máxime cuando el colectivo de los inmigrantes es uno de los prioritarios a los que hace mención el artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo<sup>73</sup>.

A esta misma conclusión cabe llegar, por otra parte, respecto de las minorías étnicas. A las dificultades de acceso al mercado de trabajo que acompañan a estos individuos hay que añadir otro problema principal: su identificación, pues la relativa modernidad del concepto hace difícil su propia definición impidiendo la adopción de las necesarias medidas de empleo. En España, las escasas referencias existentes han quedado limitadas al colectivo gitano; y gestionadas, para ellos, por la Asociación Secretariado General Gitano. Los proyectos de esta Asociación actúan, casi de manera exclusiva, sobre la escasa o nula formación de la población perteneciente a esta etnia y, en bastante menor medida, se han arbitrado instrumentos de lucha contra la discriminación, a la que se ve sometido este colectivo, que, en la generalidad de los casos, es el verdadero obstáculo a su inserción laboral. El añadido expreso de las minorías étnicas entre los excluidos sociales a que hace referencia la LCSP no estaría, por tanto, desaconsejada<sup>74</sup>.

Tampoco aparecen encuadradas en el elenco de sujetos con grandes dificultades de empleabilidad, recogido en la disposición adicional aquí analizada, las víctimas de violencia de género, lo cual no puede dejar de criticarse, máxime cuando la posibilidad de acceso al desempeño de una actividad profesional constituye un importante cauce de normalización de la vida de las mujeres vejadas por sus parejas o ex parejas, así como una de las vías más directas para contar con una autonomía económica precisamente en un momento en el que los gastos aumentan<sup>75</sup>. En coherencia con ello y con la noble finalidad de potenciar la contratación de las víctimas de maltrato sexista, que precisamente como consecuencia de su situación pueden haberse visto obligadas a dejar un empleo anterior o bien, también como efecto de las circunstancias en las que se encuentran, necesitan incorporarse

<sup>72</sup> PALOMAR OLMEDA, A.: «La protección social de los extranjeros e inmigrantes: una visión desde la jurisprudencia del orden social», *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005, págs. 339 y ss.

<sup>73</sup> MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre)*, Madrid, 2004, pág. 149. Por extenso, DE LA CASA QUESADA, S.: «La inserción laboral de los inmigrantes», en AA.VV. (MOLINA NAVARRERE, C., coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos retos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005, págs. 75 y ss.

<sup>74</sup> MORALES ORTEGA, J.M.: «Los destinatarios de la política de empleo», cit., pág. 294.

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia, 2007, págs. 288 y ss.

al mercado de trabajo por primera vez o tras un largo período de tiempo fuera del mismo ante la necesidad de obtener ingresos con los que hacer frente a sus necesidades y a las de su familia más próxima, no puede extrañar que los programas de fomento de empleo, desde el año 2003, vengan recogiendo una serie de bonificaciones a la contratación de estas mujeres (las últimas están incorporadas al art. 2 de la Ley 43/2006: 70,83 euros/mes –850 euros/año– durante cuatro años si el contrato es indefinido y 50 euros/mes –600 euros/año– para la contratación temporal durante toda la vigencia del vínculo)<sup>76</sup>. Asimismo, con el objetivo último de que las empresas no se vean perjudicadas en su actividad por la suspensión del contrato o la movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo de la empleada víctima de violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), ha introducido otra medida que, si bien no se dirige de forma expresa a incentivar la contratación de estas, guarda estrecha relación con ello, no en vano pretende atenuar los costes económicos que habrían de soportar las entidades productivas en casos de sustitución de las trabajadoras a consecuencia de la situación de maltrato<sup>77</sup>. Y es que las medidas laborales dispuestas en la LPIVG para proteger la seguridad de estas mujeres se configuran como verdaderos derechos de las trabajadoras que generan ciertas obligaciones para la contraparte del contrato laboral: han de adaptarles el horario, facilitarles el cambio de centro de trabajo o el traslado del lugar de prestación de servicios e incluso han de soportar la suspensión de la relación laboral con la obligación, en estos tres últimos supuestos, de reservarles el puesto de trabajo anteriormente ocupado durante un determinado período de tiempo. Y, sin embargo, el empresario es un tercero ajeno al problema sobre el que no debe recaer –al menos no en exclusiva– los efectos de una situación personal con evidentes implicaciones sociales<sup>78</sup>. A tal fin, el artículo 21.3 de la LPIVG establece una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondientes al contrato de interinidad suscrito para sustituir a dicha trabajadora<sup>79</sup>. Atendiendo a tales precedentes, nada debería impedir que en un futuro se incluya de forma expresa a las víctimas de violencia de género en el elenco de sujetos excluidos a los que hace referencia la disposición adicional 6.ª 2 de la LCSP, con el objetivo último de contribuir también a la mejora de su empleabilidad.

#### 1.4.4. Discapacitados.

En fin –y para terminar con la enumeración de personas en situación de vulnerabilidad social incorporada a la LCSP–, procede aclarar que la referencia efectuada a los discapacitados como colectivo objeto de protección especial demuestra cómo se trata de un grupo social especialmente atendi-

<sup>76</sup> RUBIO DE MEDINA, R.: «El programa de fomento de empleo aprobado por el Real Decreto-Ley 5/2006», *Información Laboral*, núm. 30, 2006, pág. 4 o MATEU CARUANA, M.J.: «Política de empleo. El fomento del empleo de la mujer víctima de violencia en la Comunidad Europea como instrumento de defensa del principio de igualdad de oportunidades entre sexos», en AA.VV. (RIVAS VALLEJO, M.P. y BARRIOS BAUDOR, G.L., dirs.): *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Pamplona, 2006, págs. 573 y ss.

<sup>77</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 291, 2007, pág. 81.

<sup>78</sup> BLASCO RASERO, C.: «La Ley de protección integral contra la violencia de género: perspectiva social», *REDT*, núm. 128, 2005, pág. 502.

<sup>79</sup> MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A.: «Incentivación de la contratación de mujeres víctimas de violencia de género o mayores de 45 años de edad», *TS*, núm. 171, 2005, págs. 31 y ss.

do por el legislador debido a sus dificultades personales: las leyes generales de empleo los mencionan expresamente como sujetos de una atención prioritaria; los programas anuales de fomento de la ocupación prevén la concesión de ayudas concretas por la contratación de estos trabajadores; las disposiciones normativas que han regulado aspectos singulares de su inserción laboral evidencian el interés particular de los poderes públicos para facilitar su colocación; la LCSP intenta también favorecer tanto su colocación como su permanencia y no discriminación, directa o indirecta, en el puesto de trabajo a través de distintas técnicas incorporadas a lo largo de su articulado: 1) prohibición de contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurren determinadas circunstancias y, entre el elenco 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» [art. 49 c)]<sup>80</sup>; 2) definición de las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los «criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos» (art. 101.1)<sup>81</sup>; 3) obligación del concesionario de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa de accesibilidad y eliminación de barreras (art. 230.4)<sup>82</sup>; 4) preferencia en la adjudicación de los contratos para aquellas empresas que cuenten con un determinado porcentaje de trabajadores minusválidos (párrafo 1.º de la disp. adic. 6.ª)<sup>83</sup>; 5) reserva de participación en procesos de licitación para centros especiales de empleo (disp. adic. 7.ª)<sup>84</sup>; 6) determinación de los medios de comunicación accesibles, diseño de los instrumentos instrumentales e implantación de los trámites procedimentales en el sistema de contratación pública, sin perder de vista en ningún caso los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos en los términos definidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad<sup>85</sup>,

Sin duda, estas actuaciones (sobre alguna de ellas se volverá más adelante) se insertan en el marco de una política general de protección de los discapacitados que se ha de hacer efectiva en todos los ámbitos y que lógicamente es aplaudible<sup>86</sup>, pero la mención expresa de los minusválidos entre el grupo de excluidos sociales no encaja demasiado bien con el ámbito subjetivo de contratación de las empresas de inserción, pues el artículo 2 de la Ley 44/2007 no se refiere a los discapacitados entre los sujetos protegidos, quizá por considerar que sus dificultades de inserción laboral ya son atendidas por otras disposiciones.

La propia Ley de Empresas de Inserción es consciente de este riesgo de divergencia entre los colectivos en ella mencionados y los considerados excluidos por otras normas, tal y como sucede

<sup>80</sup> ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

<sup>81</sup> MORALES ORTEGA, J.M.: «Los destinatarios de la política de empleo», cit., pág. 307.

<sup>82</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *REDA*, núm. 131, 2006, págs. 421 y ss.

<sup>83</sup> 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. 384.

<sup>84</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: «Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción», *TL*, núm. 51, 1999, pág. 64.

<sup>85</sup> AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos Públicos 2008-2009*, Madrid, 2007, pág. 986.

<sup>86</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y PÉREZ DEL RÍO, T.: «La política de fomento del empleo de calidad», 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*, Madrid, 2005, pág. 49.

con lo previsto en la disposición adicional 6.<sup>a</sup> 2 de la LCSP. De ahí que su disposición final 2.<sup>a</sup> incluya una cláusula de cierre del sistema, si bien usando y abusando de las tradicionales deslegalizaciones, tan típicas en la materia asistencial –también ocupacional–, en la cual se atribuye al Gobierno la competencia para «modificar los colectivos que se consideran en situación de exclusión social de acuerdo con el artículo 2.1, previo informe emitido por las comunidades autónomas y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado»<sup>87</sup>. Teniendo en cuenta tal habilitación, deviene necesario tomar cartas en el asunto para adaptar el contenido de ambas disposiciones (LCSP y Ley 44/2007) si lo que se quiere es dar preferencia en la adjudicación de los contratos realmente a las empresas de inserción con el fin de favorecer las oportunidades de ocupación de los colectivos marginados.

En este mismo sentido, cabe considerar excluidos sociales a la luz de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> 2 de la LCSP, aunque no los mencione expresamente, a las personas procedentes de centros de alojamiento alternativo y de servicios de prevención e inserción social autorizados por las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, tal y como dispone el artículo 2 de la Ley 44/2007. Todo ello sin olvidar que la lista de sujetos a los cuales atribuir la condición de excluidos sociales puede variar en virtud de la habilitación concedida al Gobierno para que, mediante real decreto, previo informe emitido por las comunidades autónomas y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado, modifique los colectivos considerados en tal situación (disp. final 2.<sup>a</sup> 2 de la Ley 44/2007).

### 1.5. La intervención de los servicios sociales.

Es necesario, tal y como se encarga de señalar el párrafo 2.<sup>o</sup> de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LCSP, que los excluidos sociales acrediten su condición de tales mediante justificación aportada por los servicios públicos competentes, circunstancia exigida también por el artículo 2.2 de la Ley 44/2007. No está de más parar la atención en este momento para recordar que el modelo vigente de asistencia social tiene su origen en la CE, donde se proclama el «Estado social y democrático de Derecho» y donde se consagran como valores superiores del ordenamiento jurídico «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Se abandona el papel pasivo del Estado dando paso a una actitud intervencionista y equilibradora de las desigualdades sociales y económicas, manifestación de la tendencia progresiva hacia la realización de la igualdad real entre los sujetos, no en vano uno de los principales cometidos del Estado social es garantizar la procura de asistencia vital de los ciudadanos, esto es, instrumentar las medidas necesarias que aseguren a la persona las posibilidades de existencia que no puede alcanzar por sí misma»<sup>88</sup>. En definitiva, corresponde a los poderes públicos tratar de reducir la pobreza, erradicar la miseria, sacar del desarraigo y la exclusión social a toda una serie de colectivos que precisan de una especial atención<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)», cit., pág. 138.

<sup>88</sup> PEMÁN GAVÍN, J.M.: «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general», *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005, págs. 39 y ss.

<sup>89</sup> DE VICENTE PACHES, F.: «Asistencia social y servicios sociales: régimen de distribución de competencias», *TS*, núm. 138, 2002, págs. 9 y ss.

En el momento de establecer la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, el artículo 148.1.20.º de la CE opta por otorgar la competencia exclusiva a estas últimas en materia de acción social, razón por la cual las distintas autonomías territoriales han procedido a articular su propia normativa sobre la materia<sup>90</sup>. Los servicios sociales asumidos por las entidades autonómicas juegan, de este modo, un papel fundamental en las actuales sociedades del bienestar y tienen como finalidad principal la de garantizar la cobertura de las necesidades básicas de todos los ciudadanos y remover los factores que conducen a la exclusión social, en conjunción con los aspectos que por su propia naturaleza atienden otros sistemas normalizados de protección como la sanidad, la educación, la vivienda y el empleo<sup>91</sup>, no en vano el sistema de acción social promueve la solidaridad, el desarrollo libre y pleno de la persona, la igualdad de los individuos en la sociedad, la prevención y la eliminación de las causas que conducen a la exclusión, al tiempo que facilita los medios para la integración y el desarrollo comunitario, para el bienestar social de los ciudadanos y de los grupos sociales<sup>92</sup>.

Bajo tal perspectiva, la prestación de los servicios sociales se organiza en las distintas comunidades autónomas (y –conviene aclarar también– en las entidades locales conforme a lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local), con carácter general (aun cuando también son frecuentes supuestos de descentralización al sector privado a través de distintas técnicas –singularmente el concierto–)<sup>93</sup>, sobre la base de la prestación directa a través de centros de titularidad pública, gestionados con medios propios, esto es, mediante órganos de Derecho público en sentido estricto, que serán los encargados de acreditar la situación de exclusión social de un determinado individuo<sup>94</sup>. De ahí que la exigencia de prueba de la condición de marginado social por los servicios públicos competentes no pretenda sino evitar potenciales abusos e incentivar indirectamente a estos sujetos a que utilicen los mecanismos legalmente dispuestos en su favor, pero sin duda puede dejar desprotegidas algunas situaciones reales de marginalidad no conocidas por los servicios sociales.

## 2. Entidades sin ánimo de lucro: nuevos yacimientos de empleo para los colectivos más necesitados.

A partir de los años setenta, en paralelo, y ganando una similar aceleración en las postrimerías del siglo XX, los Estados occidentales han sido protagonistas de una misma crisis y han sido testigos de una grandísima transformación. La primera afecta al sostenimiento y a la continuación de la tendencia expansiva del Estado de Bienestar. Sumido en una motorización imparable, ha agotado las fuentes financieras en las que apoyar su crecimiento futuro, y aún encuentra serias dificultades para

<sup>90</sup> DE VICENTE PACHES, F.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, 2003, págs. 99 y ss.

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Seguridad Social y asistencia social en el marco de la descentralización de la política de protección social», *Foro de Seguridad Social*, núms. 8-9, 2003, págs. 55 y ss.

<sup>92</sup> AZNAR LÓPEZ, M.: «Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria», *RMTAS*, núm. 30, 2001, págs. 55 y ss.

<sup>93</sup> VILLAR ROJAS, F.J.: «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *DA*, núms. 271-272, 2005, págs. 389 y ss.

<sup>94</sup> SANCHÉZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Empleo, protección social y lucha contra la exclusión social», *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005, págs. 545 y ss.

mantener la misma cantidad y calidad de prestaciones y servicios que, hasta ahora, ha organizado en beneficio de los ciudadanos. La segunda, por otro lado, ha consistido en la espectacular emergencia de un sin fin de organizaciones sociales, normalmente laicas, que han asumido el desempeño de tareas al servicio de la colectividad con las que se sustituyen, unas veces, y se complementan, otras, los compromisos de bienestar asumidos por el Estado, con el que, en todos los casos, colaboran aspirando al mantenimiento y a la mejora de la eficiencia y el control de los servicios sociales, la cultura, el ocio, el deporte, el medio ambiente, las actividades religiosas, el desarrollo...<sup>95</sup>.

Cuando el Estado devuelve a la sociedad funciones que él no puede desarrollar con la eficacia deseable, corresponde de una manera predominante a las entidades sin afán de lucro desempeñar tales tareas en sustitución de las Administraciones públicas, desarrollando, por consiguiente, actividades de interés colectivo o general capaces de garantizar el bienestar social<sup>96</sup>. Se confía en que las organizaciones filantrópicas tienen una capacidad de reacción frente a los problemas infinitamente más afinada y flexible, de modo que les resulta posible actuar con urgencia, creativamente también cuando la situación lo precisa. Frente a la lejanía del ciudadano y las dificultades de acceso que presentan las Administraciones públicas, estas organizaciones sociales actúan de manera más próxima, y se presume que conocen los problemas de primera mano, proporcionando soluciones directamente y sin intermediación, con rapidez, multiplicando la eficiencia en el empleo de recursos, sin perderse en procedimientos de actuación formalizados que entorpecen la aplicación inmediata de remedios cuando es necesario<sup>97</sup>.

Dentro del denominado «tercer sector»<sup>98</sup> (expresión esta que ha hecho fortuna para aludir a las entidades que no forman parte del aparato del Estado –no son sector público– ni tampoco se engloban en el sector privado empresarial)<sup>99</sup>, la realidad adopta una diversidad de formas asociativas y organizativas que hacen difícil en su pluralidad establecer una definición comprensiva de la totalidad de las mismas (entidades sin ánimo de lucro, entidades filantrópicas, entidades religiosas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones...) <sup>100</sup>. Este fuerte dinamismo y pujanza que han experimentado las instituciones no lucrativas privadas en la prestación de servicios públicos –que muestran además gran capacidad de adaptación a unos problemas en rápida evolución–, unido a otras circunstancias como son las políticas de contención del gasto público que han venido imperando en los últimos años, así como una cierta crisis de la confianza en la capacidad de las Administraciones públicas para llevar a cabo de forma eficiente la gestión directa de determinados servicios de interés general, han venido a conformar un nuevo escenario que viene a situar a dichas entidades en un lugar muy relevante dentro del sector socio-asistencial, marcado, además, por una intensificación de las relacio-

<sup>95</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: «Tercer sector: entre el Estado y el mercado», en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca, 9-11 octubre 2000, Barcelona, 2002, pág. 169.

<sup>96</sup> REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 14. Por extenso, CABRA DE LUNA, M.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, 1998, págs. 27 y ss.

<sup>97</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: «Tercer sector: entre el Estado y el mercado», cit., pág. 170.

<sup>98</sup> ASCOLI, U. y PAVOLINI, E.: *La organización del tercer sector en las políticas socio-asistenciales en Europa: comparación de diferentes realidades. Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, 2000, págs. 827 y ss.

<sup>99</sup> GUTIÉRREZ RESA, A.: *La acción no gubernamental*, Valencia, 1997, pág. 221.

<sup>100</sup> ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÍA SERRANO, M.: «La contribución del tercer sector al bienestar social: una aproximación a las entidades no lucrativas en España», *RMTAS*, núm. 15, 1999, págs. 123 y ss.

nes entre las organizaciones citadas y los poderes públicos<sup>101</sup>, caracterizadas estas últimas por contar con un componente de subvención y de fomento muy importante<sup>102</sup>.

En este intento de potenciar el denominado tercer sector, cobra pleno sentido el establecimiento de una preferencia a favor de las entidades sin ánimo de lucro en la adjudicación de determinados contratos públicos de carácter social. A tal fin, cabe recordar que el legislador español, por medio de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, adicionó un apartado 2.º a la disposición adicional 8.ª de la hoy derogada Ley 13/1995, pasando después a la misma disposición adicional del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la LCAP y, más tarde, al apartado 3.º de la disposición adicional 6.ª de la actual LCSP con la misma finalidad. Concretamente –y retrotrayendo la vista atrás–, su inclusión primigenia derivó de la aceptación parcial de una enmienda del grupo parlamentario catalán, CiU, del siguiente tenor literal: «en los contratos de gestión de servicios públicos, el órgano de contratación podrá fijar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares a la vista de la importancia, duración del servicio, y siempre que se trate de servicios de naturaleza social o asistencial la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro debidamente inscritas en los correspondientes registros según la normativa que les sea de aplicación, y cuyo fin de interés general lo constituya una actividad social o asistencial. Dichos contratos se adjudicarán, en todo caso, mediante procedimiento restringido». El intento de promoción de las entidades filantrópicas empezaba ya a tomar forma.

Contando con tal antecedente, la redacción vigente de la cláusula aquí analizada, coincidente en su integridad con la establecida en la disposición adicional 8.ª 2 de la anterior LCAP, prevé que, en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, tendrán preferencia en la adjudicación aquellas entidades, dotadas de personalidad jurídica, pero sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato –prestaciones de carácter social o asistencial– según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial (disp. adic. 6.ª 3 de la LCSP)<sup>103</sup>. Varias cuestiones suscita esta redacción legal:

### 2.1. Personalidad jurídica propia.

Las entidades sin ánimo de lucro respecto de las cuales es predicable la preferencia en la adjudicación deben venir revestidas de personalidad jurídica y dotadas de una determinada organización; tal exigencia ha de quedar cumplida por cualesquiera de las formas de personificación previstas en el ordenamiento, sea en el marco del Derecho público o del Derecho privado, constituyendo, además, su inscripción en el registro una exigencia también esencial para la obtención de la prioridad establecida en la LCSP. Su nada infrecuente dependencia financiera de las instituciones públicas, y su objetivo de promover actividades orientadas bajo un fin genérico de solidaridad social, justifican que

<sup>101</sup> HERRERA GÓMEZ, M.: *El tercer sector en los sistemas de bienestar*, Valencia, 1998, págs. 33 y ss.

<sup>102</sup> VILLAR ROJAS, F.J.: «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *DA*, núms. 271-272, 2005, págs. 389 y ss.

<sup>103</sup> FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3.ª edición, Barcelona, 2003, pág. 272.

la inscripción sea algo obligado, pero no difícil de conseguir por quienes desean obtener la requerida personalidad jurídica, pues la Administración solo podrá denegar la misma «cuando la escritura de constitución no se ajuste a lo previsto en la ley»<sup>104</sup>.

Por lo demás, todos los requisitos caracterizadores de este grupo de sujetos cualificados han de resultar de sus propios estatutos o reglas fundacionales, que deberán estar configurados según las normas de constitución que correspondan al tipo o clase de entidad y a cuyo amparo y bajo cuya regulación se haya creado el ente en cuestión. En todo caso se exige, como ya consta, que estas entidades y sus estatutos y reglas fundacionales vengan inscritas en el correspondiente registro oficial, que resultará ser el correspondiente a la tipología que adopte la entidad de que se trate, en función de la norma a cuyo amparo se haya creado y constituido.

No puede negarse, sin embargo, la importancia que en el sector filantrópico español tienen estructuras informales, como las que pueden surgir en torno a la familia, los grupos de amigos, de vecinos, etc. Precisamente en la fuerza que, desde siempre, han tenido tales estructuras sociales en nuestro país, se ha querido ver uno de los factores que han influido en la tradicional falta de desarrollo del sector asociativo «formal», pero el carácter disperso y espontáneo de tales redes primarias impide su inclusión dentro de los límites de la disposición adicional aquí analizada si se quiere dotar a esta de un mínimo de sentido<sup>105</sup>.

La falta de forma jurídica lleva también a excluir del ámbito de aplicación de la disposición adicional 6.<sup>a</sup> 3 de la LCSP, con las matizaciones que después se expondrán, a las tradicionales obras sociales de las Cajas de Ahorro, pues se trata de entidades de crédito de carácter social, origen fundacional y sin finalidad lucrativa, que, en el ejercicio de las actividades económico-financieras permitidas por las leyes, tienen como finalidad el fomento del desarrollo económico y social de su ámbito de actuación y destinan parte de sus excedentes a actuaciones de carácter benéfico-social. Se trata, por tanto, de instituciones híbridas entre la figura no lucrativa de la fundación y la típicamente mercantil de la entidad de crédito, de modo que la porción de beneficios, obtenidos en el ejercicio de dicha actividad bancaria, se destinan a fines sociales bajo la denominación de «obra benéfico-social». Carecen de ánimo de lucro y, sin embargo, están abocadas en muchas ocasiones a realizar actividades de contenido invariablemente económico, dirigidas, incluso, a la obtención de un beneficio que les permita el mantenimiento de su actividad o la reunión de fondos suficientes para su prestación<sup>106</sup>. Su «obra» benéfico-social a menudo se canaliza a través de la constitución de entidades que, esta vez sí, tienen finalidad exclusivamente social (como pueden serlo fundaciones). Solo en este caso, y en cuanto tales entidades, podrán formar parte del concepto manejado por la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LCSP<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, cit., pág. 15.

<sup>105</sup> CASADO, D.: «El sector voluntario de objeto social en la perspectiva europea», en AA.VV. (JEREZ NOVARA, A., dir.): *¿Trabajo voluntario o participación?*, Madrid, 1998, pág. 181.

<sup>106</sup> CASARES MARCOS, A.: *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003, pág. 463.

<sup>107</sup> SÁNCHEZ RIVERA, R.: «La conceptualización del tercer sector solidario o filantrópico en España», en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona, 2002, pág. 370.

## 2.2. Satisfacción de fines de interés general.

El patrimonio de la entidad sin ánimo de lucro ha de hallarse destinado a la realización de fines de interés general (*non profit*), lo cual viene a suponer en la práctica su intervención como coadyuvantes de las Administraciones públicas, no en vano estas entidades, como personas jurídico-privadas que son, no tienen la consideración de poderes administrativos, en cuanto no están dotadas de *imperium* o soberanía, pero en tanto en cuanto es precisamente a las organizaciones públicas a quienes se impone como obligación el logro del interés general, la intervención de las entidades sin ánimo de lucro en este campo a través del sistema de contratación administrativa va a quedar limitado a colaborar en la satisfacción pública de las demandas sociales referidas fundamentalmente a aquellos aspectos relacionados con los derechos de tercera generación o fundados en la solidaridad (paz, protección del medio ambiente, desarrollo, servicios sociales, culturales o de ocio...) <sup>108</sup>. De todas formas, es necesario distinguir el fin, que necesariamente tiene que ser general, y la realización de dicha finalidad, pues, al concertarse, *in casu*, con determinadas entidades no lucrativas, siempre acabará beneficiando en último término a personas determinadas <sup>109</sup>.

Se trata, por tanto, de entidades con vocación de servicio a toda la sociedad o a un subgrupo especialmente desfavorecido en el seno de esta, al que se pretende ayudar y promocionar («espíritu de misión»). A ello no obsta el hecho de que los propios miembros de la organización puedan también disfrutar de sus ventajas y servicios, pues esto es un matiz secundario, siendo lo realmente definitorio el desempeño de una labor abierta a la sociedad, en la que sus protagonistas se implican <sup>110</sup>.

Es más, para la aplicación de la preferencia en la adjudicación es necesario también que los fines de la entidad tengan relación directa con el objeto del contrato. Teniendo en cuenta que en este caso dicha prioridad solo es aplicable a los vínculos contractuales relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, resulta que los fines de estos sujetos han de tener, además de relación con el objeto del contrato, de nuevo, carácter social o asistencial <sup>111</sup>. La reiteración no deja de resultar tautológica, aun cuando demuestra sobradamente la intencionalidad del párrafo 3.º de la disposición adicional 6.ª de la LCSP.

## 2.3. Carácter filantrópico.

El carácter altruista es la realidad determinante de la cualificación del sujeto que le hace acreedor de la preferencia. Esta cualificación suele derivar de la propia manifestación expresa y literal hecha en los actos fundacionales o modificadores de la personalidad jurídica concreta de cada entidad. Sin embargo, la omisión de tal expresión, no puede impedir que la ausencia de ánimo de

<sup>108</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005, pág. 76

<sup>109</sup> REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, cit., pág. 14.

<sup>110</sup> CABRA DE LUNA, M.A.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pág. 35.

<sup>111</sup> AZNAR LÓPEZ, M.: «La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de tipo social y humanitario: nuevas perspectivas», *Documentación Social*, núm. 3, 1996, págs. 203 y ss.

lucro efectivamente se cumpla, siempre y cuando concurra el presupuesto fundamental de su contenido, que consiste, no tanto en la inexistencia de beneficios derivados de su actividad, sino en que estos no son distribuibles entre los miembros del substrato personal de la entidad, repercutiendo, por el contrario, en las propias actividades y fines solidarios que constituyen el objeto de su propia personalidad. De este modo, los beneficios obtenidos no lucran a sus miembros, ni siquiera a la propia entidad, sino que se reinvierten en las concretas actividades y fines que constituyen el objeto de la misma <sup>112</sup>.

El requisito de ausencia de ánimo de lucro ha de ser interpretado, pues, en sus justos términos: la entidad nunca puede ser considerada como vehículo apto para la obtención de ganancias no destinadas a las actividades de aquella o dirigidas al incremento de su patrimonio <sup>113</sup>; pero resulta evidente también que para hacer frente a sus obligaciones de realizar actividades volcadas al interés común, ha de perseguir la obtención de ganancias que sirvan de base a la programación de esas actividades <sup>114</sup>. De ahí que se exija únicamente que el lucro no sea partible o no determine un dividendo entre los miembros de la entidad en cuestión, en el sentido de considerar que los márgenes positivos que pueda obtener por su gestión patrimonial no sean considerados como beneficio sino como mero excedente <sup>115</sup>.

#### 2.4. Certificación.

La personalidad jurídica, la ausencia de ánimo de lucro, los fines de la entidad y su inscripción en el registro oficial correspondiente pueden quedar acreditados mediante la certificación expresa del propio registro administrativo, en el cual aparezcan precisamente reflejados todos estos datos. Como fórmula alternativa, procede admitir también el anexo a la certificación oficial, como documento adjunto, del contenido íntegro de los estatutos o reglas fundacionales, que normalmente obrarán en dicho registro.

El momento de esta acreditación no se establece en el texto de esta disposición adicional, pero habrá que situarlo en todo caso al tiempo de la presentación de la proposición; lo razonable es que estos datos se justifiquen como parte de la propia oferta, bien sea como integrante de la documentación que demuestre la personalidad jurídica de la entidad proponente o bien como un añadido a los demás justificantes que hayan de acompañar la propuesta.

En fin, y como quiera que la utilización de la preferencia en la adjudicación se ha de incluir en el pliego de condiciones particulares, la forma de acreditación concreta a utilizar, así como el

<sup>112</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.172.

<sup>113</sup> PAZ ARES, C.: «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del art. 2.2 LAIE)», en AA.VV.: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1995, págs. 431 y ss.

<sup>114</sup> DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.: «Actividades mercantiles de las fundaciones», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sanchez Calero*, Tomo I, Madrid, 2002, págs. 53 y ss.

<sup>115</sup> DEL CAMPO ARBULO, J.A.: *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Madrid, 1996, pág. 48.

tiempo en que se haya de producir, debería venir especificado en el mismo, lo que resultaría imprescindible en el caso de que dicho momento fuera el de la presentación de las proposiciones <sup>116</sup>.

### 2.5. El detalle de la descomposición del precio ofertado.

Hay, por lo demás, un aspecto que resulta mejorable en la redacción de este apartado 3.º, en concreto su inciso final, en virtud del cual se aclara que «el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de los costes». En este supuesto, lo normal es que también se acompañe y forme parte de la proposición en los términos antes expuestos, si bien, dado el tenor literal del precepto, cabría que se exigiera su presentación con posterioridad; en todo caso, la aportación de este detalle de la descomposición del precio ofertado tendría que producirse antes de la adjudicación en la que se pretende aplicar esta preferencia, lo que solo resultaría posible en algunos supuestos en función de la forma de selección de contratistas en que se produzca. Debería haberse dado, por tanto, a esta cláusula un tenor claramente imperativo, para obligar al órgano de contratación a indagar en la estructura de costes de la entidad sin ánimo de lucro con el fin de cerciorarse de que esta no emplea las ventajas jurídicas, fiscales y económicas de que goza legalmente para la alteración de las reglas de una competencia empresarial que también debe ser protegida <sup>117</sup>.

### 2.6. Su contribución a la creación de puestos de trabajo poco cualificados.

Como ya consta, las entidades sin ánimo de lucro realizan actividades de interés general o social, pero para su desempeño requieren de la lógica prestación de servicios por parte de personas físicas. Junto a quienes integran sus organismos internos (asamblea y órganos de gobierno y de representación), y a quienes colaboran con ellas de forma gratuita y altruista como voluntarios <sup>118</sup>, las organizaciones de este tipo emplean volúmenes muy importantes de mano de obra <sup>119</sup>.

Nuestra sociedad se ha caracterizado, desde siempre, por el hecho de que personas, sin distinción de edad, raza o sexo, se han comprometido, de manera libre, a ayudar o luchar para mejorar las condiciones existenciales de los demás y para dar una respuesta cívica y solidaria a las necesidades e inquietudes que, en cada momento, se plantean <sup>120</sup>. Es más, el movimiento voluntario vive última-

<sup>116</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.174.

<sup>117</sup> AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 1.216.

<sup>118</sup> LEGUIDEC, R.: «Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito», *RIT*, vol. 115, núm. 6, 1996, págs. 701 y ss. Asimismo, GARCÍA NINET, J.: «Régimen jurídico del personal voluntario», *RSS*, núm. 18, 1983, págs. 127 y ss. o MURILLO MARINA, J.: «Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral», *RTSS*, núm. 1, 1991, págs. 123 y ss.

<sup>119</sup> AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., coords.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 616.

<sup>120</sup> ASCOLI, V.: «Estado de bienestar y acción voluntaria», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 38, 1997, págs. 123 y ss. o DE LUCA, J.: «La polémica sobre los derechos de la solidaridad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, pág. 13.

mente una etapa de despliegue y crecimiento, capaz de justificar la promulgación de la Ley 6/1996, de 15 de diciembre, del Voluntariado <sup>121</sup>, que permite la articulación de «una importante red de trabajos benévolos» <sup>122</sup>. Pero ello no debe hacer olvidar que aun cuando las entidades no lucrativas se benefician de la prestación de sujetos carentes de retribución, lo cierto es que aparecen también como instituciones «creadoras» de cuantiosos puestos de trabajo en el mercado ordinario <sup>123</sup>, sobre todo por lo que se refiere a los denominados «nuevos yacimientos de empleo» <sup>124</sup>. De ahí la importancia de la preferencia establecida en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de las entidades sin ánimo de lucro en cuanto al incremento del empleo se refiere, máxime si se tiene en cuenta que la escasa cualificación exigida para desempeñar las ocupaciones propias de las mismas permite que sean realizadas por desempleados expulsados del mercado laboral como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación, por jóvenes y en un alto grado también por mujeres <sup>125</sup>. Precisamente, pues, alguno de los colectivos más necesitados.

### 3. Organizaciones de comercio justo: un paso adelante en la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados más vulnerables.

La preocupación porque en las obras o servicios encomendados por la Administración a empresarios privados se respete la normativa laboral y se ofrezcan condiciones de trabajo aceptables para los trabajadores ocupados en ellos ha sido acogida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en especial en el importante Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949 (núm. 94), acompañado de la Recomendación número 84, de la misma denominación y el mismo año. Para lograr tal objetivo, este Convenio utiliza una técnica jurídica peculiar: en lugar de imponer la obligación de los Estados de establecer en su legislación que los contratistas reconozcan a sus trabajadores salarios y condiciones de trabajo no menos favorables a las del lugar y actividad en cuestión, prevé que la legislación nacional obligue a las Administraciones públicas a incorporar en los contratos administrativos las denominadas «cláusulas de trabajo», en virtud de las cuales los contratistas deben comprometerse a reconocer a sus trabajadores salarios, horarios y condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas en convenio colectivo, laudo o normativa estatal para un trabajo de igual naturaleza en la misma actividad y en la región donde se ejecute el contrato. Este sistema tiene la ventaja de crear una responsabilidad contractual específica frente a la Administración, garantizada incluso con la posible resolución del contrato, pero

<sup>121</sup> GARCÍA INDA, A.: «Aspectos legales del voluntariado: el modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero» y MORA ROSADO, S.: «El fenómeno del voluntariado en España», ambos en *Documentación Social*, núm. 104, 1996, págs. 201 y ss. y 129 y ss., respectivamente.

<sup>122</sup> ALONSO OLEA, M.: «Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad», en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999, pág. 18.

<sup>123</sup> EMBID IRUJO, J.M.: «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *RVEH*, núm. 7, 2003, pág. 86.

<sup>124</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «Creación de empleo y yacimientos de empleo», *GS*, núm. 167, 1998, págs. 43-49. Por extenso, CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; COLLADO CURIEL, J.L. y MARTÍNEZ MARÍN, M.I.: *Nuevos yacimientos de empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro*, Madrid, 1998.

<sup>125</sup> ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: «Medidas de creación de empleo», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. y CALVO GALLEGO, F.J., dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 405.

tiene el inconveniente de dejar esa obligación a los avatares de la lógica competitiva, factor de debilidad que el tiempo ha acentuado en los sistemas continentales de contratación <sup>126</sup>.

Consecuencia de tal flexible ordenación, nuestro sistema de contratación pública no ha incluido ninguna previsión expresa al respecto, pero tampoco cabe olvidar que la preocupación por el cumplimiento por parte de los licitadores del contenido de las Convenciones fundamentales de la OIT es manifiesta y clara en muchos apartados de su articulado. Así –y en muestra significativa–, la Exposición de Motivos de la LCSP hace referencia expresa a la utilización de posibles cláusulas sociales con el fin último de conseguir una acomodación de las prestaciones a las exigencias de un «comercio justo» con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Desde tal perspectiva, el párrafo 4.º de la disposición adicional 6.ª de este mismo texto legal reconoce «la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan por objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo, para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo». Pese a la confusa redacción de esta disposición, lo cierto es que su puesta en práctica puede suponer un acicate importante a la hora de conseguir que las empresas muestren una mayor implicación frente a todas las formas aún subsistentes de explotación laboral, no en vano el comercio justo no tiene sino como finalidad principal la de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales y de desarrollo, contribuyendo a la erradicación de la pobreza a través de la promoción de oportunidades de mejora a pequeños productores y trabajadores de los países más desfavorecidos (Resolución del Parlamento Europeo sobre comercio justo y desarrollo) <sup>127</sup>.

Esta Resolución expresamente insta a las instituciones públicas a integrar criterios de comercio justo en sus contratos públicos (arts. 22-24) y describe los parámetros esenciales que diferencian a este movimiento internacional de otras iniciativas con estándares menos exigentes. No cabe duda de que el creciente proceso de internacionalización de la economía y de transnacionalización de las entidades empresariales incide de forma trascendental en las relaciones laborales, no en vano –y en paradigmático ejemplo– decisiones que afectan a cientos de miles de trabajadores que prestan sus servicios en centros de trabajo de una empresa transnacional en un Estado pueden adoptarse ahora a cientos o miles de kilómetros de distancia en otro país donde la corporación o el grupo tiene su sede central <sup>128</sup>.

La mayor competencia presiona a los gobiernos nacionales para que reduzcan la protección y hagan más eficientes sus industrias; las empresas, a su vez, se transforman al tratar de encontrar maneras de aumentar la productividad y de reducir el coste del trabajo, pues la búsqueda de mercados, receptores de capitales y tecnología, donde la fuerza de actividad tenga menor valor económico, es un objetivo capaz de disminuir los estándares de vida. El vertiginoso proceso de fusiones, alianzas y absorciones, que está teniendo lugar en todos los sectores a escala mundial (bancos, seguros, comunicaciones, informática, automoción, industria química, energía, aeronáutica, etc.), es el caldo de cultivo idóneo para consolidar la fuerza de las multinacionales <sup>129</sup>. El principio rector y racionalizador en este modelo es la

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Contratación pública y condiciones de trabajo», *RL*, núm. 4, 2008, pág. 12.

<sup>127</sup> 2005/2245 (INI).

<sup>128</sup> ROJO TORRECILLA, E.: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta», *TL*, núm. 59, 2001, pág. 50.

<sup>129</sup> MONTOYA MELGAR, A.: «Empresas multinacionales y relaciones de trabajo», *REDT*, núm. 16, 1983, págs. 947 y ss.

competitividad por el rendimiento. La regulación jurídica autónoma facilita el intercambio desigual y la lucha por la competitividad de los mercados <sup>130</sup>. El libre comercio es una carrera continua, en la que, sin embargo, no todos los países participan en igualdad de condiciones y, como no podía ser de otro modo, los Estados industrializados han acabado por arrasar a muchas de las economías del denostado Tercer Mundo, destruyendo o desarticulando sus estructuras productivas, supeditando los procesos de producción al control y dominio de las grandes empresas, imponiendo pautas de consumo y haciéndose el capital extranjero con las entidades importantes y los sectores rentables. Al tiempo, la globalización va acompañada de una «extraña pareja» conocida como «deslocalización», en virtud de la cual se produce la transferencia de la producción de un enclave nacional a otro foráneo, con el fin de ampliar el mercado, de reducir costes de mano de obra y de importar, para satisfacer el consumo interno, bienes y servicios anteriormente producidos en el ámbito local <sup>131</sup>. Como con acierto se ha dicho, «qué duda cabe que con la globalización se produce la "deslocalización" de la producción en una búsqueda continua por aunar tecnología punta con bajos costes laborales directos o indirectos» <sup>132</sup>.

En realidad, los imperativos tecnológicos, la revolución de las comunicaciones y del transporte contribuyen a la fragmentación internacional de las actividades: el lugar en el que se producen, en el que se distribuye y donde se comercializan los productos es cuestión a decidir centralizadamente, dependiendo de las trabas y restricciones que existan a la libre movilidad o a las facilidades para obviar las mismas <sup>133</sup>. Todo el sistema de producción que no requiere de una mano de obra cualificada es objeto de movilidad y desplazamiento hacia países o zonas geográficas con características determinadas desde el punto de vista del desarrollo económico, esto es, que permitan reducir costes laborales. Este proceso intensifica la dual escisión entre trabajadores cualificados y no cualificados, al tiempo que deteriora las condiciones de trabajo y promoción profesional de estos últimos, provocando graves situaciones de desempleo, marginalidad y pobreza <sup>134</sup>.

Los evidentes efectos negativos que la globalización y la deslocalización están teniendo en la capacidad política de los Estados para intervenir en la regulación de la actividad económica de un determinado país, aunque a veces se exageren, pueden actuar, además, a favor del marco institucional favorable que necesitan aquellas compañías multinacionales que operan en países del tercer mundo y en vías de desarrollo, en los cuales un volumen imposible de determinar de trabajadores desarrolla su prestación de servicios acuciados por la necesidad (y sin otra alternativa que la miseria y el hambre) sin contar con las mínimas condiciones laborales exigibles en materia de remuneración, horario, jornada o seguridad e higiene en el trabajo <sup>135</sup>, impulsando su implantación en estos territorios.

<sup>130</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de constitución flexible del trabajo», en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V., coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2003, pág. 1.575.

<sup>131</sup> PURCALLA BONILLA, M.A.: *El trabajo globalizado*, ejemplar multicopiado, Tarragona, 2005, pág. 12.

<sup>132</sup> APARICIO TOVAR, J.: «Los derechos sociales ante la internacionalización económica», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L., coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos*, Granada, 1999, pág. 19.

<sup>133</sup> RAMOS QUINTANA, M.I.: «Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo», *JL*, núm. 10, 2002, pág. 35.

<sup>134</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: «Globalización y relaciones de trabajo», *REDT*, núm. 92, 1998, págs. 871 y ss.

<sup>135</sup> OIT: *Informe sobre el trabajo en el mundo*, Ginebra, 2005.

Frente a esta terrible situación, cobra singular importancia la intervención pública tendente a garantizar mínimamente el cumplimiento de las más elementales normas laborales, reconocidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (principalmente la ONU y la OIT) <sup>136</sup>. No son pocas las voces que se han alzado para reclamar la creación de un Tribunal Laboral Internacional, dotado de amplias competencias para investigar, perseguir y reparar situaciones tan bochornosas como las descritas, exigiendo así una responsabilidad internacional a sujetos privados, sin quedar constreñida a los límites jurisdiccionales del territorio (y de la legislación) de un Estado concreto <sup>137</sup>. Junto a esta loable iniciativa, la Administración puede impulsar, a través del diseño de cláusulas como las previstas en el párrafo 4.º de la disposición adicional 6.ª de la LCSP, que las empresas singularmente consideradas demuestren un compromiso firme de no aprovecharse de la legislación social más laxa que pueda existir en determinados países <sup>138</sup>, pues si así actuaran van a quedar favorecidas en la adjudicación de contratos administrativos, siempre y cuando se trate de entidades reconocidas como de comercio justo.

De conformidad con las reglas internacionales sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, contenidas en el Convenio de Roma de 1980, un determinado contrato de trabajo va a quedar sujeto, en la generalidad de los casos, a aquella legislación social propia del país donde el trabajador preste servicios <sup>139</sup>. Sin embargo, la Administración, a través del sistema de contratación pública, puede impulsar que las organizaciones productivas no se limiten al puro cumplimiento de la legislación laboral interna del país en donde operan, aprovechándose de la precariedad de buena parte de estas normativas. Puede conseguir, por tanto, un plus de compromiso de determinadas empresas que les lleve a implementar unos estándares laborales superiores, consistentes en, al menos, respetar las antecitadas normas mínimas contenidas en los convenios básicos de la OIT <sup>140</sup>.

Aun cuando se han dado pocos pasos en este sentido, no cabe silenciar que en España se creó en 1996 la Coordinadora Estatal de Comercio Justo, miembro, a su vez, de las principales redes internacionales, entre cuyos objetivos destacan los siguientes: a) coordinar y canalizar la comunicación entre las distintas organizaciones de comercio justo; b) velar por el cumplimiento de los criterios; c) representar a sus miembros; d) fomentar el debate sobre los criterios éticos en las prácticas comerciales; f) promover y participar en distintas actividades e iniciativas; g) informar y sensibilizar a la sociedad; h) promover la coordinación de las importaciones y las buenas prácticas comerciales <sup>141</sup>. Procede señalar, además, algunas experiencias municipales de concursos públicos para el suministro de productos alimenticios (sobre todo café, como ha sucedido en el Ayuntamiento de Barcelona y en la Universidad Autónoma de esta misma localidad) y productos textiles con base en criterios sociales,

<sup>136</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: «El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente», en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo, 2006, pág. 45.

<sup>137</sup> RENTERO JOVER, J.: «Globalización y garantía de la jurisdicción social», *Contextos*, núm. 3.

<sup>138</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Deslocalización productiva y relaciones laborales», *TL*, núm. 12, 2005, págs. 45 y ss.

<sup>139</sup> CARRASCOSA, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre aplicabilidad a las obligaciones contractuales: el impacto en el sistema jurídico español», *RL*, 1996, T. I, págs. 1.335 y ss.

<sup>140</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La pretendida unificación supranacional del Derecho Social», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 230, 2004, págs. 59 y ss.

<sup>141</sup> [www.e-comerciojusto.org/es/](http://www.e-comerciojusto.org/es/)

éticos y solidarios, exigiendo en algunos casos contar con la certificación FLO (Fairtrade Labelling Organizations), una etiqueta que ya figura en los productos que se venden en países como Holanda, Francia, Reino Unido, Alemania o Canadá y que garantiza que un artículo ha sido elaborado en condiciones de trabajo dignas para sus empleados <sup>142</sup>. El nuevo apartado 4.º de la disposición adicional 6.ª de la LCSP va a permitir, sin duda –con mayores dosis de eficacia–, seguir explotando esta vía.

#### 4. Empleadores con minusválidos en sus plantillas.

Otro de los sujetos cualificados, de los que les es predicable la preferencia en la adjudicación del contrato, viene integrado por aquellas empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 de la cuantía total de los que integren la misma (párrafo 1.º de la disp. adic. 6.ª de la LCSP).

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 sociedad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de tales sujetos» <sup>143</sup>. De sobra es conocido cómo el artículo 9.2 de la 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 «obstáculos» 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 potencialidad <sup>144</sup>.

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– <sup>145</sup> dirigido a los poderes públicos: realizar una labor de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles cuanta atención especializada requieran (art. 49 de la 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» <sup>146</sup>. Es pacífica la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe preocuparse de los trabajadores minusválidos tanto para faci-

<sup>142</sup> LESMES ZABALEGUI, S.: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 71.

<sup>143</sup> Dictamen del Comité Económico y Social referido a 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.

<sup>144</sup> CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991, págs. 43 y ss.

<sup>145</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 56.

<sup>146</sup> 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.

litar su acceso al mercado de trabajo o reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales; la lectura del artículo 49 de la CE, antes reseñado, y su concordancia con la cláusula compensadora del artículo 9.2, el derecho al trabajo sin discriminaciones a que alude el artículo 35.1, el objetivo tendencial del pleno empleo consagrado por el artículo 40 o la invocación de la dignidad de la persona que lleva a cabo el artículo 10, lo indican claramente <sup>147</sup>.

#### 4.1. Las bajas tasas de ocupación de las personas con discapacidad.

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 laborales <sup>148</sup>, habida cuenta de que el trabajo humano –retribuido y por cuenta ajena– no solo supone para la mayor parte de la población el medio de obtención de los recursos económicos «que permitan la subsistencia de quien trabaja» <sup>149</sup> –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 humano <sup>150</sup>. 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 empleo <sup>151</sup>, habida cuenta la falta de ocupación adecuada o de los mecanismos para su correcta inserción laboral constituyen algunas de las dificultades más importantes contra las cuales deben luchar <sup>152</sup>.

La inserción laboral de las personas incapacitadas <sup>153</sup> 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 <sup>154</sup>. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en número ciertamente creciente) <sup>155</sup> 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, tal y como reconoce II Plan de Acción para las personas con discapacidad (2003-2007) <sup>156</sup>. Largo ha

<sup>147</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo», *AS*, 1999, T. V, pág. 47.

<sup>148</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación», *TL*, núm. 7, 1986, págs. 54 y ss.

<sup>149</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)», *RL*, 1987, T. I, pág. 218.

<sup>150</sup> RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993, págs. 13 y ss.

<sup>151</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía», *RL*, núm. 5, 2000, pág. 1.

<sup>152</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, pág. 9.

<sup>153</sup> 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.

<sup>154</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «El trabajo de los incapacitados», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 25.

<sup>155</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

<sup>156</sup> Solo tienen trabajo remunerado el 31,5 por 100 de los varones discapacitados y el 16 por 100 de las mujeres en tal situación. [www.cermi.es](http://www.cermi.es)

sido el *iter* normativo desde la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) y su Reglamento de desarrollo (RD 1451/1983, de 11 de mayo), hasta la relativamente reciente Ley 51/2003, 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 merecen <sup>157</sup>.

#### 4.2. Incentivos a la empleabilidad de los discapacitados: su justificación como medida de acción positiva.

Su deseable acceso al mundo laboral ha quedado encauzado a través de dos vías netamente diferenciables y diferenciadas, aun cuando necesariamente relacionadas entre sí <sup>158</sup>. 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 (RD 1368/1985, de 17 de julio) <sup>159</sup>. 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 por su integración en el sistema ordinario de trabajo» (art. 37 de la LISMI –en la redacción dada por el art. 38 de la Ley 62/2003, de 3 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 discapacidad <sup>160</sup>. Entre tales mecanismos destinados a procurar la integración o permanencia de los minusválidos en el mercado de trabajo cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo <sup>161</sup>: 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 cooperativas <sup>162</sup>; y f) los programas de empleo con apoyo (RD 870/2007, de 2 de julio).

De esta manera, el objetivo quedará cifrado en «procurar la contratación de los trabajadores minusválidos y la mejora de sus condiciones laborales», permitiéndoles alcanzar, conservar y pro-

<sup>157</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación», *TL*, núm. 7, 1986, pág. 52.

<sup>158</sup> 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.

<sup>159</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La relación laboral especial de los minusválidos», *TS*, núm. 91, 1998, págs. 41 y ss.

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> 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.

<sup>162</sup> 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.

gresar en el empleo (art. 7 Convenio núm. 159 de la OIT), pero haciéndolo prioritariamente en el mercado común de trabajo. En este contexto –y en resumen–, tres son las medidas adoptadas: el empleo selectivo, estableciéndose disposiciones conforme a las cuales aquel trabajador cuya capacidad laboral haya quedado disminuida o haya recuperado la perdida 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 discapacitados <sup>163</sup>.

La idea latente en todas ellas parece evidente: cuando no fuere posible lograr el acceso directo del minusválido al empleo ordinario, será menester 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 este a uno de empleo y, por fin, arribar al «mercado ordinario» <sup>164</sup>. 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» <sup>165</sup>. 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 artículo 49 de la 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 artículo 17.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores (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 artículo 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 artículo 7.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, 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 laboral <sup>166</sup>.

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 artículo 38 procede a modificar el artículo 37 e introduce un nuevo artículo 37 bis en la LISMI. En este sentido, el apartado 2 del artículo 37 define el principio de igualdad como la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad, delimitando dichos conceptos en el apartado 3. Asimismo, el artículo 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

<sup>163</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.: «La regulación del empleo de los minusválidos en España», *TS*, núm. 55, 1995, pág. 12.

<sup>164</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 1999, págs. 47 y ss.

<sup>165</sup> ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 10.

<sup>166</sup> 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.

no discriminatorio<sup>167</sup>. 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»<sup>168</sup>.

Insistiendo sobre esta misma idea, al pertenecer el minusválido a un grupo socialmente desfavorecido, la lucha contra las discriminaciones no solo 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 artículo 10 de la 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 «puestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes»<sup>169</sup>. 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 incapacitados<sup>170</sup>– tienen «unas oportunidades reales menores»<sup>171</sup>, tratando así de hacer igual lo que en origen es «desigual», y consiguiendo la satisfacción de intereses sociales dignos de protección<sup>172</sup>.

#### 4.3. El sistema de cuota indirecta.

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 solo reviste el carácter prototípico de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social<sup>173</sup>, 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 de la LISMI)<sup>174</sup>. Aun cuando se trata de una obligación o, si se prefiere, una impo-

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> STC 269/1994, de 3 de octubre.

<sup>169</sup> STC 128/1987, de 16 de julio.

<sup>170</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 36 y ss.

<sup>171</sup> RODRÍGUEZ-PINERO 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.

<sup>172</sup> SSTC 52/1987, de 7 de mayo, 84/1992, de 28 de mayo, o 9/1995, de 16 de enero.

<sup>173</sup> 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.

<sup>174</sup> Nada impide que por convenio colectivo se fije una cuota mayor, tal y como sucede 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).

sición 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 50 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 tareas<sup>175</sup>; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por RD 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 normalizado<sup>176</sup>; c) la donación o patrocinio 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 del RD 364/2005, de 8 de abril)<sup>177</sup>. 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 del RD 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 trabajo<sup>178</sup>.

<sup>175</sup> 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.

<sup>176</sup> 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 del mercado ordinario de trabajo y a la empresa colaboradora le permite conocer mejor 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)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*. 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., o LLOPART BENASSAR, M.: «Régimen jurídico de los enclaves laborales», *AL*, núm. 21, 2007, págs. 2.554 y ss.

<sup>177</sup> 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.

<sup>178</sup> 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.

Burlados con carácter general los cupos y teniendo en cuenta las desvirtuadas alternativas a los mismos <sup>179</sup>, la intención del legislador –asumiendo su necesario papel ejemplificante– ha ido más allá del establecimiento de la cuota y ha procedido a idear otros mecanismos alternativos utilizando aquella de manera indirecta. Tal es lo que sucede con lo previsto en el párrafo 1.º de la disposición adicional 6.ª de la LCSP, que pretende contribuir a doblegar una voluntad empresarial poco inclinada a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo, a través de la promesa de un premio consistente en otorgar (si así se hubiera establecido en los pliegos de cláusulas particulares) preferencia en la adjudicación de un contrato administrativo para aquellas proposiciones presentadas por «empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación».

Se trata de una medida de «empleo selectivo» <sup>180</sup>, 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 Fundamental <sup>181</sup>. La redacción legal de la previsión transcrita obliga, no obstante, al intérprete a descender a los siguientes aspectos:

#### 4.3.1. Naturaleza jurídica empresarial.

La empresa beneficiaria de la preferencia 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...), quedan incluidas en el ámbito de aplicación la disposición aquí analizada si cumplen los requisitos para ello <sup>182</sup>. En cambio, las primeras han de revestir auténtica «forma jurídico-privada» <sup>183</sup>, 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 solo un modo particular de actuar, en cuanto manifestación de la iniciativa administrativa en la economía con el fin de satisfacer intereses generales <sup>184</sup>. En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales cuanto las sociedades mercantiles estatales (art. 53 y disp. adic. 12.ª de la 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).

<sup>179</sup> OJEDA AVILÉS, A.: «El procedimiento de recolocación revisitado», *REDT*, núm. 14, 1983, pág. 226.

<sup>180</sup> ALONSO GARCÍA, B.: «La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo», *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

<sup>181</sup> SSTC 128/1987, de 16 de julio, 229/1992, de 14 de diciembre, y 3/1993, de 14 de enero.

<sup>182</sup> 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.

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> EDO HERNÁNDEZ, V.: «La empresa pública en España», *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989, pág. 70.

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 estas, 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 contratación<sup>185</sup>. 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 fundaciones privadas<sup>186</sup>. Todas estas quedan, pues, incluidas dentro del marco objetivo de aplicación de la disposición adicional 6.ª de la LCSP.

Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas *stricto sensu* (art. 3.2 de la LCSP)<sup>187</sup> habrá que atender a lo previsto en el artículo 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 Administración<sup>188</sup>. 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 aun cuando no sea este 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 municipal<sup>189</sup>.

<sup>185</sup> Un estudio de ambas en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 207 y ss.

<sup>186</sup> CASARES MARCOS, A.: «Tipología fundacional», en AA.VV. (BENEITO PÉREZ, J.M., dir.): *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, págs. 233 y ss.

<sup>187</sup> 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.

<sup>188</sup> PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 140.

<sup>189</sup> FUERTES LÓPEZ, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, 2007, pág. 225.

#### 4.3.2. Cómputo del porcentaje.

El parámetro del 2 por 100 queda referido a la plantilla total de la empresa, lo cual engloba, desde luego, sus posibles subdivisiones productivas, por más singularidad y autonomía que ostenten <sup>190</sup>. 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 empleo <sup>191</sup>, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de minusválidos. Dos cuestiones quedan, empero, sin resolver en el tenor legal de la norma aquí analizada:

1. 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 empresa a los que les ha sobrevenido la discapacidad funcional trabajando en la misma <sup>192</sup>.

Únicamente se prevé que si varias empresas 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 (disp. adic. 6.ª, párrafo 1.º de la 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, 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 –RD 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» <sup>193</sup>.

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 para-

<sup>190</sup> STSJ, Cont-Admtivo, Castilla y León/Valladolid 4 mayo 2000 (Ar. 1595).

<sup>191</sup> FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999, pág. 23.

<sup>192</sup> 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.

<sup>193</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)», *RL*, 2001, Tomo I, pág. 219.

digmático 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. Solo 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.

2. 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 del RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el TRET y RD 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 más de la plantilla. b) Si su extensión fuese inferior a una anualidad, «cada 200 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 200 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»<sup>194</sup>.

#### 4.3.3. Grado de minusvalía.

Tampoco se precisa el porcentaje de discapacidad exigido para entender cumplida la tasa de reserva, razón por la cual procede acudir a lo dispuesto en el artículo 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 RD 1791/1999), establece que «tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas 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».

Esta redacción legal, pese a su aparente bondad, conlleva una deplorable consecuencia negativa: si el legislador otorga el mismo valor a efectos de la preferencia en la adjudicación a todas las

<sup>194</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «El comité de empresa. Procedimiento electoral», *REDT*, núm. 100, T. II, págs. 1.344 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995, págs. 283 y ss. o BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995, págs. 91 y ss.

personas con un grado de discapacidad superior al parámetro del 33 por 100, 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 acusada <sup>195</sup>. La experiencia demuestra sobradamente 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 aquel cuyo grado de autonomía es mayor, quedando beneficiados, de una manera sobresaliente, los trabajadores afectados por un porcentaje de minusvalía levemente superior al 33 por 100 y, sobre todo, aquellos trabajadores afectados por un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual cuando esta 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 consecuencia 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 invalidez <sup>196</sup>. El Alto Tribunal 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 esta es una cualidad que solo 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 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 artículo 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

<sup>195</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., pág. 157.

<sup>196</sup> 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).

Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de invalidez 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 artículo 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 Tribunal Supremo entiende que las situaciones de incapacidad permanente protegidas por la Seguridad Social son aquellas que derivan de una alteración de la salud siempre y cuando esta 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 trabajador<sup>197</sup>. Las secuelas y limitaciones anatómicas y funcionales 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 trabajo<sup>198</sup>. 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 posible<sup>199</sup>, tampoco cabe reconocer la equivalencia automática entre la situación de discapacitado y la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

En fin, tal interpretación, pese a su aparente buena intención, 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 LCSP, aquí analizada, 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.

#### 4.3.4. Prueba.

No se acota de forma clara el espacio temporal a considerar para computar el conocido parámetro del 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

<sup>197</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y AGUILA CAZORLA, O.: «Invalidez», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia, 2003, pág. 721.

<sup>198</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Valencia, 2006, pág. 28.

<sup>199</sup> 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).

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 precisos<sup>200</sup>. Esta referencia temporal plantea el problema de su extensión, ya que, si bien en algunos contratos 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»<sup>201</sup>. 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 artículo 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 discapacidad<sup>202</sup>. 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.

#### 4.3.5. Su reducido alcance.

Vigentes los oportunos contratos laborales con discapacitados y verificado el cumplimiento de la cuota, la disposición adicional analizada no determina la necesidad de mantener a lo largo de la vida del vínculo administrativo la reserva del 2 por 100, lo cual hará quebrar la finalidad misma de la norma aquí analizada: el fomento de la contratación directa de trabajadores minusválidos por las empresas, capaz de elevar las altas tasas de inactividad que sufre este colectivo. Más bien se trata, por tanto, de un mero parche o remedio temporal.

Es más, 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 otras tres razones fundamentales: primera, porque la expresión «podrán» demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los

<sup>200</sup> AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.427.

<sup>201</sup> AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.171.

<sup>202</sup> 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. 85.

pliegos, de ahí la importancia del esfuerzo llevado a cabo en determinados sectores gubernamentales (no en todos) para dotarla de mayor eficacia <sup>203</sup>; 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 discapacitada <sup>204</sup>.

#### 4.4. La reserva de participación a favor de los centros especiales de empleo.

Atendiendo a la escasa virtualidad de la medida aquí analizada, no puede extrañar que el legislador haya intentado «reforzar» el objetivo de minorar la resistencia empresarial a reservar puestos de trabajo a favor de los minusválidos a través de otras medidas incorporadas en otros preceptos del mismo texto legal, tal y como sucede con lo previsto en la disposición adicional 7.<sup>a</sup>. Conforme a la misma y con el solo requisito de que conste en el anuncio de licitación, cabe 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 o a la gravedad de sus deficiencias no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales», la cual supone otra de las novedades tendentes a mejorar las bajas tasas de empleabilidad de los minusválidos.

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 aquellos 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 de la LISMI) <sup>205</sup>.

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

<sup>203</sup> Así ha ocurrido, sin ánimo exhaustivo, con el Ministerio de Trabajo o el Ministerio de 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.

<sup>204</sup> 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.

<sup>205</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: «Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción», *TL*, núm. 51, 1999, pág. 64.

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 <sup>206</sup>.

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 fomentar 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 <sup>207</sup>.

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 de la 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 de la LISMI) <sup>208</sup>. 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

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> 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.

<sup>208</sup> TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000, pág. 147.

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 ordinarias <sup>209</sup>, no puede extrañar que la disposición adicional 7.<sup>a</sup> 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 <sup>210</sup>. 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» <sup>211</sup>. 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 <sup>212</sup>.

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.<sup>a</sup> 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 estos 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 esencial 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 (RD 2274/1985, de 4 de diciembre) <sup>213</sup>. La única explicación posible a la ausencia de todo tipo de mención a estos centros ocupacionales en la disposición adicional 7.<sup>a</sup> 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

<sup>209</sup> 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.

<sup>210</sup> 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.

<sup>211</sup> STJCE 1997/129, de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare-Lombardía.

<sup>212</sup> STS, Cont-Admtivo, 3 julio 1991 (RJ 1991, 6548).

<sup>213</sup> 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.

de servicio social (art. 6 de la 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 solo 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<sup>214</sup>. 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 este pueda realizar bien una actividad laboral productiva (en un centro especial de empleo) o bien no productiva (en un centro ocupacional)<sup>215</sup>.

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 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 ajena<sup>216</sup>. Por tales razones, procede apostar por que 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.

## V. LA MUJER COMO COLECTIVO SINGULARMENTE DESFAVORECIDO. INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, DE IGUALDAD EFECTIVA, EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como reza la disposición adicional 6.ª de la LCSP, la preferencia en la adjudicación de los contratos en los supuestos señalados en la misma deberá introducirse, como requisito *sine qua non*,

<sup>214</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, pág. 47.

<sup>215</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003, pág. 130.

<sup>216</sup> GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., pág. 49.

en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los cuales –como ya consta– definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones específicos del contrato a celebrar (art. 99 de la LCSP) <sup>217</sup>.

Cabe interrogarse, así, sobre la posibilidad de incluir en tales pliegos otros criterios sociales de preferencia, distintos de los expresamente mencionados en la disposición adicional aquí analizada, es decir, procede plantear si los poderes adjudicadores pueden preferir a otros «entes sociales» (que no sean organizaciones productivas en las que prestan servicios minusválidos, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro o factorías de comercio justo) para ser adjudicatarios de los contratos administrativos <sup>218</sup>.

En principio, parece que tal interrogante debe merecer una respuesta positiva, pues nada impide que las Administraciones públicas queden habilitadas para incluir cláusulas sociales preferenciales distintas a las anteriormente mencionadas, siempre y cuando iguallen a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvieron de base para la adjudicación, tal y como reconoce el Consejo de Estado en su dictamen número 4468/1998, de 22 de diciembre <sup>219</sup>. De este modo, la preocupación por la consolidación de un empleo de calidad, la minoración de la siniestralidad laboral y la búsqueda de unas condiciones de trabajo cada vez mejores, sin ningún tipo de visos de discriminación, y que permitan contar con trabajadores motivados y bien formados, que puedan desarrollar todas sus capacidades, conjugándolas con el desarrollo de su vida personal y familiar, son todas ellas circunstancias que pueden ser potenciadas por el sistema de contratación administrativa a través de su consideración como criterios de desempate en los pliegos de condiciones.

Es más –y como seguidamente se tendrá ocasión de analizar–, la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH), recoge una importante previsión en este sentido: la posibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establezca una preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de aquellas empresas que se caractericen por promocionar el principio de paridad de trato entre varones y féminas (art. 34.2).

<sup>217</sup> SSTS, Cont-Admtivo, 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

<sup>218</sup> GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas», *JA*, núm 20, 2003, pág. 51.

<sup>219</sup> Así, antes de la entrada en vigor de la LCSP, lo ha reconocido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña en su informe 3/1998, en virtud del cual cabe considerar «viable y respetuoso con los requisitos generales de la contratación pública introducir un factor de adjudicación complementario que permita dar preferencia, en la adjudicación de los contratos, a las proposiciones presentadas por las empresas que, de manera justificada, se comprometan a emplear un porcentaje determinado de personas procedentes de empresas de inserción sociolaboral. En todo caso, estas proposiciones tendrían que igualar, en cuanto a los términos, las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvieran de base para la adjudicación (en la línea de lo que la –entonces– vigente LCAP expresa en la disp. adic. 8.ª, en relación con la contratación con empresas que tengan personas con discapacidad en su plantilla)». En el mismo sentido, se pronuncia la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana en su informe 4/2002, de 5 de junio, al afirmar que la disposición adicional 8.ª de la LCAP (a la que por cierto califica como norma no básica) «no impide que la Administración autonómica pueda establecer otros criterios adicionales de desempate que afecten a aspectos sociales, sin mermar la potestad del órgano de contratación de establecer criterios de desempate directamente vinculados con los criterios de adjudicación previamente establecidos». *Contra*, Informes 16/2001 y 4/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.

El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación sin que exista ninguna clase de preterición por razón de sexo, raza, religión, convicciones ideológicas, políticas, sindicales o cualquier otra circunstancia social recogida de forma genérica en el artículo 14 de la Carta Magna e incorporada como derecho laboral en el artículo 4 del ET, constituye un principio angular y transversal del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social<sup>220</sup>. En efecto, no cabe negar que aun cuando los factores de discriminación laboral pueden ser diversos (raza, credo, ideología...) <sup>221</sup>, el género se alza como motivo especialmente «odioso» <sup>222</sup>, máxime cuando el marco social que proporciona el contrato de trabajo constituye un ámbito específico donde la existencia de discriminación real se hace patente con tanta frecuencia que casi llama al escándalo<sup>223</sup>: claramente disminuyen para las mujeres (madres reales o potenciales y, en demasiadas ocasiones, principales sujetos de las responsabilidades familiares) las posibilidades de conseguir y mantener un trabajo estable, digno y suficientemente remunerado; en paralelo, se incrementan las necesidades familiares que obligan a la mujer a aceptar trabajos precarios e incluso fuera del control legal a partir de los cuales ve perpetuada su crónica situación de desigualdad social <sup>224</sup>.

Los datos estadísticos son claramente ilustrativos a este respecto: España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina (el 44,5%) en comparación con la tasa masculina (el 67,6%), encontrándose aún muy lejos de los objetivos fijados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010, establecidos en una tasa de actividad femenina del 60 por 100 <sup>225</sup>. Es más, el índice de paro femenino sigue doblando al masculino (15,2% frente al 8%) <sup>226</sup>, el de temporalidad sigue siendo más de cinco puntos porcentuales superior (33,2% frente al 28,4%) <sup>227</sup> y el salario medio mensual de las fêmeas continúa

<sup>220</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y no discriminación por razón de sexo*, Madrid, 1986, págs. 13 y ss. o PARDELL VEA, A.: «La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales», en AA.VV.: *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2005, págs. 33 y ss.

<sup>221</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *RL*, 1993, T. I, págs. 151 y ss. y «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1991, pág. 165; BORRAJO DACRUZ, E.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27 o ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., et al.: «Igualdad y no discriminación», en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2001, pág. 264.

<sup>222</sup> Siguiendo la expresión utilizada por QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, 1996, pág. 40.

<sup>223</sup> ELFFMAN, M.: «Discriminación en el empleo», en AA.VV. (BLANPAIN, R., ed.): *XV Congreso mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Discriminación en el empleo*, Leuven, 1998, págs. 100 y 101.

<sup>224</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo (Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)», *La Ley*, núm. 5148, 2000, págs. 1 y ss.

<sup>225</sup> Resumen del Informe sobre *El empleo en Europa 2004* ([www.europa.eu.int/comm/employment-social/news/2004/sep/eie2004-en.html](http://www.europa.eu.int/comm/employment-social/news/2004/sep/eie2004-en.html)).

<sup>226</sup> Fuente EPA. Cuarto trimestre 2006. INE ([www.ine.es](http://www.ine.es)). Es más, la tasa de empleo femenino disminuye en 27 puntos cuando las mujeres tienen hijos pequeños (entre 20 y 44 años). AA.VV.: *Programa relativo a la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el período 2001-2005, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, COM (2000), 335 final.

<sup>227</sup> Fuente: INE. Cuarto trimestre 2006.

cifrado en un 24 por 100 por debajo del de los hombres <sup>228</sup>. Ello sin olvidar cómo el 93,20 de las mujeres abandona el trabajo por razones familiares (frente al 0,49 de los hombres) <sup>229</sup>, lo cual contribuye a incrementar la segmentación sexual del mercado laboral, tanto en la segregación ocupacional que llega a ser del 15 por 100, como en la sectorial que alcanza el 18 por 100 <sup>230</sup>.

A fuerza de escuchar estos índices, nos hemos acostumbrado al hecho de que las mujeres sean una fuerza de trabajo secundaria, en la que tiene mayor incidencia el desempleo, a que desarrollen preferentemente su prestación de servicios en ocupaciones feminizadas («de cuello rosa») que, debido precisamente a ello, se consideran como poco cualificadas y se caracterizan en muchos casos por su inestabilidad y escasa retribución, cuando no caen de lleno en la economía informal o en el «trabajo negro» <sup>231</sup>. La diferencia retributiva con los empleados varones se mantiene, especialmente en el sector privado, en los empleos más cualificados a los que las mujeres llegan a acceder, sin que deba silenciarse, tampoco, la presencia de ese «techo de cristal» que provoca que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas <sup>232</sup>.

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención de las personas dependientes, entendiendo por tales aquellas que durante un período prolongado de tiempo requieren de ayuda para realizar ciertas actividades cotidianas (vestirse, comer, asearse...). Su cuidado conduce a la mano de obra femenina, en muchos casos, a optar entre su vida laboral o su vida familiar. Todo ello sin olvidar que la responsabilidad de atender a los hijos recae todavía principalmente sobre ellas (lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tarde o temprano su carrera profesional) <sup>233</sup>.

No puede extrañar, por tanto, que la lógica de la igualdad por razón de género se haya proyectado como una idea-fuerza en el texto constitucional y en la legislación laboral de desarrollo, hasta el punto de que se ha convertido en afirmación reiterada, tanto en el plano general de los derechos constitucionales como en el sector estricto de las relaciones laborales. La CE vigente ofrece un ejemplo significativo «de enaltecimiento de la mujer a través del principio de igualdad para sacarla del terreno de las discriminaciones que históricamente ha sufrido» <sup>234</sup>. Reiterados preceptos hacen clara esta tendencia: de un lado, los artículos 1.1, 9.2 y, de modo especial, el «tan traído y llevado» artículo 14 <sup>235</sup>;

<sup>228</sup> Fuente: *Índice de Costes Laborales*, 2006.

<sup>229</sup> Fuente: *INE*. Cuarto trimestre 2006.

<sup>230</sup> [www.eurofound.eu.int/working/reports/ESO403TRO1/ES403TRO1.htm](http://www.eurofound.eu.int/working/reports/ESO403TRO1/ES403TRO1.htm).

<sup>231</sup> SÁNCHEZ, M.C.; SILVAN, E. y URBANO, E.: «La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración», en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*, Valencia, 2005, págs. 197 y ss.

<sup>232</sup> ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid, 2004, pág. 23.

<sup>233</sup> CES: «Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales», *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, pág. 1.

<sup>234</sup> ALONSO OLEA, M.: «El trabajo de la mujer», *RMTAS*, núm. 13, 1998, pág. 109.

<sup>235</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *RL*, 1993, Tomo I, págs. 151 y ss. En el mismo sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: «El modelo constitucional de la Seguridad Social en España», *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27.

de otro, el artículo 35, que recoge, fuera ya del conjunto de derechos y libertades fundamentales, pero como uno de los derechos y deberes de los ciudadanos<sup>236</sup>, la igualdad de todos los españoles en el derecho al trabajo y en el deber de trabajar, mencionando el sexo como la única causa de discriminación expresamente prohibida, lo cual pone de manifiesto que el constituyente ha estimado necesario establecer una «sobrepotección» para los casos en que se produzcan discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral<sup>237</sup>.

Por su parte, el artículo 17.1 del ET reproduce en el plano de la legalidad ordinaria la prohibición constitucional de discriminación, llevándola al marco de las relaciones entre privados<sup>238</sup>, pues declara nulas y sin efecto las disposiciones legales, convencionales o pactadas que contengan «discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de jornada, retribuciones y demás condiciones de trabajo»<sup>239</sup>. Todo ello sin olvidar cómo la LOIEMH diseña una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla en el marco del acceso al empleo, en la formación, en la promoción y en las condiciones laborales. Todos estos avances normativos no han evitado, sin embargo, que en el terreno de los hechos la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres no sea un objetivo totalmente alcanzado; por una parte, todavía existen ámbitos sociales en los que se mantiene una desigualdad notoria, aunque se aprecie su progresiva reducción (precariedad contractual, segregación ocupacional, minusvaloración salarial...); y por otra parte, el hecho de que los mecanismos jurídicos de la igualdad laboral redunden su mayoría en cargas económicas empresariales plantea en muchos casos la pregunta de si tales instrumentos de mejora de la condición femenina no pueden resultar a la postre factores disuasorios de la contratación de mujeres<sup>240</sup>. Al tiempo, la mayor flexibilidad de los mercados ha mejorado el nivel de ocupación del colectivo aquí analizado, pero ha acentuado su situación de desventaja, al afectarles desigualmente la ampliación del espacio de decisión empresarial y del nivel de temporalidad y precariedad y la erosión de la calidad de los empleos, que han perturbado mucho menos a los trabajadores varones ya ocupados que a las ingentes masas de mujeres que acceden al mercado de trabajo<sup>241</sup>.

<sup>236</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 33, 1988, págs. 61 y ss.

<sup>237</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El principio de igualdad y las relaciones laborales», *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 389; MONTOYA MELGAR, A.: «Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral», *RPS*, núm. 121, 1979, págs. 332 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 134 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La discriminación salarial por razón de sexo», *RL*, núm. 22, 1989, págs. 25-26, o ALONSO LIGERO, M.S.: «Igualdad salarial», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 1.º, Madrid, 1994, pág. 137.

<sup>238</sup> GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986, o BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Principio de igualdad y Derecho privado», en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Vol. II, 1991, págs. 1.584 y ss.

<sup>239</sup> RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: «Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al art. 17.1)», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 522.

<sup>240</sup> MONTOYA MELGAR, A.: «Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas», *REDT*, núm. 129, 2006, pág. 6.

<sup>241</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *RL*, núm. 8, 2006, pág. 8.

El legislador debe ser consciente, por tanto, de que aun cuando el proceso de integración de la mano de obra femenina al mundo laboral ha ido en ascenso, «esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el empleo»<sup>242</sup>, no en vano «el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo "extraño" para las mujeres, lo cual ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, por tanto, dedicado en exclusividad a "su" trabajo»<sup>243</sup>.

Es, además, necesario no perder de vista que existen diferencias entre los sexos legítimas como son, en paradigmático ejemplo, las biológicas, capaces de imponer un tratamiento distinto y en ocasiones no neutro para no incurrir en un trato discriminatorio, ya sea directa o indirectamente. Precisamente, la posibilidad natural o social de desigualdad biológica debe ser –y de hecho lo es–, en sí misma considerada, causa última de determinadas normas jurídico-sociales, en tanto, sobre todo, la situación de maternidad de la mujer actuará como factor determinante de la necesidad de un tratamiento específico, habida cuenta en tal supuesto de que la protección no puede ser en modo alguno trasladable al varón<sup>244</sup>, como no puede serlo tampoco la condición de gestante, exclusiva del sexo femenino<sup>245</sup>. A la función biológica de la procreación se le vinculan, así, necesariamente diferencias legítimas que la legislación laboral debe contemplar y que se traducen básicamente en un tratamiento favorable al hecho social de la procreación y a evitar y compensar efectos negativos en el pleno ejercicio y disfrute por las mujeres de sus derechos<sup>246</sup>.

En este sentido, no cabe caer en un absurdo e injustificable salto al vacío y pasar de una desigualdad discriminatoria a un igualitarismo asimismo inaceptable<sup>247</sup>, porque tampoco cabe considerar jurídicamente de forma absolutamente igual a dos individuos en situaciones diferentes y, a nadie escapa, el factor sexo (junto con otros a él más o menos vinculados) ampara un trato desigual entre hombre y mujer que permite considerar aquel hecho biológico diferencial para así proteger, en situaciones específicas y con determinadas ventajas, a la mujer-madre, precisamente con la finalidad última de salvaguardar de forma adecuada su estado de salud y el de su hijo<sup>248</sup>, conforme bien señalan tanto el Tribunal Constitucional («la maternidad y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excep-

<sup>242</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia», *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

<sup>243</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *TL*, núm. 52, 1999, pág. 41. En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G.: «Discriminación laboral de género: un enfoque constitucional», *Tirant on Line*, 636199.

<sup>244</sup> Ello sin olvidar que la maternidad es una causa igualmente de diferenciación entre mujeres, esto es, entre una embarazada y otra que no lo está. STSJ, Social, Madrid 13 septiembre 1995 (Ar. 3310).

<sup>245</sup> HERNÁNDEZ, S.: «Età lavorativa, età pensionabile e principio di parità tra i sessi», *Il Dir. Lav.*, núm. 6, 1996, pág. 528.

<sup>246</sup> RUANO RODRÍGUEZ, L.: «Fortaleza física y discriminación por sexo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)», *RL*, núm. 13, 1998, pág. 30.

<sup>247</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La igualdad de los tratamientos laborales y su relevancia constitucional», *RL*, núm. 22, 1998, pág. 8.

<sup>248</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: «Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?», *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, pág. 5817.

ciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre»<sup>249</sup>) como el Tribunal Supremo («el descanso maternal es una situación que no se identifica con la incapacidad temporal para el trabajo –que puede afectar igualmente a hombres y mujeres– y que, siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación»<sup>250</sup>).

Insistiendo sobre la misma idea, sería un error gravísimo en el terreno del análisis jurídico-laboral de la discriminación sexual negar toda relevancia a ciertas diferencias entre los miembros de uno u otro sexo, atendiendo, obviamente, a la capacidad de procreación como diferencia sexual inmutable con traducción, directa e inmediata, en el derecho positivo<sup>251</sup>. No toda diferencia de trato entre varones y mujeres merece ser tachada, por tanto, de inconstitucional por discriminatoria (entendida la discriminación como toda diferencia de trato arbitraria o carente de justificación objetiva y razonable)<sup>252</sup>; antes al contrario, son plenamente acordes con el tenor constitucional las normas que contienen medidas específicas de protección de la mujer en razón de su maternidad (embarazo, parto y puerperio)<sup>253</sup>, así como aquellas disposiciones de carácter favorable para el sexo femenino que deban –y deben– adoptarse y mantenerse transitoriamente en un Estado social y democrático de Derecho con el propósito de remover los obstáculos (anclados en los papeles tradicionalmente atribuidos a las mujeres) que se oponen a la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo.

De todas formas, es preciso que los poderes públicos sean cautos en esta tarea, pues las normas protectoras para las mujeres pueden verse acompañadas en la práctica por un contraproducente –e indeseable– efecto «bumerán»<sup>254</sup>, no en vano, aun partiendo del interés de proteger al colectivo femenino, terminan por retraer su contratación por los empresarios, lo cual no deja de ser peligroso sobre

<sup>249</sup> STC 109/1993, de 25 de marzo. En parecido sentido, SSTC 173/1994, de 7 de junio, 136/1996, de 23 de julio, 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero y 182/2005, de 4 de julio.

<sup>250</sup> STS, Social, 23 marzo 1995 (Ar. 2179).

<sup>251</sup> SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994, págs. 24-26.

<sup>252</sup> Entre muchas, SSTC 22 y 42/1981, de 2 de julio y 22 de diciembre; 75/1983, de 3 de agosto; 6/1984, de 24 de enero o 72/1985, de 13 de junio.

<sup>253</sup> No cabe tachar de discriminatorias las medidas de protección de la maternidad, pues lo relevante no es el sexo del sujeto protegido. Idea compartida por la unanimidad de la doctrina; entre otros, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4.ª edición, Madrid, 1995, págs. 179 y 230; JACQMAIN, J.: «¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?», *RL*, núm. 5, 1997, pág. 98; SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid, 1984, págs. 62 y 63; PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1984, pág. 103; BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa "protectora" de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en la minas», *TS*, núm. 27, 1993, pág. 50; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia, 1997, pág. 278 o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en AA.VV. (CASAS BAAMONDE M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RE, F., coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, 1997, pág. 42.

<sup>254</sup> Término que se gestó en el Derecho Norteamericano con ocasión de la interpretación que el Tribunal Supremo Federal fue elaborando del concepto de discriminación de los grupos protegidos por la Civil Rights Act de 1964, en cuyo título se cristalizó la distinción entre la discriminación intencional o «tratamiento desigual» y el «impacto desigual». CABEZA PEREIRO, J.: «Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Comentario a la STC 58/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)», *RL*, núm. 20, 1994, pág. 49.

todo si, como ocurre, el ordenamiento jurídico español se muestra particularmente inoperante a la hora de acometer el esfuerzo parificador en el momento de la contratación<sup>255</sup>, limitándose a encomendar a los servicios públicos de empleo, a sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación sin fines lucrativos, velar específicamente para evitar las discriminaciones en el acceso al trabajo, considerando atentatoria frente al principio de igualdad la oferta de colocación referida exclusivamente a uno de los sexos (disp. adic. 17.<sup>a</sup> de la LOIEMH)<sup>256</sup>.

Aun admitiendo que las normas tuitivas tienen una finalidad del todo lícita, un exceso de protección –que partiría de una ubicación no igual sino inferior de la mujer trabajadora<sup>257</sup>– puede conducir a una posición alejada del objetivo deseado, incrementando el coste de la mano de obra femenina y, a la postre, traduciéndose en una clara preferencia por el trabajo masculino y una mayor dificultad de la mujer de acceder al empleo<sup>258</sup>. De ahí la importancia que en el desarrollo e impulso de las políticas de fomento de la igualdad laboral puede tener la colaboración de las Administraciones públicas en los procesos de licitación, tal y como reconocen dos importantes preceptos de la LOIEMH: el artículo 33, conforme al cual se permite la incorporación de condiciones de ejecución del contrato administrativo con el fin de promover la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo, y, sobre todo, el artículo 34.2, en virtud del cual los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices relativas a la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el contrato de trabajo, «siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional 8.<sup>a</sup> (entonces vigente) de la LCAP» (ahora disp. adic. 6.<sup>a</sup> de la LCSP).

Ya en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptaron medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, publicado mediante Orden de Presidencia de 7 de marzo, se propuso la introducción de la técnica de la incorporación de cláusulas en los pliegos de condiciones generales que favorecieran la contratación de mujeres en las empresas que concursaran a contratos públicos, pero ahora se le da cobertura legal, estableciendo un parámetro de desempate para graduar ofertas equivalentes en cuanto a los criterios objetivos que sean la base de la adjudicación<sup>259</sup>.

<sup>255</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, pág. 924.

<sup>256</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La "parte general" de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo», en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, pág. 29.

<sup>257</sup> RUIZ MIGUEL, A.: «Discriminación inversa e igualdad», en AA.VV. (VALCÁRCEL, A., comp.): *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994, págs. 77-113.

<sup>258</sup> Y es que «todo exceso de protección se vuelve contra el sujeto protegido». PÉREZ DEL RÍO, T.: «El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad», en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, pág. 828.

<sup>259</sup> CABALLERO SÁNCHEZ, R.: «La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales», en AA.VV. (MONTÓYA MELGAR, A., dir.): *Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres)*, Madrid, 2007, pág. 241.

La enorme trascendencia de incluir la perspectiva de género en el sector de la contratación pública de la mano de la LOIEMH puede justificarse en diversos factores, pero quizá el más contundente sea el del su peso económico, cifrado en el año 2006 en el 16 por 100 del Producto Interior Bruto de la Unión Europea <sup>260</sup>. Ello obliga a interrogarse sobre los cauces reales y las manifestaciones concretas a través de los cuales la Administración podrá comprobar que efectivamente la posible empresa adjudicataria promueve efectivamente la demandada igualdad laboral. Alguna pista en este sentido puede deducirse del propio articulado de la LOIEMH:

1. Esta ley contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 de la LOIEMH). Para la concesión del mismo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la paridad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 de la Ley Orgánica 3/2007). Sin duda, la posesión de tal distintivo puede ser considerado por la Administración como acreditación empresarial para aplicar el criterio social de desempate.
2. Invita a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada a procurar incluir en su Consejo de Administración, en los nombramientos que se vayan produciendo a medida que venza el mandato de los actuales consejeros, un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada entre ambos sexos en un plazo de ocho años (art. 75 de la Ley Orgánica 3/2007) <sup>261</sup>. La mayor o menor diligencia en el cumplimiento de tal previsión por parte de la empresa puede suponer también un claro indicio en su favor a la hora de licitar.
3. Incorpora un nuevo mandato en el artículo 85.1 del ET, de conformidad con el cual, y «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad». Así pues, las alternativas son dos: o se negocia un plan de igualdad o se negocian «medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral», existiendo en este sentido un deber de negociar que, para ser constitucional, debe ser respetuoso con la libertad de las partes a la hora de «determinar el contenido de los convenios colectivos», por lo que no habrá obligación de llegar a un acuerdo en ninguno de los dos sentidos, pero sí un deber inexcusable de negociar de buena fe sobre estas cuestiones <sup>262</sup>.

<sup>260</sup> SOLER VILAR, A. y OLLER RUBERT, M.: «Art. 33», en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, 2007, pág. 298.

<sup>261</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: «La igualdad en la responsabilidad social de las empresas», *AS*, núm. 12, 2007, pág. 22.

<sup>262</sup> PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Comentario de urgencia de sus aspectos laborales y de Seguridad Social», *Tirant on Line*, núm. 1044019, pág. 8.

La importancia de los planes de igualdad no debe ser minusvalorada, no en vano a través de los mismos se canalizará el conjunto de medidas de acceso al empleo, clasificación y promoción profesional, formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, tendentes a alcanzar en la organización productiva, después de realizar un diagnóstico de situación, la igualdad entre mujeres y hombres y a eliminar las discriminaciones por razón de sexo (art. 45 de la LOIEMH). Los planes de igualdad tendrán tres partes: 1) la fijación de los objetivos a alcanzar; 2) la estrategia y prácticas a adoptar para su consecución; 3) el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46.1 de la LOIEMH) <sup>263</sup>.

Es más, la propia LOIEMH se encarga de precisar el procedimiento para la articulación de este deber de negociar planes de igualdad (que no el deber de llegar a un acuerdo) en las empresas de más de 200 cincuenta trabajadores: «en los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios; en los convenios de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad» (nuevo art. 85.2 del ET). Igualmente, cabe destacar la importancia de la posibilidad de sustituir la imposición de sanciones accesorias impuestas por la autoridad laboral por la elaboración y aplicación de los tantas veces mencionados planes de igualdad (art. 45.4 de la LOIEMH).

Como no podía ser de otra manera, la LOIEMH amplía las competencias de los comités de empresa, modificando el artículo 64.1 del ET con el fin de atribuirles «el derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre los que se incluirán datos sobre la proporción de unas y otros en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre el mismo» (art. 64.1 del ET); el derecho de «vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres» [art. 69.1.9 c) del ET]; y el derecho a «colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de las medidas de conciliación» (art. 64.1.13 del ET).

El cumplimiento escrupuloso de todas estas previsiones por una determinada empresa puede servir, igualmente, como pauta a tener en cuenta por la Administración para el desempate en la licitación, no en vano la consecución de la deseada paridad entre sexos en las relaciones laborales no es solo un derecho fundamental de la mujer, ni solo un valor superior del ordenamiento, es también un requisito y exigencia para lograr una sociedad más justa y una economía más dinámica y competitiva <sup>264</sup>.

<sup>263</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres», *RL*, núm. 9, 2007, págs. 61 y ss.

<sup>264</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *RL*, núm. 8, 2006, pág. 1.

## VI. REFLEXIÓN 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 colectivos más desfavorecidos no puede ser minusvalorada. Sin perder de vista cómo la promoción y estabilidad en el empleo, sobre todo de los sujetos más vulnerables, 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.

Partiendo del dato incuestionable de que, en el marco del principio de libertad de empresa (art. 38 de la 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, pudiendo servirse a tal fin de las posibilidades que brinda el nuevo proceso de licitación pública, no en vano permite utilizar 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 implementar, singularmente el fomento del empleo de los colectivos más vulnerables. Ahora, no solo 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, la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de esta nueva ley tiene 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 de inserción, entidades sin ánimo de lucro, organizaciones de comercio justo o empleadores que den ocupación a trabajadores minusválidos) de los que se predica una preferencia en la adjudicación del contrato, todo ello con el fin de elevar las bajas tasas de empleabilidad de las denominadas «capas más débiles».

Ahora bien, pese a este importante avance en aras de la tan ansiada justicia social (seguido por la LOIEMH para favorecer a las empresas en las que rija el principio de paridad de trato), 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, 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 de los sujetos excluidos.

No parece oportuno, en consecuencia, magnificar los efectos beneficiosos de la nueva disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la LCSP, pues ello supondría atribuir la postulación de bondades que la prác-

tica 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 la inserción y reinserción en el mercado de trabajo de quienes más dificultades presentan. Procede seguir avanzando por esta senda, superando criterios de duro utilitarismo o de rudo pietismo instalados hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico. La entidad de los bienes en juego demuestra que aún queda mucho por hacer para conseguir una plena afirmación de la dignidad humana.