

**INSTRUMENTOS Y TÉCNICAS PARA LA APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE  
LAS PREVISIONES LEGALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN  
SOCIALMENTE RESPONSABLE**

**1. Recapitulación y planteamiento.**

De lo que ha quedado expuesto se deduce, sin disputa posible, que la protección que tanto la Constitución como el Derecho comunitario dispensan a las personas con discapacidad permite la adopción legítima de acciones de discriminación positiva. Así se ha hecho en diversas normas de desarrollo de los principios constitucionales y comunitarios, tanto al regular con carácter general los derechos de las personas con discapacidad, como al ordenar algunas manifestaciones concretas de la actividad pública, como la contratación.

No ofrece, por tanto, la menor duda, que tales medidas de discriminación positiva se acomodan a la Constitución y al Derecho comunitario. Así lo han confirmado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia comunitario.

En lo que concierne a la contratación en el sector público las cláusulas de contenido social incorporadas a la legislación general del Estado establecen, como hemos relacionado en un apartado anterior, reglas que conciernen a los siguientes extremos:

- Prohibiciones de contratar.
- Reglas sobre accesibilidad universal y diseño para todos.
- Condiciones de ejecución del contrato basadas en consideraciones de tipo social y penalidades por su incumplimiento.
- Exigencias sociales como criterio de valoración para la adjudicación de los contratos.
- Accesibilidad y eliminación de barreras.
- Preferencia en la adjudicación a las empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad.
- Reservas de contratos.

- No discriminación en materia de medios informáticos y telemáticos.

Considerando que todas estas previsiones legales son acordes con cualquier otro principio o regla de superior jerarquía, la cuestión siguiente a analizar es la concerniente a su instrumentación práctica. Es decir, los procedimientos y decisiones que deben adoptar las Administraciones Públicas competentes y los poderes adjudicadores en general, para hacer efectivas las previsiones legales, utilizando para ello los instrumentos que la propia legislación pone a su disposición.

Para ello, pueden clasificarse las previsiones sociales de la LCSP en dos grandes bloques: el primero puede agrupar a todas aquellas previsiones que obligan a verificar, con ocasión de la celebración de un contrato, el cumplimiento por parte del contratista de exigencias establecidas en la legislación general en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. El segundo grupo, lo constituyen aquellas acciones previstas en la ley que determinan una preferencia a favor de centros especiales de empleo o de empresas que tengan en plantilla un número determinado de trabajadores, o establezcan

compromisos de carácter social, al decidir sobre la adjudicación de los contratos a establecer criterios sobre su ejecución..

**2. La constatación del cumplimiento de obligaciones impuestas por la legislación general en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación.**

Respecto del cumplimiento de la legislación general en materia de discapacidad, especialmente en lo concerniente a la implantación de medidas de accesibilidad universal, reservas de puestos de trabajo en las plantillas de la empresa, o sus alternativas económicas, pueden darse tres circunstancias, que los órganos de contratación tienen que contemplar:

- La primera es que el empresario licitador haya sido sancionado con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social. También que haya incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato en los casos en que, de conformidad con el artículo 102 de la LCSP, se hayan impuesto consideraciones de tipo social y los pliegos hayan considerado su infracción como grave. En ambas hipótesis, contempladas respectivamente en los

apartados 1.c y 2.e del artículo 49 de la LCSP estaremos ante prohibiciones de contratar, que resultan completamente excluyentes de la admisión del contratista a la licitación. El artículo 50.1, apartado final, establece que en los casos antes referidos, “la apreciación de la concurrencia de la prohibición de contratar requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto”.

- El segundo caso agrupa a todas las exigencias que la LCSP establece por remisión a las obligaciones impuestas en la legislación general en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Aunque su incumplimiento no haya dado lugar a ninguna clase de sanción, supuesto en el que el empresario incurriría en alguna de las prohibiciones de contratar a que acaba de hacerse referencia, la verificación de que la empresa está al corriente de tales obligaciones, es imperativa para el órgano de contratación, ya que no sólo se lo impone la legislación de contratos, sino también la legislación general indicada en materia de discapacidad. Este tipo de verificaciones se refieren a las prescripciones técnicas en materia de accesibilidad a que alude el artículo 101 y 230 LCSP y Disposiciones Adicionales decimonovena y vigesimoprimera.

- Y el tercer supuesto concierne a la verificación de que las empresas cumplen (aunque no haya sido constatado incumplimiento alguno, ni se les haya impuesto una sanción previa) la legislación en materia de protección de las personas con discapacidad.

Los dos últimos supuestos referidos pueden agruparse porque, medie o no una remisión específica en la LCSP, se trata de obligaciones legales impuestas a las empresas por la legislación específica en materia de discapacidad, que no son de voluntario acatamiento. Todas las Administraciones Públicas están sometidas a la ley y al Derecho, y su actuación debe acomodarse al principio de legalidad (artículo 9.1 y 103.1 CE). Considérese, además, que las previsiones legales en materia de discapacidad que incorpora actualmente nuestra legislación, transponen regulaciones que forman parte del Derecho comunitario, de manera que todos los órganos administrativos han de adoptar las medidas necesarias para su efectividad, ya que en otro caso se estarían tolerando incumplimientos que generan, incluso, responsabilidad patrimonial imputable al órgano actuante.

No son precisos, creemos, muchos desarrollos argumentales para poder afirmar con rotundidad que los órganos de contratación están obligados a verificar, en la medida en que puedan razonablemente hacerlo, que las

empresas contratistas cumplen con la legalidad vigente. Otra cosa supondría una verdadera renuncia a la atención, por parte de los poderes públicos, al cumplimiento de la legalidad y la protección del interés general que en ella se define y concreta. No se trata de añadir a la LCSP, por vía aplicativa, de una nueva causa obstativa del acceso de las empresas a la licitación, es decir, del establecimiento de una prohibición de contratar añadida a las que la ley relaciona, sino de verificar, con ocasión del contrato, el cumplimiento de la legalidad por la empresa que aspira a ser contratista público. Su exclusión por incumplimiento de la legislación en materia de protección de las personas con discapacidad derivará de la incorporación de tal condicionamiento al pliego de condiciones u otros documentos contractuales. Aunque debe notarse que frente a otros requisitos o condiciones del contrato, fijados en el pliego de condiciones, que dependen de la libre voluntad del órgano de contratación (ex artículo 25 LCSP: libertad de pactos), la acreditación del cumplimiento de requisitos establecidos en la legislación en materia de discapacidad es un imperativo legal, que no puede ser obviado al formular los pliegos y demás documentos preparatorios del contrato ni, en consecuencia, al examinar la documentación aportada por las empresas.

La potestad administrativa para verificar o comprobar que se cumplen los requisitos establecidos en la legislación para poder ejercitar cualquier

derecho, es un principio general, según acaba de indicarse que puede derivarse directamente de la Constitución. Pero la Ley 30/92, de 26 de noviembre, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, ha incorporado un nuevo artículo 39 bis que deja definitivamente al margen cualquier duda al respecto.

Dice su párrafo 2:

“Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan”.

Por tanto, la exigencia, como requisito para contratar, de que el empresario cumple con las condiciones establecidas en la legislación en materia de discapacidad, es actualmente imperativa y no dispensable. Incluso puede encuadrarse en las actuaciones concernientes a la verificación de la solvencia técnica o profesional del contratista (artículo 51 LCSP).

No se trata, insisto, de un supuesto de aplicación del principio de libertad de pactos del artículo 25.1 de la LCSP, sino de la aplicación preceptiva de una norma legal que obliga a los órganos de contratación a verificar que el



empresario cumple obligaciones que le han sido impuestas por la legislación vigente.

El modo de llevar a cabo la verificación a que nos referimos, es la siguiente cuestión que debe abordarse, y que, en nuestro criterio, también está clara en la legalidad aplicable: en primer lugar, la obligación de acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación en materia de discapacidad (nos referimos de modo particular a la contratación de trabajadores discapacitados en el porcentaje que las leyes establecen, o su sustitución económica, en los términos que establecen la Ley 13/1982, y el Real Decreto 27/2000, cuyo contenido ya nos consta), debe ser un requisito que consignen los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En segundo lugar, la forma de cumplimentar dicha exigencia de los pliegos, debe ser preferentemente la formulación por parte del empresario de una declaración responsable.

A). La consignación en los pliegos de la exigencia de acreditar el cumplimiento en la legislación en materia de empleo de personas con discapacidad.

El artículo 99 de la LCSP, establece en el párrafo 2 que “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo...”.

De esta previsión han hecho uso diversas normas dictadas por las Comunidades Autónomas e incluso instrucciones de algunos órganos de la Administración General.

Así por ejemplo, el Decreto 49/2003, de 3 de abril, que aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, señala en el artículo 8 referente al “contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares” que “en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán, además de los datos que establece el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los siguientes:

(...) c) La obligación del contratista de tener contratados trabajadores minusválidos en un 2 por 100 al menos de la plantilla de la empresa, siempre que ésta cuente con 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a dicha obligación de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de minusválidos, o bien la obligación de adoptar medidas

alternativas, en los términos establecidos por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero.”

En el art. 4 del Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, sobre “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores minusválidos” estipula:

“1. En los Pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, los órganos de contratación incluirán, entre las obligaciones del contratista una relativa al cumplimiento de la obligación de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores minusválidos en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si ésta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de minusválidos; 2. Las empresas o empresarios que participen en los procedimientos para la adjudicación de los contratos a que se refiere el artículo primero formularán, en el momento de presentación de sus proposiciones, una declaración responsable por la que, de resultar adjudicatarios, se obligan a cumplir y a acreditar, ante el órgano de contratación, la obligación expresada en el apartado anterior, salvo que legalmente estuviesen exentos de ella. Los órganos de contratación comprobarán el cumplimiento de la obligación referida en cualquier momento de la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva.; 3. La acreditación del cumplimiento de la referida obligación se efectuará mediante la presentación ante el órgano de contratación de los siguientes documentos: un certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores de plantilla y copia compulsada de los contratos celebrados con trabajadores minusválidos.”

También, en el Decreto 279/2004, de 17 diciembre, de la Comunidad Valenciana, que regula medidas en los procedimientos de contratación administrativa y de concesión de subvenciones para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, dispone en su artículo 2 sobre Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores discapacitados que:

“1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos, los órganos de contratación incluirán, como causa de resolución, el incumplimiento por el contratista de la obligación de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores discapacitados en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si ésta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Igualmente, en el caso de que las empresas estuvieran exentas de la citada obligación, se incluirá en los pliegos, como causa de resolución de los contratos, el incumplimiento de las medidas alternativas a la contratación de trabajadores discapacitados. Los órganos de contratación comprobarán el cumplimiento de la obligación referida en cualquier momento de la vigencia del contrato; 2. La acreditación del cumplimiento de la referida obligación, en el caso de resultar adjudicatario, se efectuará mediante la presentación, ante el órgano de contratación, de los siguientes documentos: un certificado de la empresa en el que conste el número de trabajadores de plantilla y copia básica de los contratos celebrados con trabajadores discapacitados, en los términos previstos en el artículo 8.3 del Estatuto de los Trabajadores. En el supuesto de aplicación de las medidas alternativas, la acreditación del cumplimiento de éstas se realizará mediante la presentación del certificado de excepcionalidad en vigor y

documentos acreditativos del cumplimiento de las medidas alternativas realizadas durante la vigencia del mencionado certificado.”

En el ámbito de la Administración General del Estado, un documento coincidente e importante es la Comunicación de Interés General nº 8/2008, de 7 de agosto, de la Subdirección General de Contratación del Ministerio de Defensa, sobre normas sobre integración de personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública (apartado 2), que establece lo siguiente:

“Los órganos de contratación comprobarán que los licitadores que tengan al menos una plantilla de 50 o más trabajadores y estén sujetos a la obligación de reservar puestos de trabajo para personas con discapacidad de acuerdo con el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, cumplen con la obligación de tener contratados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, o bien de adoptar medidas alternativas, en los términos establecidos por el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril; Para acreditar la observancia de estas obligaciones de los licitadores, se recomienda a los órganos de contratación del MINISDEF que incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la correspondiente cláusula, exigiendo a los licitadores en el momento de sus proposiciones, una declaración responsable, en la que manifiesten que cumplen con dichas obligaciones o que, por emplear un número inferior a 50 trabajadores, se encuentran legalmente exentos de su cumplimiento.”

B). El ajuste de las proposiciones a los pliegos: las declaraciones responsables como instrumento.

Establecido en los pliegos de condiciones un simple recordatorio de que forma parte de las exigencias para contratar la acreditación del cumplimiento de la legislación en materia de protección de la discapacidad, corresponde a los empresarios interesados ajustar sus proposiciones a las determinaciones de aquél documento contractual. El artículo 129.1 de la LCSP no ofrece dudas a tal efecto, al establecer que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”. Otros varios preceptos de la LCSP se refieren a la obligación de que las proposiciones se ajusten a las determinaciones de los pliegos. Por ejemplo artículo 103, especialmente apartado 2º, donde se faculta al órgano de contratación para que solicite de los licitadores que manifiesten expresamente “haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo...; o el artículo 130.2 que habilita expresamente para exigir la presentación de documentos acreditativos del cumplimiento de las circunstancias que refiera en cada caso el anuncio de licitación.

Cuando entre la documentación exigida en el pliego se relaciona la concerniente al cumplimiento de la legislación en materia de discapacidad, en el sentido indicado, el artículo 71 de la LCSP, relativo a la acreditación de la solvencia, habilita al órgano de contratación para que recabe del empresario aclaraciones sobre certificados y documentos presentados, así como requerirle la presentación de otros complementarios. Los efectos de la falta de subsanación, se deducen de lo que establece el precepto indicado y otros de la LCSP, pero de modo más general el artículo 71 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, prescribe que la falta de subsanación determina que se tenga por desistido de su petición al interesado (en el caso que nos ocupa, por desistido el empresario de su participación en el procedimiento de selección de contratistas).

La forma de acreditar lo exigido en los pliegos respecto del cumplimiento de la legislación en materia de discapacidad, resulta en la actualidad claramente expresada en la legislación general de procedimiento administrativo, en términos que pueden resumirse del modo siguiente:

- El nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reformada por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, regula las declaraciones

responsables y comunicaciones previas. Define el apartado 1 la declaración responsable como “el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio”. Añade el precepto que “los requisitos a que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable”.

- Esta fórmula de la declaración responsable es de pertinente utilización para justificar ante los órganos de contratación el cumplimiento de los requisitos exigidos para participar en una licitación por el pliego de condiciones, si no se han establecido otras formas distintas de acreditación.

- La declaración responsable es la fórmula menos restrictiva de los derechos del empresario que quiere participar en una licitación abierta para ser adjudicatario de un contrato del sector público (artículo 30 bis de la LRJAP).



- La inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier dato, manifestación de documento, que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una declaración previa, o la no presentación de la declaración, determina la imposibilidad de continuar en el ejercicio del derecho o actividad afectada, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiere lugar (artículo 71 bis.4 de la LRJAP).

- Los órganos de contratación quedan facultados por la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas a “comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan”, en relación con el cumplimiento de los requisitos acreditados por el interesado (artículo 39 bis.2 de la LRJAP reformado por la Ley 29/2009).

- A esta facultad de verificación y supervisión, aplicándola a la contratación administrativa, se han referido algunas normas y resoluciones autonómicas como la dictada por el Director de la Secretaría del Gobierno del País Vasco (Resolución 6/2008, de 2 de junio), que atribuye a los departamentos competentes la “comprobación del cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales... especialmente en materia de contratar personas con discapacidad...” y, también las conducentes a verificar que “toda

empresa contratista o subcontratista que cuente con cincuenta o más personas trabajadoras en plantillas cumple la obligación de que en ellas al menos el 2% sean personas con discapacidad, o bien de adoptar medidas alternativas...”.

- La no acreditación de las circunstancias concernientes al cumplimiento de la legislación en materia de discapacidad, particularmente en su proyección sobre el empleo, determina la exclusión de la licitación, por incumplimiento de las condiciones exigidas en el pliego de condiciones (artículos 25, 71, 99, 103, 129 y 130 LCSP).

- En el caso de que el incumplimiento de las exigencias a que nos estamos refiriendo fuera sobrevenido, será de aplicación lo establecido en el artículo 206 LCSP que, entre otros, establece como causas de resolución del contrato el incumplimiento de “obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato” (apartado g).

### **3. La acción positiva de los órganos de contratación para la aplicación de cláusulas sociales en los contratos del sector público.**

En todos los supuestos que acaban de analizarse, el papel que han de cumplir los órganos de contratación se concentra en la exigencia de

acreditación de que las empresas que aspiran a participar en la licitación abierta en un procedimiento de contratación cumplen con obligaciones generales impuestas por la legislación en materia de discapacidad. La LCSP se refiere a esta obligación en los términos generales que ya hemos estudiado.

Además de esta verificación, la LCSP ha impuesto también a los poderes adjudicadores deberes de actuación positiva, consistentes en favorecer que en la selección de contratistas y la ejecución de los contratos se tengan en cuenta, muy especialmente, aspectos de carácter social, concernientes a la discriminación a favor de la discapacidad. De este tipo son las previsiones concernientes a la reserva de contratos (Disposición Adicional Séptima), la adjudicación de los contratos, en igualdad de condiciones económicas, a las empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad (Disposición Adicional Sexta), la consideración de exigencias sociales como criterio de valoración para la adjudicación de los contratos (artículo 134.1 LCSP) y el establecimiento de condiciones de ejecución basadas en consideraciones de tipo social (artículo 102 LCSP).

Sobre estas previsiones legales ha tenido ya oportunidad de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (especialmente en su Informe 53/08, de 29 de enero de 2009), en términos de

los que me permito discrepar parcialmente. Radica esta discrepancia no tanto en las formulaciones finales que propugna, como en el criterio secamente literalista que utiliza para establecer sus interpretaciones de la legalidad. No hay, en efecto, en sus informes ni la más mínima consideración sobre la significación que tiene la legislación universal, europea y española en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación a las personas con discapacidad. No toma nota de dicha legislación, ni de lo que ha significado en el progreso laboral y social de colectivos desfavorecidos, ni considera la importancia de las medidas de discriminación positiva, ni su perfecto ajuste con los valores y principios del Derecho comunitario y de nuestra Constitución.

Con fundamento en estas buenas razones históricas, constitucionales y comunitarias, pueden resolverse todas las dudas que plantee la legislación en materia de contratos, a favor de la máxima implantación y desarrollo de la contratación socialmente responsable. En cambio, la articulación de la argumentación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, parece más bien asentada en interpretaciones restrictivas. Incliniéndose, en la duda, por las que son contrarias a la promoción de las personas con discapacidad. Este planteamiento le ha llevado por ejemplo, en su Informe 53/08, de 29 de enero de 2009, a sostener que no es posible incluir de modo obligatorio como criterios de adjudicación del contrato, que se dedique

un número mínimo de trabajadores discapacitados a la ejecución del mismo. Afirma la Junta Consultiva que éste puede ser un criterio concerniente a la ejecución del contrato, pero no como criterio de adjudicación. Esta conclusión deriva de una interpretación restrictiva de lo establecido en el artículo 134, que no ha tenido para nada en cuenta la legislación general en materia de no discriminación y los valores y principios en que se apoya. El precepto mencionado no cierra tal posibilidad; la deja abierta usando habilitaciones bastante genéricas de potestades a favor de los órganos de contratación. Usando éstas en el sentido que impone la legislación social sobre la discapacidad, se pueden llegar a resultados mucho más positivos y favorables a la utilización del empleo efectivo de personas con discapacidad, como criterio para la adjudicación de los contratos, y no solo como imposición concerniente a su ejecución.

Establecidos los términos de esta discrepancia, el resto de los problemas que plantean las cláusulas que favorecen la adjudicación de los contratos que sean más favorables a las empresas que hayan asumido la responsabilidad social de proteger a las personas con discapacidad, y de procurar que la ejecución de los mismos se apoye en criterios sociales equivalentes, se resumen en las tres cuestiones siguientes: primero, el carácter vinculante o no de las prescripciones legales contenidas en los preceptos a que

venimos haciendo referencia. Segundo, la instrumentación técnica de lo establecido en las mismas para incorporarlas efectivamente a los procedimientos de contratación; y tercero, la posibilidad de establecer criterios generales, válidos para todos los órganos de administración de una Administración Pública, sobre la aplicación de tales cláusulas favorecedoras de las personas con discapacidad.

La respuesta a estas tres cuestiones, en mi criterio, debe ser la siguiente:

1º. Respecto del carácter vinculante o no de las cláusulas sociales en la contratación, la literalidad de algunos de los preceptos de la ley parece atribuir con carácter facultativo a los órganos de contratación el establecimiento de condiciones favorecedoras de la discapacidad. Por ejemplo, el artículo 102 LCSP se refiere a que los órganos de contratación “**podrán** establecer condiciones especiales...”; la misma fórmula (“podrá reservarse”) utiliza la Disposición Adicional Séptima. La forma en que están atribuidas las potestades a los órganos de contratación, en estos preceptos, es lo que ha llevado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 53/08, de 29 de enero de 2009, a estimar que se trata de la atribución de meras facultades, cuyo ejercicio es completamente discrecional para el órgano de contratación.

Discrepamos de esta interpretación por las razones ya indicadas: si los órganos de contratación pudieran, con absoluta libertad, decidir sobre la utilización o no de las cláusulas sociales en los contratos, todo el esfuerzo desarrollado por los legisladores desde los años setenta del pasado siglo a favor de la no discriminación de las personas con discapacidad quedaría sin sentido. Y, de un modo más próximo, la propia Ley de Contratos del Sector Público dejaría de tener contenido vinculante en materia social, ya que la aplicación o no de sus prescripciones favorables a las personas con discapacidad, dependería de la libérrima decisión de los órganos de contratación.

Por mi parte estimo que la única interpretación posible de la fórmula atributiva de potestad (podrán), es su vinculación al objeto del contrato. Es decir, el órgano de contratación podrá no utilizar las cláusulas sociales cuando, de una forma motivada (que se ha de hacer constar en el expediente de contratación) resulte evidente que el objeto del contrato o las características de su ejecución, excluyen totalmente la posibilidad de aplicar las cláusulas sociales previstas en la ley a favor de las personas con discapacidad. Si no existe esta justificación, han de usarse aquellas necesariamente porque, en otro caso, los principios, valores y reglas de la legislación en materia de

discapacidad quedarían completamente defraudados. Equivaldría esta situación a permitir que simples órganos administrativos, ejecutores de la ley, pudieran sustituir sus principios y mandatos por sus propias ocurrencias.

Todas las técnicas de control de la discrecionalidad (remito sobre ello para no extender innecesariamente este Dictamen a mi Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Vol. II, Iustel, Madrid, 2006), conducen a la misma consecuencia de que sea jurídicamente insostenible la atribución de potestades, que pueden afectar al ejercicio de derechos, dejando una libertad absoluta de actuación al órgano administrativo correspondiente.

2º. La manera de hacer valer el expediente de contratación las cláusulas sociales es, desde luego, a través de los pliegos de condiciones o documentos alternativos a los mismos. En esto sí coincidimos por completo con lo que concluye el Informe 53/08, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Es así sencillamente porque todos los preceptos de la LCSP que pueden invocarse remiten a los pliegos y, además, porque, en términos generales, las cláusulas sociales forman parte de las obligaciones de los contratistas, que han de consignarse necesariamente en los pliegos o en los documentos contractuales alternativos que también puede utilizar el órgano de contratación.



3º. Remitir la utilización de cláusulas sociales favorecedoras de personas con discapacidad, a lo que establezcan los órganos de contratación en cada caso, al formular los pliegos de condiciones, implicaría, como he señalado ya, dejar en manos de ellos el desarrollo de una política social en materia de minusvalías, que no debería ser fragmentaria y planteada de modo eventualmente diferente por cada órgano de contratación. Por tanto es importante que los órganos administrativos superiores de cada Administración Pública fijen instrucciones imponiendo a los órganos jerárquicamente subordinados la obligación de incluir dichas cláusulas en los pliegos, tal y como admite inequívocamente la legislación general, resulta el principio de jerarquía (artículos 9.1 y 103 CE), y reconoce expresamente el Informe de la Junta Consultiva a que se ha hecho repetida referencia.

En consecuencia las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores deberían formular instrucciones generales concernientes a la contratación pública socialmente responsable en materia de discapacidad, en la que se programara la actuación de todos los órganos de contratación dependientes de los mismos, a los efectos de reducir al máximo la discrecionalidad en la fase aplicativa y mejorar, hasta el límite de lo posible, la realización de los objetivos

que la legislación general de contratos se ha propuesto para favorecer a las personas con discapacidad.

Esta consignación en instrucciones, órdenes o pliegos generales del carácter imperativo de las cláusulas sociales y de las fórmulas o procedimientos para hacerlas valer, resulta ser, también, un ejercicio de autoprogramación, por las propias Administraciones competentes, del desarrollo de su actividad como poderes adjudicadores. Al hacerlo así, fijan y concretan más los criterios que van a presidir su actuación y delimitan más estrictamente las atribuciones discrecionales de los órganos de contratación, asegurando, por un lado, que no se producirán decisiones arbitrarias, y, por otra, que las empresas puedan establecer previsiones claras sobre el comportamiento que les será exigible cuando quieran participar en las licitaciones para la adjudicación de contratos del sector público.