

35

Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

Monográfico

*Contratación pública responsable,
empresas de economía social e
igualdad*

CALIDAD
REVISTAS
CIENTÍFICAS
ESPAÑOLAS
FECYT

Nº DE CERTIFICADO FECYT: 127/2019
FECHA DE CERTIFICACION: 6 de octubre 2014 (4ª convocatoria)
ESTA CERTIFICACION LE VALE HASTA EL 12 de julio 2020



diciembre
2019

www.ciriec-revistajuridica.es

 CIRIEC
españa

ISSN.: 1577-4430

ISSN (ed. electr.)
1989-7332

CIRIEC-España
Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa

CONSEJO DE REDACCIÓN (EDITORIAL BOARD)

Dirección

Gemma Fajardo García y Jesús Olavarría Iglesia
(Profesores Derecho Mercantil. U. Valencia)

Vocales

Pilar Alguacil Mari (Cat. Derecho Financiero. U. Valencia)
Carlos Vargas Vasserot (Cat. Derecho Mercantil. U. Almería)
Federico López Mora (Prof. Derecho Laboral. U. Valencia)
Rafael Millán Calenti (Prof. Dcho Mercantil. U. Santiago de Compostela)
Aitor Bengoetxea (Prof. Derecho Laboral. U. País Vasco)

Coordinación de la sección artículos

María José Senent Vidal (Prof. Derecho Mercantil UJI Castellón)

Coordinación de la sección recensiones

Amalia Rodríguez González (Universidad de Valladolid)
Itziar Villafañez Pérez (UPV/EHU - Gezki)

Coordinación de la sección comentarios a jurisprudencia

Isabel Rodríguez Martínez (Cat. de Derecho Mercantil. Universidad CEU Cardenal Herrera, Valencia)

Secretaría de Redacción

Ana Martínez Benlliure (CIDEA - Universitat de València)

Presidente honorífico

Francisco Vicent Chuliá
Cat. Derecho Mercantil. U. Valencia

COMITÉ CIENTÍFICO (ADVISORY BOARD)

Jesús Quijano (Cat. Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid)	Narciso Paz Canalejo (Abogado)
Juan Ignacio Font Galán (Cat. Derecho Mercantil U. de Córdoba)	Jose Maria Perez de Uralde (Abogado)
José Antonio Gómez Segade (Cat. Derecho Mercantil U. La Coruña)	Antonio Fici (Prof. Private Law. U. Molise. Italia)
José María Suso Vidal (Cat. Derecho Mercantil U. País Vasco)	Hagen Henry (Prof. Comparative Law. U. Helsinki. Finlandia)
José Miguel Embid Irujo (Cat. Derecho Mercantil U. Valencia)	Deolinda Aparicio Meira (Prof. Commercial Law. U. Porto. Portugal)
Vicente Cuñat Edo (Cat. Derecho Mercantil U. Valencia)	Hans Munkner (Prof. Law and business organization. U. Marburg. Alemania)
María Luisa Llobregat (Prof. Derecho Mercantil U. Alicante)	Ian Snaith (Prof. Cooperative Law. U. Leicester. Reino Unido)
Santiago Merino Hernández (Asesor Jurídico del Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi)	David Hiez (Prof. Private Law. U. Luxembourg. Luxemburgo)
Antxo Tato Plaza (Cat. Derecho Mercantil U. de Vigo)	Rui Namorado (Prof. Commercial Law. U. Coimbra. Portugal)
Manuel Paniagua (Prof. Derecho Mercantil U. Loyola Andalucía)	Dante Cracogna (Prof. Derecho Comercial. U. Buenos Aires. Argentina)
Pedro Portellano (Prof. Derecho Mercantil U. Autónoma de Madrid)	Antonio Sarmiento (Prof. Dcho Coop., U. Javeriana de Bogotá. Colombia)
Jose Ramón Salelles (Prof. Derecho Mercantil U. Pompeu Fabra)	Mario Shujman (Prof. Derecho Cooperativo. U. Rosario. Argentina)
Carmelo Lozano (Cat. Derecho Financiero U. Valencia)	Alberto García Müller (Prof. Dcho. Administrativo. U. Los Andes. Venezuela)
Juan López Gandía (Cat. Derecho Laboral. U. Politécnica de Valencia)	Guilherme Krueger (Asesor Jurídico de la OCB y Economista. Brasil)
Marco Antonio Rodrigo Ruiz (Cat. Derecho Financiero U. País Vasco)	Roxana Sánchez (Prof. Derecho Civil. U. Costa Rica)
Manuel Botana (Cat. Derecho Mercantil. U. Santiago Compostela)	Carlos Torres Morales (Prof. Derecho Comercial. U. Lima. Perú)
Rafael Calvo Ortega (Cat. Derecho Financiero, U. Complutense de Madrid)	Sergio Reyes Lavega (Prof. Economía Solidaria. U. República de Uruguay)

REDACCIÓN Y DISTRIBUCIÓN

CIRIEC-España

Campus Els Tarongers. Facultad de Economía. Despacho 2p21. 46022 VALENCIA
Tel.: 96 356 22 48 / 96 382 84 89-91 - Fax: 96 382 84 92

MAQUETACIÓN

Sergio Rubio

IMPRESIÓN

LLORENS Servicios Gráficos- VALENCIA - Tel. 902 154 305, 963 655 990

PORTADA

ESTUDIO GRÁFICO DE PUBLICIDAD, SL. C/ Xàtiva, 14-60ª 46002 - VALENCIA - Tel. 96 394 32 25

©: CIRIEC-ESPAÑA

I.S.S.N.: 1577-4430 - I.S.S.N. (edición electrónica): 1989-7332 - Depósito Legal: V-1886-1995

<http://www.ciriec-revistajuridica.es/>

CIRIEC-España, Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa, de periodicidad semestral, está calificada como 'revista EXCELENTE' por la Fundación Española de Ciencia y Tecnología (FECYT) del Gobierno de España. Está arbitrada e indexada, entre otras, en las siguientes bases de datos: LATINDEX, IN-RESH, IN-RECJ, DIALNET, DICE, ISOC, AGRIS, MIAR, CIRIEC- Internacional y CIDEA

LA DIMENSIÓN SOCIAL E INCLUSIVA DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

¿Un nuevo avance en la inclusión de las personas con discapacidad?*

Laura Marín Cáceres
PSI Derecho Civil
Universidad de Jaén

RESUMEN

Análisis jurídico de las principales cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con el objetivo de determinar si su tardía promulgación responde al compromiso adquirido de utilizar la contratación pública como instrumento para implementar políticas tanto europeas como nacionales que supongan un avance en el obligado respeto a los derechos de las personas con discapacidad y, por tanto, su plena inclusión.

Para ello, gran parte del trabajo se dedica a analizar el impulso de la normativa internacional, como motor de inclusión de las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la contratación pública, pues no cabe duda que las modificaciones en nuestro Derecho interno sobre contratos públicos, se deben al impulso que con distinta intensidad provocan las Directivas de contratos de la Unión Europea que se suceden desde 1971.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, cláusulas sociales, discapacidad, inclusión.

CLAVES ECONLIT: B55; D63; J14.

* La denominación completa de la norma: Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de febrero de 2014. (BOE núm. 272, de 9 de noviembre de 2017).

THE SOCIAL AND INCLUSIVE DIMENSION OF LAW 9/2017 OF NOVEMBER 8TH ON PUBLIC SECTOR CONTRACTS

A new advance for the inclusion of people with disabilities?

EXPANDED ABSTRACT

The inclusion of social clauses in public procurement responds to a process of evolution that has its origin in the development of human rights. Legislation at supranational and regional level protects human rights and implicitly protects persons with disabilities, although the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities provides the binding legal framework by and for people with disabilities. Likewise, the European Union transforms its objectives and adapts its policies with the goal of becoming a guarantor of human rights. Proof of that is the use of the Directives as an appropriate instrument for harmonisation, playing a leading role in the development of public procurement, as a powerful instrument for achieving social, environmental and innovative objectives. In this sense, this law is enacted as an instrument of transposition of European Parliament and Council Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU of February 2014, Law 9/2017, of November 8th, on Public Sector Contracts (hereinafter LCSP) (although out of term).

It is an extensive, complex norm, sometimes with a complicated wording, constant references to other articles of the norm and even to other laws, which has caused a huge amount of pre and post norm information that, in occasions, more that clarifying produces the opposite effect. Wishing that this does not happen with the content of this paper (which aims to determine whether the inclusion of social clauses in the hiring processes, assuming the commitment to meet objectives of socio-labour policy, have counteracted and, therefore, improved the real disadvantages of people with disabilities in the socio-labour sphere, ensuring equal treatment and non-discrimination), its content is structured from the general to the content of the LCSP itself.

In this sense, defines a social clause as a discretion included in public procurement processes by virtue of which the commitment to comply with certain social policy objectives is assumed. However, the social clauses we refer, are the provisions that can be included in public contracts to compensate the situation of people with disabilities.

There is a wide-ranging reason to include social clauses. From the eternal dichotomy between Economy and Ethics, between what is and what should be, to the meaning of the values enshrined in the Spanish Constitution that configure the State as social. However, the fact is that the changes in our internal law on public contracts are undoubtedly due to the drive caused with different intensity by the European Union Directives that have happened since 1971 and to the Jurisprudence of the Court of Justice. In particular, the idea that public procurement is the ideal document to materialise other public policies such as social policy

and with a clear superiority of environmental policy that it is reflected in the Directives of 1992. The EU injects a new impulse to use public procurement as a means of integrating social aspects through the third generation Directives (2004). For this reason, we already find social and environmental considerations in the repealed laws 30/2007 and 3/2011 on Public Sector Contracts and with the fourth generation Directives in 2014, the latter of this transposed by Law 9/2017, which the full entry into force is delayed until 9 March 2019.

The analysis of the main contributions of the LCSP, from its social and inclusive dimension, has been carried out through a series of points that, if practiced by the Public Administration or public sector entity, subject to the regulatory Law framework, would embody the conviction and support for public procurement socially responsible towards people with disabilities. Based on this, thirteen actions or exercises are proposed to be carried out. They emphasize the imperative mandate of inclusion of social clauses in public procurement (art. 1.3) and must be interpreted in conjunction with the rest of the regulation because, although the debate on whether the inclusion of the clauses distorted the very nature of the contract ends, it is no less true that their incorporation may be when award criteria are designed, such as the qualitative criteria for evaluating the best value for money or as special execution conditions, but their introduction is subject to their being related to the object of the contract. For this reason, before including them, it would be necessary to assess the goal pursued and choose the most suitable means and a control of the effective compliance with the social clause during the execution phase, it does not make sense that what is required by the public authority or offered by the bidder is left to the fate of the successful bidder. The problem is that the control and imposition of sanctions is a faculty of the contracting authority.

It is of maximum interest, in order to achieve the effectiveness of the social clauses referring to disability, the possibility of planning in advance the public contracting of the exercise and conducting preliminary market consultations of the market (art. 115). The improvable aspect of this forecast would be to modify the concept of planning and consultation due to their mandatory nature.

On the other hand, it would be convenient for a correct application of the reserved contracts that the Public Administrations and public entities draw up lists of the Special Employment Centres, Insertion Companies and Social Economy Companies in order to collate the contractual object itself and the sector of activity, with those products and services that these companies offer. In relation to this, the fourth additional provision imperatively establishes that the State Administration, Autonomous Communities and local entities are obliged to set a minimum percentage of their public contracts and classify them as reserved.

The Act includes prohibitions on hiring those who fail to comply with the quota to reserve jobs for people with disabilities and/or drawing up equality plans. It is established that the circum-

stances are appreciated and applied directly by the contracting body, which provides the necessary competence to exclude a company. The relevant issue is that the 71.1 d) article, establishes that compliance shall be accredited by means of a responsible declaration, which does not accredit only manifest. The issue is not trivial, because too many times the reservation fee is met only at the time of attending the tender.

In addition, as news, on the one hand, based on the literal wording of art. 145, establishes an open and comprehensive list, with specific topics and aspects that can be included among the award criteria. The most advantageous economic offer concept is surpassed by the best value for money. Whenever possible, preponderance will be given to objective criteria over subjective ones.

On the other hand, the LCSP leaves beyond any doubt the legality of incorporating special social execution conditions. Art. 202 presents an extensive list of topics, but not closed and as a novelty the obligation to indicate at least one special condition. This mandatory character is a magnificent tool to adopt social responsibility policies that benefit effectively, but it is essential to verify compliance. For this reason, the last phase of the procedure must be the control of compliance with social criteria and the Law has an important stumbling block to overcome, in the sense that it has been possible to be a socially committed contracting body throughout the procedure and instead not verify compliance with the incorporated social clauses. The problem is that the Law empowers, but does not require to establish sanctions.

However, all of the above, for several reasons, the LCSP has not innovated especially regarding to disability. On the one hand, it is a law so unambitious that it could or could not have been enacted, since the choice of the legal instrument of transposition is a faculty of each State, or at least to have used all the time of duration of the noncompliance to improve or extend this regulation, since it reproduces the 2014 Directive or continues the line of the previous regulation, proof of this are arts. 93, 126 and the eighteenth additional provision. In addition, its lack of ambition is evident by including among the possible special conditions of execution "to make effective the rights recognized in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities" when its legally binding application is beyond doubt.

The novelties and improvements of the Law cannot be denied, but many are optional and the others are subject to the control authority of the contracting authority. Therefore, it will be necessary to enforce compliance and guarantee of the principle of equality and non-discrimination, large doses of commitment from the Public Administration, effective control systems for companies, legal actions and active participation of the Third Sector.

KEY WORDS: Public procurement, social clauses, disability, inclusion.

SUMARIO

1. Ideas preliminares. 2. Aproximación al concepto de cláusula social y delimitación del objeto de estudio. 3. El impulso de la normativa internacional como motor de inclusión de las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la contratación pública. 3.1. Evolución y situación actual de la legislación internacional en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. 3.2. El Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública: las Directivas como instrumento para el desarrollo del mercado interior. 4. Las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. 5. Conclusiones. Bibliografía.

1. Ideas preliminares

La relación entre Economía y Ética continúa siendo una cuestión controvertida, de ahí la ingente cantidad de información sobre dichas disciplinas. Sin entrar en definiciones doctrinales, preguntando a qué responden la Economía y la Ética, se puede contestar, de manera simplista, que la Economía se dedica a lo que es y la Ética a lo que debiera ser. Sin embargo, como establece Guzmán (2006:281-287) “en el ámbito económico y desde los tiempos de Sócrates, ningún pensador ha cuestionado unos principios básicos que vienen a constituir los criterios éticos fundamentales en el comportamiento económico:

- La Ética relacionada con los valores.
- Estos valores deben estar ampliamente asentados en la sociedad.
- El comportamiento económico debe buscar el interés individual.
- El comportamiento económico debe buscar simultáneamente el interés colectivo”.

Precisamente son los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político los que consagra nuestra Constitución Española (CE) en su art. 1.1 como fundamento de un Estado social y democrático de Derecho y añade el art. 10 de la citada norma “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y social”. No hay sociedad

perfecta, pero sí las herramientas o instrumentos para mejorar la existente, donde es factible el interés individual con el colectivo. En la búsqueda del interés, se encuentra el crecimiento de una sociedad que debe ser compatible con un medio ambiente sostenible y con una sociedad comprometida, especialmente hacia aquellos sectores más vulnerables.

El avance en estos objetivos, en palabras de Berzosa (2013: 21-45), “no es el resultado de comportamientos éticos, sino de luchas sociales y reivindicaciones que se materializan en la consecución de unos valores y un bienestar colectivo, aunque desigual. Una vez asentados ciertos derechos y valores sí que la ética sirve para reprobado su incumplimiento más allá de las leyes que penalicen determinadas actuaciones”.

Traducidas estas ideas al objeto general del trabajo, la contratación pública, considerando que no es un fin en sí misma, sino un medio al servicio de los poderes públicos para conseguir fines y valores fundamentales, entre los que no debe encontrarse el mejor precio sino la propuesta que consiga materializar el objeto del contrato junto con los valores de igualdad y justicia.

Los poderes públicos en el desarrollo de los principios rectores de la política social y económica han ido introduciendo medidas ambientales, sociales y éticas impulsadas desde la sociedad civil y específicamente desde el Tercer Sector, que se traducen concretamente en una contratación pública socialmente responsable, no siendo una cuestión de oportunidad sino de responsabilidad política. Cada vez resulta más imprescindible que la responsabilidad social pública esté integrada como herramienta estratégica para el desarrollo de la competitividad futura (Vallecillo Gámez y Gutiérrez González, 2016:15). No obstante, las modificaciones en nuestro Derecho interno sobre contratos públicos, se deben, sin duda, al impulso que con distinta intensidad provocan las Directivas de contratos de la Unión Europea (UE) y a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Las primeras Directivas, eminentemente de carácter económico, exigían la incorporación de reglas que aplicasen las libertades comunitarias y los principios de no discriminación, publicidad y concurrencia y a partir de las Directivas de 1992, se constata que la contratación pública es el medio para materializar otras políticas públicas, entre las que destaca la ambiental y social. Por tanto, como señala Mestre Delgado (2018, (a):90), “ya no existe sólo un interés público concretado en que la Administración respectiva obtenga las mejores prestaciones en las mejores condiciones posibles, sino que, además, este resultado debe obtenerse respetando los intereses, también dignos de protección pública, del mercado en

que actúan los empresarios. Y en particular mediante la utilización transversal de la contratación pública para canalizar otras políticas”.

Gallego Córcoles (2017, (a):94) afirma que “el Derecho europeo fomenta la utilización estratégica de la contratación pública y prueba de ello es la Estrategia Europa 2020 que afirma con rotundidad que “el año 2010 debe marcar un nuevo principio”. Un nuevo comienzo para el cual la Comisión propone para la UE cinco objetivos para el 2020: el empleo, la investigación y la innovación, el cambio climático y la energía, la educación y la lucha contra la pobreza y para conseguir estos objetivos reiteradamente señala a la contratación pública.

El Considerando segundo de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, plasma estos objetivos reconociendo: “La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (“Estrategia Europa 2020”), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes”.

La compra pública responsable es un avance en la manera de llevar a cabo la contratación pública. Además de los criterios básicos que deben presidir los procedimientos en la contratación pública: calidad/precio, imparcialidad, transparencia e igualdad, se incorporan los ambientales, sociales y éticos. Se progresa en el sentido de satisfacer las necesidades sin poner en riesgo la capacidad de desarrollo de generaciones venideras (contratación pública sostenible) más la utilización de la contratación pública como herramienta imprescindible para impulsar políticas públicas sociales y medioambientales. Si tenemos en cuenta que la contratación pública supone en torno al 20% del PIB¹, las Administraciones Públicas

1. Porcentaje que señala la Comisión Europea en la Comunicación (COM) (2015), 614 final, de 2 diciembre dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones: “Cerrar el Círculo: Un plan de acción de la UE para la Economía Circular”.

(AAPP) son el mayor empleador y consumidor del Estado. Su papel protagonista, le permite y le responsabiliza de la incorporación de los criterios sociales, éticos y ambientales para conseguir los objetivos de eficiencia económica y los objetivos sociales y ambientales. Además, compromete a las empresas contratadas o proveedores a la adopción de dichos objetivos e inspira a que lo hagan el resto de empresas. La contratación pública responsable² engloba la contratación ecológica, ética y social. Nos preguntamos, ¿cómo se consigue una Administración más eficiente, concienciada con el medio ambiente, la integración social, la igualdad entre mujeres y hombres, que procure un crecimiento económico sostenible, innovador y todo de manera transparente? En la actualidad, se ha consolidado el término “economía circular” que define la Estrategia Española de Economía Circular³, como aquella que a partir de un ciclo de desarrollo y transformación, avanza optimizando el uso de los recursos y fomentando la eficiencia de los sistemas productivos, contribuyendo a eliminar las externalidades negativas de la actividad económica, al mismo tiempo que se garantiza el crecimiento económico, un mayor bienestar de nuestras sociedades y la preservación y mejora del capital natural.

No obstante, este trabajo solo se refiere a las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del

2. Puede consultarse los siguientes documentos: GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M^a.T. & PACHE, M. (2019): La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 96, 253-280. DOI:10.7203/CIRIEC-E.96.12627, disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es/>; Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro futuro en Común” o *Informe Brundtland*, Documento A/42/427 de 4 de agosto de 1987, en el que se cita por primera vez, desarrollo sostenible; BURZACO SAMPER, M. (2016): “Contrataciones públicas socialmente responsables: La necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 86, 281-310, disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es/>; BRUNETE DE LA LLAVE, M^a.T. (2010): *Guía práctica, criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*, Federación de Municipios y Provincias, Castilla la Mancha; CASARES MARCOS, A. (2013): “Comercio justo y fomento de la contratación pública sostenible”, *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 123 Sección Reflexiones, Enero-Febrero, (La Ley 19095/2012); CERMI. (2018): *Los aspectos sociales en la contratación pública*, Colección Inclusión y Diversidad, Núm.21; CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2016): Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía; FOY VALENCIA, P. (2011) “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde””, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 66.

3. Consultado en https://www.miteco.gob.es/images/es/180206economiacircular_tcm30-440922.pdf

Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero (en adelante, LCSP) con el objetivo de determinar si su incorporación en los contratos públicos garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad de forma que la contratación pública pueda ser calificada como responsable socialmente.

La Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública define las Compras Socialmente Responsables en los términos siguientes, “se refieren a las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación⁴”.

2. Aproximación al concepto de cláusula social y delimitación del objeto de estudio

Son numerosas las manifestaciones en el texto constitucional dirigidas a refrendar la naturaleza social de nuestro Estado (art. 1.1). Entre ellas, el art. 9.2 concreta la función promocional de los poderes públicos para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas para todos; el art. 14, la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna; el catálogo de derechos fundamentales recogidos en su Título I; el art. 35 que consagra el derecho y el deber de trabajar y los principios rectores de la política social y económica (arts.39-52). Tradicionalmente, a pesar de la capacidad de la Administración Pública, la contratación por obra o servicios se realizaba sin buscar otro fin que no fuese precisamente ese, es decir, la realización de la obra, la prestación del servicio o el cumplimiento del suministro. La Administración tenía un instrumento valioso (la contratación pública) que se convertía en un fin en sí mismo obviando cualquier otra finalidad. Entendiendo que el tenor literal del art. 40.1 CE, integra

4. Documento elaborado a partir del SEC (2010) 1258 final, de 19 de octubre de 2010. Consultado en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/KE3210584ESC.pdf

la contratación administrativa en el conjunto de actuaciones de los poderes públicos para promover, mejorar y garantizar aspectos de la política social. En definitiva, se trata que la Administración Pública asuma sus responsabilidades sociales y para ello utilice las cláusulas sociales cuya definición ha sido recogida en numerosas publicaciones tanto a nivel autonómico⁵ como local, reproduciendo algunas de ellas.

- Informe 4/2001, de 23 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña *sobre cláusulas sociales* las entiende como “cualquier estipulación que obligue a una empresa adjudicataria de un contrato administrativo a realizar propiamente el objeto contractual y, además, al cumplimiento de determinados objetivos sociales de interés general”. En igual sentido, se pronuncia la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía.
- Dictamen 1/2003 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, *sobre inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública*, las define como “la inclusión de ciertos criterios o principios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (criterio de admisión), como elemento de valoración (puntuación) o como obligación (exigencia en la ejecución).
- Decreto de 19 de enero de 2016, Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda⁶ “Aquellas establecidas en los procesos de contratación pública referentes a la inserción sociolaboral de personas en situación de exclusión social y/o personas con diversidad funcional, la promoción de la calidad y estabilidad en el empleo, la mejora de la capacitación profesional mediante la formación en el lugar de trabajo, el fomento de la igualdad efectiva entre

5. La mayoría de las Administraciones han venido, en los últimos años, aprobando normas tendentes a ampliar la contratación pública responsable. Algunos ejemplos: Ley 7/2004, de 16 de julio, de medidas fiscales y administrativas en la Comunidad Autónoma de Cataluña; Ley Foral 6/2006, de 30 de julio, de contratos públicos de Navarra; Resolución 6/2008 de 2 de junio, del País Vasco; Ley 5/2009 de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública en el País Vasco; Acuerdo 44/2016 de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León o el Acuerdo con fecha 18 de octubre de la Comunidad Autónoma Andaluza.

6. Decreto por el que se aprueba la Instrucción 1/2016, relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus Organismos Autónomos y entidades del sector público municipal.

mujeres y hombres, la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral o entre otros, la mejor accesibilidad de las personas con diversidad funcional”.

Por parte de la doctrina, Lesmes Zabalegui (2005:64) define la cláusula social como “la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública, en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución)” o Molina Navarrete (2008:7) que entiende por cláusula social “toda disposición incluida en un contrato o acuerdo comercial en virtud de la cual la parte prestadora del servicio o ejecutora de la obra asume, como condición de acceso o de ejecución, el compromiso de cumplir con determinados objetivos de política sociolaboral, como son la creación de más y mejor empleo, la garantía de los derechos laborales, en especial la igualdad de oportunidades”.

La vigente LCSP, tiene un reconocimiento expreso a las características sociales de los contratos en su art. 145.2 “La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos medioambientales o sociales, vinculados al objeto del contrato en la forma establecida en el apartado 6 de este artículo, que podrán ser, entre otros, los siguientes:

[...] Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al

suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato [...]”⁷. La utilización estratégica de la contratación pública se convierte en el principal eje en base al tenor literal del art. 1.3 LCSP, por ello la inclusión de criterios de adjudicación de carácter social en los apartados 2 y 6 del art. 145 LCSP es más exhaustiva que en la Directiva 2014/24/UE. El apartado 6º del citado art. coincide con el art. 67 de la Directiva, si bien añade la norma española, en su apartado a), una referencia a “formas de producción, prestación y comercialización medioambiental socialmente sostenibles y justas” y un amplio catálogo no cerrado de características ambientales y sociales a las que podrán referirse los criterios de adjudicación.

Sea cual fuere la definición que utilicemos, uno de los aspectos más relevantes en relación con las cláusulas sociales es el carácter obligatorio o potestativo en su aplicación por parte de los órganos de contratación. Sería conveniente que la incorporación de las cláusulas sociales tuviese siempre carácter obligatorio y por tanto fuesen vinculantes para las partes. Se refiere a ello Medina Arnaiz (2017:59-60) cuando reclama que “pasen a formar parte del contrato mediante su incorporación a los pliegos teniendo en cuenta que la LCSP establece que son obligaciones del contratista cumplir durante todo el periodo de ejecución contractual, las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación (art. 35.1.n); cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial aplicable (art. 122.2) y cumplir con las obligaciones que resulten de aplicación de la normativa y de los convenios colectivos en materia medioambiental, social y laboral (art. 120)”.

Por último, en relación al término cláusulas sociales, incidir que se utiliza con carácter genérico para referir que su utilización impulsa objetivos beneficiosos para toda la sociedad. La inclusión de cláusulas sociales fomenta la incorporación al empleo de personas con discapacidad y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, la calidad y estabilidad en el empleo, la protección del medio ambiente, la incorporación de principios de consumo ético, sostenible y responsable y la accesibilidad y el diseño para todos. La inclu-

7. El derogado art. 150 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, establecía los criterios de valoración de las proposiciones y de la oferta económica más ventajosa refiriéndose a las cláusulas sociales como las “vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar”.

sión de cláusulas sociales no constituye un incremento de costes para la Administración Pública y en cambio implica un aumento de beneficios para todos los actores implicados. En consecuencia, podemos afirmar que la rentabilidad social es compatible con la rentabilidad económica. Se avanza en políticas de inserción social, se transforman las políticas asistenciales y proteccionistas en productivas y dinámicas y se crea un entramado de corresponsabilidad entre las Administraciones Públicas, los agentes sociales, empresas privadas, empresas de Economía Social y Empresas de Inserción. Además, implantar cláusulas sociales no supone vulnerar el principio de libre competencia. Cuestión esencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1997 que concretó en “la Administración Pública no está obligada a aceptar el mejor precio, sino la oferta más favorable al interés público”, idea reforzada con distintos pronunciamientos del TJUE⁸.

La Administración Pública consciente del mandato constitucional que tiene encomendado, del enorme potencial social y de la compatibilidad con el crecimiento económico que ofrece la compra pública, reconduce, impulsada por las reivindicaciones sociales, la naturaleza de la contratación pública, dejando de ser exclusivamente un fin para convertirse en un medio o instrumento cuyo objetivo es conseguir objetivos sociales de modo transversal en el conjunto de intervenciones políticas del sector público. La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, entendidas de forma general, permite con máximo respeto a los principios que deben regir su procedimiento, el crecimiento de una sociedad responsable social, ambiental y éticamente en consonancia con un Estado que propugna como valores superiores de su Ordenamiento Jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Finalmente, reiterar que las cláusulas sociales a las que alude el trabajo y que se tratan en el último epígrafe, son las disposiciones que pueden ser incluidas en los contratos con el objetivo de contrarrestar las desventajas reales de las personas con discapacidad en el ámbito sociolaboral y garantizar la igualdad de trato y no discriminación.

8. SS.TJUE, de 17 de septiembre de 2002, dictada en el asunto C-513/99, *Concordia Bus Finland*, en sus Cons. 55, 59 y 64; y de 10 de mayo de 2012, en el asunto C-368/10, relativa a las máquinas expendedoras de café, en las que los productos con las etiquetas EKO y MAX HAVELAAR tendrían una determinada puntuación, Cons. 89 a 92).

3. El impulso de la normativa internacional como motor de inclusión de las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la contratación pública

3.1. Evolución y situación actual de la legislación internacional en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación

a) Los tratados internacionales sobre derechos humanos bajo los auspicios de Naciones Unidas. Especial referencia a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Los derechos humanos son inherentes a la persona sin distinción alguna. Principio de no discriminación que se complementa con el de igualdad configurándose como un pilar fundamental en el Derecho internacional de los derechos humanos. Los Estados asumen en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos las obligaciones de respetarlos, protegerlos y realizarlos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) es el gran tratado internacional donde se enuncian los derechos humanos y posteriormente se desarrollarán en todo un cuerpo de tratados. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (1990) y un largo etc. No obstante, todas estas Declaraciones si bien protegían a las personas con discapacidad, pues desarrollaban los principios en los que se asientan los derechos humanos, no referenciaban explícita ni específicamente a este vulnerable colectivo. La situación comienza a cambiar a partir de las Declaraciones de la Asamblea General, años 70, donde se esboza de forma primigenia que el enfoque sobre la discapacidad debe ser el de los derechos humanos. Y en este sentido, señalar la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental⁹ y la Declaración de los Derechos de los Impedidos¹⁰, ambas

9. A/RES/2856(XXVI), de 20 de diciembre.

10. A/RES/3447(XXX), de 9 de diciembre.

Declaraciones deben interpretarse en relación al momento en el que se promulgan y aplican pues, en la actualidad, no pueden unirse los términos retrasado mental o impedido con derechos, constituye una vulneración a la dignidad de las personas a través del lenguaje.

La Asamblea General de la ONU aprobó en 1982 el Programa de Acción Mundial para los Impedidos¹¹, marcando como objetivos, la prevención, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades¹² convirtiéndose en el punto de partida de las sucesivas declaraciones en materia de discriminación e igualdad de oportunidades, afirmando que la igualdad de oportunidades exigía a los Estados la elaboración de normas que protegiesen los derechos de las personas con discapacidad. En 1993, la Declaración sobre las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹³ provoca un cambio fundamental, a la perspectiva tradicional de la prevención y la rehabilitación de las personas con discapacidad se unía la perspectiva de los derechos. La Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social y el Programa de Acción adoptados en la Cumbre Mundial de Desarrollo Social¹⁴ específicamente planteó la necesidad de ampliar las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad. El incremento se consigue acabando con la discriminación y adoptando todas las medidas y ajustes necesarios en el lugar de trabajo.

El gran logro, sin lugar dudas, en materia de discapacidad, lo representa la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo¹⁵ (CDPD) pues ha supuesto un cambio de escenario

11. Documento A/37/51, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 51.

12. En su párrafo 12 define la equiparación de oportunidades como “El proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos”.

13. A/RES/48/96 de 20 de diciembre.

14. A/CONF.166/9, de 19 de abril de 1995.

15. A/RES/761/106, de 13 de diciembre. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008(BOE núm.96 págs. 20648-20659), y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 CE, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge. Se promulga la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, págs. 87478-87494).

favorable para las personas con discapacidad. No cabe discusión sobre que la Convención, primer tratado internacional sobre derechos humanos del siglo XXI, forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico interno por mandato constitucional y como fuente del Derecho. Por consiguiente, los Estados Parte deben proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar las personas discapacitadas para ejercer en igualdad de condiciones su capacidad jurídica, respetando su voluntad y preferencias, adaptando el tipo y la intensidad del apoyo a la diversidad y desterrando el sistema de sustitución en la toma de decisiones. La CDPD reconoce la misma capacidad jurídica¹⁶ para todos, por tanto, todos somos titulares de derechos y obligaciones y para todos debe ser real y efectivo el ejercicio de los mismos. La Convención define conceptos (art. 2: discriminación por razón de discapacidad, ajustes razonables, diseño universal), plasma principios (art. 3: dignidad, no discriminación, igualdad de oportunidades, accesibilidad), obliga a los Estados a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (art. 4) y el art. 5 concreta los principios de igualdad y no discriminación, reconociendo que todas las personas son iguales ante la ley, prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de discapacidad, garantizando protección ante cualquier tipo de discriminación, asegurando los ajustes razonables y atendiendo al carácter no discriminatorio de las medidas positivas tendentes a lograr la igualdad de hecho.

b) El principio de no discriminación en la Unión Europea

El principio de no discriminación constituye un principio básico para conseguir la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad. Los textos originarios de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas no recogían ninguna disposición sobre derechos humanos pues los objetivos de la recién creada organización regional se dirigían a una integración claramente económica. A partir de los años 70, el TJCE se convierte en el protagonista de un sistema de

16. CRPD/C/11/4, de 25 de noviembre de 2013, "Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la Ley".

protección de los derechos humanos¹⁷. A partir del Tratado de Maastricht¹⁸ se produjo una tímida formalización de la cuestión de los derechos humanos sin referencia alguna a las personas con discapacidad. Será con el Tratado de Ámsterdam¹⁹ cuando de forma expresa se precise que “los Estados miembros prestarán especial atención a las dificultades que puedan experimentar las personas minusválidas para incorporarse a la vida activa”. La incorporación de este art. 13 permitía a la Comunidad adoptar medidas para luchar y evitar la discriminación en todas sus formas y propició la adopción de un paquete de Directivas entre las que destacamos la 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El vigente Tratado de Lisboa²⁰ positiviza el principio de no discriminación, configurándolo como valor fundamental de la Unión y de las sociedades de los Estados miembros (art.2 TUE) mediante, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con valor jurídico igual al de los Tratados

17. El TJ construye su jurisprudencia en materia de derechos humanos a partir de tres sentencias clave. Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69; sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internacional Handelsgesellschaft*, 17/70 y sentencia de 14 de mayo de 1970, *Nold*, 4/73. Así, el TJ protege a los derechos humanos sobre un triple fundamento: 1º- “Los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales del Derecho Comunitario (Sentencia *Stauder*)”. Con ello el TJCE afirmó que los principios generales del Derecho Comunitario constituyen el elemento de sustanciación normativa de los derechos y libertades fundamentales en el orden jurídico comunitario; 2º- Con la Sentencia *Internacional Handelsgesellschaft*, añadió que “la protección de los derechos fundamentales está inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros” y, por tanto, consolidó estos principios constitucionales comunes como fuente de inspiración. 3º- La progresión cuantitativa y cualitativa en la utilización de los instrumentos jurídico-internacionales de los que son parte los Estados miembros, especialmente del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como elemento de referencia. Efectivamente, en la Sentencia *Nold*, el TJCE afirmó que “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, pueden facilitar, asimismo indicaciones que es preciso tener en cuenta en el marco del Derecho Comunitario”. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2010): “Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea”, en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6ª edic. pág. 122.

18. Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, en vigor el 1 de noviembre de 1993.

19. Tratado de Ámsterdam, adoptado 2 de octubre de 1997, en vigor el 1 mayo de 1999. Modifica y reenumera los Tratados de la CE y UE.

20. Tratado de Lisboa adoptado el 13 de diciembre de 2007, modifica el TUE y crea un nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Cambia la denominación CE por UE y dota a la organización internacional de personalidad jurídica propia. Su entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009.

Constitutivos, sin entrar en la controversia de si se incorpora por referencia o simplemente no se incorpora sino que lo que hay es una aceptación de obligaciones por referencia. Sea como fuere, es innegable el valor jurídico de la Carta y su expresa declaración de no discriminación por razón de discapacidad recogida en el art. 21 y art. 26 dedicado a la integración de las personas discapacitadas. En segundo lugar, la necesidad de incluir como objetivo primordial el respeto por los derechos humanos, con mandato explícito de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6 TUE) y por último, desde el 22 de enero de 2011, la CDPD es un texto jurídico que debe aplicar la UE, siendo la primera organización regional que ratifica un convenio sobre derechos humanos bajo los auspicios de la ONU²¹.

La UE presenta en base al art. 35 CDPD un Informe inicial al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el día 5 de junio de 2014, con la finalidad de que éste realizase las sugerencias y recomendaciones que estimase necesarias con respecto al nivel de cumplimiento de las obligaciones recogidas en la CDPD. El Comité distingue los aspectos positivos de la ratificación de la CDPD por parte de la UE (la UE de forma explícita recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y la igualdad de participación de las personas con discapacidad y en consecuencia, por y para ello, la tendencia positiva de incluir por parte de la UE los derechos de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos de actuación de la organización internacional). Por otro lado, la UE debería ratificar el Protocolo Facultativo de CDPD, realizar una revisión transversal de su legislación para armonizarla con las disposiciones de la Convención, favorecer la participación activa de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y las instituciones independientes de derechos humanos. Adoptar una estrategia en la aplicación de la Convención que incluya plazos, presupuesto y mecanismos de control. El Comité recomienda adoptar normativa que de manera expresa prohíba la discriminación por razón de discapacidad y, por consiguiente, se armonice la igualdad de trato y la realización de ajustes razonables.

21. La entrada en vigor se produce con una reserva al art. 27.1. CDPD. En aplicación de una Directiva del año 2000 los Estados miembros tiene derecho a excluir la no discriminación por motivos de discapacidad con respecto al empleo en las fuerzas armadas.

3.2. El Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública: las Directivas como instrumento para el desarrollo del mercado interior

La adhesión de España a las Comunidades Europeas²² en 1986 provoca la cesión de competencias soberanas para alcanzar objetivos comunes de la Unión²³. El Derecho de un Estado no es la suma de normas individualizadas sino la noción de Ordenamiento Jurídico²⁴. Ordenamiento donde tienen cabida las normas supranacionales, regionales, estatales, comunitarias y locales, en base al principio de jerarquía o competencia y siempre con el máximo respeto, en el caso del Estado español, a la CE.

El procedimiento de introducción de las normas del Derecho internacional en el Derecho de un Estado está sujeto a la normativa jurídica interna. El art. 96 CE establece que los tratados internacionales válidamente celebrados y una vez publicados en el BOE se integran en el OJ interno, constituyendo fuente del Derecho (art. 1.5CC). En base a esta previsión, podríamos determinar que la recepción del acervo comunitario se produce con el acto formal interno de la publicación al igual que cualquier tratado internacional. Sin embargo, el OJ de la Unión Europea se integra inmediatamente en el OJ de cada Estado miembro, una vez que se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). No obstante, el efecto directo, al que nos referimos, reza para el Derecho originario y para los Reglamentos y Decisiones (los primeros de alcance general y los segundos con posibilidad de designar destinatarios) pero no para las Directivas. Este instrumento jurídico, utilizado fundamentalmente para armonizar el OJ de los Estados miembros y que adquiere un papel predominante en el tema que nos ocupa, tiene como destinatarios los Estados, pero necesita de un acto de transposición para su aplicabilidad, siendo la elección del instrumento de transposición discrecional para cada Estado. Por tanto, la Unión obliga en cuanto al resul-

22. Instrumento de Ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, BOE Núm.1 (1 de enero 1986).

23. Art.1 Tratado de la Unión Europea (TUE).

24. En la Sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62), el TJCE afirma que el sistema comunitario es un Ordenamiento Jurídico cuando establece que en los Tratados constitutivos de las CCEE había algo más que un mero agregado de normas, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2010): "El sistema de normas y actos en la Unión Europea I", en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6ª Edic. pág. 324.

tado, pero no en relación a los medios y forma utilizados para conseguirlo (art. 288TFUE). El problema surge cuando la Directiva no se transpone en el plazo establecido o se realiza de forma incompleta o incorrecta. Supuesto que ha ocurrido con la mayoría de las Directivas sobre contratación pública que analizaremos a continuación. En este caso, hay un claro incumplimiento del Estado que puede ser sancionado, sin embargo, la sanción provocaría el efecto no deseado, la inaplicabilidad de las Directivas, con una consecuente lesión en los derechos de los particulares. El TJUE ha ido formulando lo que se denomina *efecto útil* de la Directiva (Mangas Martín y Liñán Nogueras, 2010:353) (invocar el efecto directo pero limitado a una manera vertical y ascendente²⁵). Este efecto protege al particular frente a su Estado incumplidor. Por consiguiente, la regla general es el no efecto directo de la Directiva aunque pueda invocarse con ciertos requisitos²⁶.

Como establecen Muñoz, Mestre y Álvarez (2000), la contratación pública constituye uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho administrativo de la Unión Europea ha llegado más lejos. En el Derecho europeo de la contratación pública, formado tanto por el Derecho originario como el derivado, juegan un papel principal en su desarrollo las Directivas y su interpretación por la jurisprudencia del TJUE. Las instituciones de la UE tienen como objetivo principal la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario (Moreno Molina y Pintos Santiago, 2015), basado en los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento, proporcio-

25. Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78, pág. 1642 “en todos los casos en que las disposiciones de una directiva parecen ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocada contra cualquier disposición nacional conforme a la directiva o, en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar, frente al Estado”. Puede consultarse, el Documento de Trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas de contratación pública, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Tribunales Administrativos de Contratación Pública, 1 de marzo de 2016; Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública, BOE Núm. 66, 17 de marzo de 2016, págs. 20456-20474.

26. Otra cuestión sería preguntarnos cuál es el valor de las Directivas ya vigentes, pero aún no transpuestas al OJ interno por no haber transcurrido el plazo. Para ello, puede consultarse GIMENO FELIU, J.M., “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”, disponible en <http://www.obcp.es>

nalidad y transparencia²⁷ entre otros y solo es posible a través de la incorporación de cláusulas sociales a los contratos públicos.

El punto de partida de la contratación pública en el ámbito comunitario se puede fechar a partir de las Directivas, 71/304/CEE; 71/305/CEE y 77/62/CEE del Consejo, que introducen un mínimo de normas comunes para coordinar los procedimientos nacionales de formalización de contratos públicos.

La segunda generación de Directivas data de los años 90 y se basan en la necesidad de coordinar los procedimientos de adjudicación de los distintos contratos públicos. Entre ellas, la 90/531 sobre contratos en el ámbito de sectores que habían quedado excluidos (agua, transportes, telecomunicaciones y energía), la 92/50 relativa a los contratos de servicios, la Directiva 93/36, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, la Directiva 93/37/CEE del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, así como la 92/13 y la 89/665, Directivas de recursos que pretendían garantizar, a nivel nacional, vías rápidas y eficaces de resolución de recursos en materia de contratación. El aluvión de normativa condujo al Consejo a aprobar en 1993 unos textos refundidos de las Directivas con sus modificaciones sobre contratos de suministros, contratos de obras y contratos en sectores especiales, se trata de las Directivas 93/36, 93/37 y la 93/38/CEE de 14 de junio, respectivamente.

La adopción del Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, constituye el vehículo por el cual la Comisión afirma que una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos de forma que genere crecimiento sostenido a largo plazo, cree empleo, favorezca el desarrollo de empresas y afronte eficazmente la competitividad en los mercados globales así como permita al contribuyente y los usuarios obtener servicios públicos de mejor calidad a menor costo. Dedicar el epígrafe V a la Contratación pública y aspectos sociales²⁸. Destacando en el primer punto que la política social de la Unión Europea contribuye a la inserción social de las personas con minusvalías y otras categorías desfavorecidas. Para conseguir dicho objetivo los poderes y entidades adjudicadoras pueden verse obligados a aplicar los diferentes aspectos de la política social en el momento de

27. Cons.1, Directiva 2014/24/UE.

28. Apts. 5.38 a 5.44.

adjudicación de sus contratos²⁹ y en imponer como condición de ejecución de los contratos públicos adjudicados el respeto de obligaciones de carácter social, encaminadas a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de categorías desfavorecidas³⁰. A pesar de todo, la propia Comisión era consciente³¹ de las posibilidades que ofrecía la contratación pública como instrumento de las distintas políticas y de la insuficiente utilización de la misma. Por ello, en 2001, presenta la “Comunicación interpretativa sobre legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”. Teniendo en cuenta que las posibilidades varían según los tipos de contratos y que la incorporación de las cláusulas sociales no podía provocar, en ningún caso, vulneración de los derechos a la libre circulación, señalaba la opción de incluirlas en el momento de elección del objeto del contrato, en la selección de los candidatos, con la posibilidad de excluir a los licitadores por incumplimiento de la legislación social, para la determinación de la oferta económica más ventajosa y en las condiciones de ejecución del contrato. Asimismo, determinaba la Comisión que “podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos a favor de ciertas categorías de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados”.

La tercera generación de Directivas se inicia con la promulgación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (Directiva sobre sectores clásicos) y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales (Directiva sobre sectores especiales) ambas del 31 de marzo del 2004. Trataron de mejorar la experiencia adquirida de sus predecesoras y señalaron la importancia de incorporar las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación

29. Apt. 5.39.

30. Apt. 5.42.

31. Apt. 5.44 “En este contexto, se plantea ante todo la cuestión de si es necesario aclarar, por medio de una comunicación interpretativa, las posibilidades que el derecho de la contratación pública ofrece a las diversas categorías afectadas para realizar los objetivos comunitarios y nacionales de política social. Asimismo, es necesario determinar si estas posibilidades son suficientes para responder a las necesidades, o si serán necesarias otras medidas para garantizar la consecución de estos objetivos en la aplicación de las normas comunitarias sobre los contratos públicos, al tiempo que se salvaguarda una competencia leal”.

pública (Mestre Delgado, 2018, (b):38). Además, como apunta Ortiz Vidad (2017:39), “ambos instrumentos legales no encajaban en el contexto de crisis económica en la que se vio sumergida la Unión Europea, siendo necesaria una redefinición de las políticas públicas”. Por ello, un nuevo impulso a la contratación pública mediante la Estrategia Europea 2020³² que apuesta por una economía social de mercado basada en un crecimiento inteligente, un crecimiento sostenible y un crecimiento integrador y, junto a el Libro Verde “Sobre la modernización de la política de contratación de la Unión Europa-Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”³³, son la antesala a las actuales Directivas del 2014³⁴ (Cuarta generación de Directivas).

En resumen, estas Directivas constituyen el marco jurídico principal sobre la contratación pública en la Unión Europea, con el objetivo de conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que garantice un uso más eficiente de los fondos públicos, armonizando las legislaciones de los Estados miembros. Los criterios generales en torno a los cuales se construye la regulación son, por un lado, la utilización eficiente de los recursos públicos, y por otro lado la modernización de reglas vigentes, referidas en particular a las pequeñas y medianas empresas, a los objetivos sociales, a los derechos de las personas con discapacidad, así como a la tarea de aclarar determinados conceptos, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, y de incorporar la jurisprudencia (Mestre Delgado, 2018 (b):39).

4. Las cláusulas sociales relativas a la discapacidad en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública, como hemos señalado, responde a un proceso de evolución que tiene su origen en el desarrollo

32. Comunicación de la Comisión COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010 “Europa 2020: una estrategia por un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

33. COM (2011), 15 Final, 27 de enero de 2011.

34. Directiva 2014/23 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE 28 de marzo de 2014 (L 94/1). Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DOUE 28 de marzo 2014 (L 94/65); Directiva 2014/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. DOUE 28 de marzo de 2014 (L 94/243).

de los derechos humanos. La normativa a nivel supranacional y regional protege a los derechos humanos e implícitamente a las personas con discapacidad, aunque es la CDPD la que proporciona el marco jurídico apropiado y vinculante por y para las personas con discapacidad. Asimismo, la UE transforma sus objetivos y adecua sus políticas con la finalidad de convertir a la UE en garante de los derechos humanos. Prueba de ello, es la utilización de las Directivas como instrumento adecuado de armonización que juegan un papel principal en el desarrollo de la contratación pública como poderoso instrumento para conseguir objetivos sociales, ambientales e innovadores. En este sentido, la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público transpone, mediante 347 artículos, 52 disposiciones finales, 5 transitorias, 1 disposición derogatoria y 11 finales, junto con un preámbulo y cinco anexos, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero. Pero ¿era necesario un texto normativo nuevo? y ¿en qué medida influye la LCSP al Derecho de la Discapacidad? (De Lorenzo García, 2017)

El preámbulo de la LCSP justifica la promulgación de la Ley en la necesidad de transponer las Directivas³⁵; afortunadamente argumenta otras razones, en las que destaca el papel clave de la contratación pública para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador que garantiza la eficiencia del gasto público, en la necesidad de lograr una mayor transparencia en la contratación pública y una mejor relación calidad-precio.

La inclusión de cláusulas sociales en la contratación pública³⁶ no es una novedad de la LCSP pues ya estaba presente en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en su art. 20 d) y en la Disposición 18ª; en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público al permitir a los órganos de contratación el establecimiento de condiciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral (art. 102); en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del

35. Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de febrero de 2014.

36. El Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad ha promulgado la Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable en el marco de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE 25 de mayo de 2019, Núm.125, Sección III, págs. 55960-55970.

Sector Público aprobado por RDL 3/2011 que sustituyó a la Ley 30/2007, que introdujo las consideraciones sociales y ambientales bien como condiciones especiales de ejecución o como criterios para valorar las ofertas, (arts. 118; 150.1 y en la disposición adicional 4ª y en la 5ª). No obstante, la LCSP asume el deber de incorporar en toda contratación pública de manera transversal y preceptiva criterios sociales (art. 1.3), constituyendo una novedad con respecto a la anterior normativa (RDL 3/2011) y muy interesante en tanto en cuanto:

- a) Obliga a la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en relación al objeto del contrato.
- b) Modifica el criterio de elección de licitadores. Tradicionalmente la mejor oferta era la de menor precio, ahora la relación es calidad/precio y no puede haber calidad sin inclusión de cláusulas sociales.
- c) Incorpora los criterios sociales como garantía de una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.
- d) Facilita el acceso a las pymes, a los Centros Especiales de Empleo (CEE), a las Empresas de Inserción (EEII) y a las Empresas de Economía Social (EES).

Esta disposición se refuerza por el art. 28.2 LCSP al disponer que las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública. Además, deben favorecer la agilización de trámites, valorar la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promover la participación de la pequeña y mediana empresa, así como el acceso sin coste a la información.

Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que las consideraciones de tipo social podrán incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio o como condiciones especiales de ejecución. Su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato y en particular, en el supuesto de las condiciones especiales de ejecución, la LCSP impone la obligación al órgano de contratación de establecer en el pliego al menos una de las condiciones especiales de ejecución de tipo medioambiental, social o relativas al empleo que se encuentran en el art. 202.

Por otro lado, sería necesario antes de su inclusión valorar el objetivo a perseguir y elegir el medio idóneo, pues como demuestra Gallego Córcoles (2017, (b):81-111) su utilización inadecuada no solo compromete la realización del

objetivo secundario perseguido, sino también la realización de los principios de eficiencia en el gasto público y de igualdad, transparencia y proporcionalidad.

Finalmente, la efectividad del art. 1.3 exige que se realice el control del cumplimiento efectivo de la cláusula social durante la fase de ejecución, pues no tiene sentido que lo exigido por el poder público u ofertado por el licitador quede a la suerte del adjudicatario.

En este sentido, la LCSP manifiesta el deber de incorporar criterios sociales y para ello reproduce, modifica o incorpora preceptos que merecen una mención especial, bien por su meritorio contenido o por su contenido mejorable.

Por ello, el análisis de las principales aportaciones de la LCSP, desde su dimensión social e inclusiva, se ha realizado mediante una serie de puntos que, de practicarse por la AP o entidad del sector público, sujeta al marco normativo de la Ley, plasmaría el convencimiento y apoyo a la contratación pública socialmente responsable hacia las personas con discapacidad. En base a ello, se plantean trece acciones o ejercicios a efectuar.

1º. *Realizar un análisis y preparar los contratos de manera responsable*, especialmente los considerados estratégicos o especialmente aptos para la inclusión de aspectos sociales mediante la planificación anticipada, las consultas preliminares y la descripción del objeto. La LCSP con carácter previo a la redacción de los pliegos y la incorporación de las cláusulas indica una serie de pautas que van a permitir que la selección de los criterios y cláusulas sean los idóneos a las características del contrato. Para preparar de manera responsable los contratos se debe de planificar la contratación pública del ejercicio y dar a conocer de forma anticipada un plan de contratación pública que al menos deberá recoger aquellos contratos sujetos a regulación armonizada (art. 28 y art. 134 LCSP). Esta posibilidad de planificar y anticipar qué contratos públicos se licitarán permitirá incorporar todos los aspectos sociales que promuevan una contratación pública responsable. La inclusión de criterios sociales adecuados a las características del contrato es una labor que requiere tiempo. El problema principal, es que la planificación y la anticipación no suelen estar presentes en la agenda de las AAPP.

Además, una de las innovaciones destacables de la Ley es la posibilidad de realizar consultas preliminares³⁷ del mercado por el poder adjudicador (art. 115

37. Para un estudio pormenorizado sobre las consultas preliminares puede consultarse: LÓPEZ DONAIRE, M^aB. (2018): “Preparación del contrato” en MESTRE DELGADO, J.F. y MANENT ALONSO, L., (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 401-426.

LCSP, art. 40 2014/24/UE). Esta previsión permite avanzar en los cambios sociales donde juegan un papel predominante los movimientos asociativos. La consulta preliminar va a permitir que posteriormente se prepare correctamente la licitación, se ejecute el objeto del contrato y se consigan otros propósitos. Por ejemplo, si el objeto del contrato es renovar los contenedores de reciclaje y que estos sean accesibles, lo más adecuado sería dirigir consultas a las asociaciones de personas con discapacidad con el objetivo de conocer sus necesidades y de este modo fomentar la participación plena e inclusiva en la sociedad, haciendo plenamente aplicable el lema “Nada de nosotros/as sin nosotros/as”.

Por tanto, si con antelación sabemos la realidad de las cosas tendremos un elemento de juicio de utilidad para determinar los caracteres del contrato (Mestre Delgado, 2018, (b):48).

Cuando el órgano de contratación haga uso de esta posibilidad de consultas deberá reflejarlo en un informe detallado y con carácter general tener en cuenta el resultado de las mismas. En caso contrario, su decisión deberá estar motivada (art. 115.3 LCSP).

Y, por último, la obligación de incluir cláusulas sociales está supeditada a la exigencia de vinculación con el objeto del contrato³⁸. Para no limitar las posibilidades que brinda la inclusión de las cláusulas sociales, (art. 1.3 LCSP [...] proporcionar una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos), se debe describir el objeto del contrato con criterios sociales. El sentido del art. 99 LCSP, “el objeto del contrato debe estar determinado y se podrá definir en atención a las necesidades y funcionalidades concretas que se pretendan satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única”. Además, el art. indica “se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales, ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras y servicios”.

Por un lado, refleja la imperatividad con “se definirán” y por otro, solo en ciertos casos “en los que se estime que se puede”. De hecho, la derogada Ley de Contratos del Sector Público (2011) exigía que los criterios de adjudicación estuviesen directamente vinculados al objeto del contrato. La interpretación de direc-

38. La vinculación al objeto del contrato es una cuestión, por su importancia, reiterada a lo largo de todo el articulado: art. 1.3 (objeto y finalidad); art. 126.2 (prescripciones técnicas); art. 127 (etiquetas); art. 142.1 (admisibilidad de variantes); art. 145 (criterios de adjudicación); art. 147.1 (criterios de desempate) y art. 202.1 (condiciones especiales de contratación).

tamente vinculados restringía en gran medida la posibilidad de incluir cláusulas sociales. La LCSP incorpora de forma literal el texto de la Directiva 2014/24, a través del art. 145.6 definiendo cuándo un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato³⁹. Definir el objeto del contrato añadiendo la temática social que se va a incorporar manifiesta el compromiso de la Administración Pública y aporta transparencia al procedimiento⁴⁰.

2º. *Justificar y definir en el expediente las necesidades sociales a satisfacer* (art. 1. Objeto y finalidad, y art. 28 Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación). Así, se realizará una declaración expresa a favor de una contratación pública responsable y se proporciona a los procedimientos de licitación coherencia con las cláusulas sociales que se van a incorporar⁴¹.

3º. *En la medida de lo posible se ha de utilizar el contrato menor y/o las invitaciones para solicitar ofertas a entidades sin ánimo de lucro, de economía social y a empresas socialmente responsables*. En los contratos menores (art. 118), la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan”. Las características de estos contratos van a permitir un amplio margen de maniobra para seleccionar a la

39. Art. 145.6 LCSP: Se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los siguientes procesos: a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de, en su caso, las obras, los suministros o los servicios, con especial referencia a formas de producción, prestación o comercialización medioambiental y socialmente sostenibles y justas; b) o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

40. Ejemplo: Carátula del pliego que ha de regir en el contrato administrativo especial de prestación del servicio de bar cafetería con criterios saludables y sostenibles en distintos centros de la Universidad Complutense de Madrid a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios de adjudicación. Número de expediente 2016/000037. Disponible en: <https://www.ucm.es/file/contratos/768/1983>

41. Universidad de Córdoba, Servicio de Contratación y Patrimonio, Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (Expediente núm 2012/000009) Objeto del contrato: “La finalidad de este contrato se enmarca dentro de la política de fomento de empleo que debe aportar la Administración Pública en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo establecido en el art. 40.1 CE. Es por tanto manifiesta su voluntad de utilizar esta contratación pública con el propósito de apoyar los procesos de inserción sociolaboral de las personas con mayores dificultades de acceso al mercado laboral por encontrarse en situación o riesgo de exclusión social. Disponible en: <https://www.uco.es/gestion/contratacion/sostenibilidad-en-contratacion-publica>

empresa. Además, es posible cursar invitaciones para participar a las empresas en diversos procedimientos, como la subasta electrónica (art. 143.6 LCSP), el procedimiento restringido (art. 163 LCSP) o el procedimiento negociado (art. 169.6 LCSP).

4º. *Analizar la idoneidad del contrato y su sector de actividad* con la finalidad de ser calificada la licitación como reservada para CEE y EEII (DA 4ª LCSP) o para empresas y entidades de Economía Social (DA 48ª LCSP). Es de suma importancia analizar si el contrato puede ser calificado como reservado, pues están destinados solo para este tipo de empresas. Para ello se debe comparar el objeto del contrato y el sector de actividad, con los servicios y productos que ofertan los CEE, las EEII y las empresas de Economía Social⁴². Para conocer estos centros y empresas se puede consultar los Directorios disponibles en la web y la Confederación Empresarial Española de Economía Social (CEPES).

5º. *Incorporar los siguientes aspectos administrativos relacionados con una contratación pública responsable*. Señalar la información pertinente sobre subrogación del personal y en su caso, se deberá señalar expresamente la obligación de subrogar al personal de CEE y EEII. La LCSP busca mediante la contratación pública generar empleo digno⁴³. En base al art. 130 apartado 1 y 2 LCSP, cuando exista la obligación de la empresa adjudicataria de subrogarse como empleador deberá prestar toda la información pertinente sobre dicha subrogación (por ejemplo, los listados de personal objeto de subrogación, el convenio colectivo aplicable, tipo de contrato, jornada, salario, etc.) y expresamente dispone que “la empresa adjudicataria vendrá en todo caso obligada a subrogarse como empleadora de todas las personas con discapacidad, cuando la empresa que viniese efectuando la prestación fuera un CEE”. Reducir las cargas administrativas y los obstáculos para

42. Las Administraciones Públicas van asumiendo la necesidad y comprobando los beneficios de la planificación de reservas sociales, un magnífico ejemplo es la Comunidad de Aragón. Orden HAP/522/2017, de 7 de abril, por el que se da publicidad al Acuerdo de 28 de Marzo de 2017, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su apartado IV requiere a todos los poderes adjudicadores la remisión del listado de contratos que tienen previsto reservar a favor de centros especiales de empleo y empresas de inserción social.

<http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.1165/rekategoria.118/reلمenu.2/chk.593cfcb4b548d219c06d5c7d3a9517cf>

43. En relación a los aspectos laborales, puede consultarse en la LCSP los arts: 100.2 (presupuesto base de licitación; art. 130.5 (información sobre las condiciones de subrogación de los contratos de trabajo y la DA 51ª (pagos directos a los contratistas).

participar en las licitaciones. La LCSP, en consonancia con las Directivas que transpone, reduce la burocracia y las exigencias para poder participar con la finalidad de facilitar el acceso a la contratación pública de las pymes, empresas locales y empresas responsables. Así, se requerirá en la fase de licitación el documento europeo único de contratación (art. 140.1.a LCSP). Este documento es una declaración responsable sobre la situación financiera, las capacidades y la idoneidad de las empresas para poder concurrir en un procedimiento de contratación pública. Se han reducido las exigencias de participación relativas a la solvencia técnica, financiera y profesional⁴⁴ y la carga de las garantías para tomar parte en las licitaciones⁴⁵. El acceso de las pymes, de los Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción y empresas de Economía Social se facilita mediante la división en lotes de los contratos susceptible de fraccionamiento. La división se realizará siempre que sea posible, en caso contrario, se justificará en el expediente. La división en lotes del contrato permite la entrada de más licitadores y que pueda utilizarse en un mayor número los contratos reservados (art. 99 y DA 4ª LCSP)⁴⁶.

6º. *Incorporación expresa de las prohibiciones de contratar.* El art. 71.1 LCSP recoge, en un claro paralelismo al art. 60 del derogado RDLeg. 3/2011 y como establece el art. 57.4 de la Directiva 2014/24 las prohibiciones de contratar, entendiendo que trata evitar que el incumplimiento de la normativa de ámbito laboral, tributario o de seguridad social sea una ventaja para el sujeto incumplidor. Se prohíbe contratar a empresas de 50 o más trabajadores, que no cumplan el requisito de al menos el 2% de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del RD Leg.1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las

44. Puede consultarse en la LCSP los arts. siguientes: art. 69 Uniones de empresarios, art. 75 Integración de la solvencia con medios externos, art. 77 Exigencias y efectos de la clasificación, art. 76 Concreción de las condiciones de solvencia, art. 87 Acreditación de la solvencia económica y financiera y art. 90 Solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios. Cuyo contenido puede resumirse en: No es exigible la clasificación empresarial para los contratos de servicios, opera la solvencia que debe ser razonable, justificada y proporcional y no limitar la participación de las empresas en la licitación. No se establece un mínimo de solvencia técnica y profesional, pero si solvencia económica. Es posible concurrir como una unión de empresas temporal y elevar a escritura pública y por tanto formalizar el acuerdo una vez que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

45. Art.106.1, art.107.1 DA 4ª.3 LCSP.

46. Ejemplo de lote reservado a Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, BOE Núm. 280 de 19 de noviembre de 2016, pág. 72151.

Personas con Discapacidad y de su inclusión social o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres⁴⁷. Es vital incidir y reivindicar la necesidad de más medidas protectoras para niñas y mujeres con discapacidad pues este colectivo sufre múltiple discriminación al reunir dos de las condiciones más discriminatorias en la actualidad, su condición de mujer y su condición de persona con discapacidad.

La acreditación del cumplimiento de la cuota, así como, si fuese el caso, tener en plantilla a trabajadores fijos con discapacidad se hará constar en una declaración responsable conforme al art. 140 LCSP. La Ley no menciona la posibilidad de adoptar con carácter excepcional las medidas alternativas previstas en el art. 2 RD 364/2005, de 8 de abril⁴⁸ en lugar de la cuota de reserva. Este silencio puede provocar inseguridad jurídica o proporcionar un plus de compromiso hacia la discapacidad. Por consiguiente, con pleno apoyo a esta última interpretación, se puede deducir que la obligación es cumplir y acreditar la cuota de reserva sin posibilidad de justificar la excepcionalidad. El cálculo de la cuota del 2% se debe realizar conforme a la disposición adicional 1ª del Real Decreto 364/2005 y tener en cuenta la Consulta de 1 de julio de 2009 de la Dirección General de Trabajo que estableció, en caso que en la cuantificación resultasen decimales, el siguiente criterio: “empresa con menos de 50 trabajadores: 0 trabajadores; de 50-99 trabajadores: 1 trabajador con discapacidad; de 100-149 trabajadores: 2 trabajadores con discapacidad y así sucesivamente”. En relación a estas obligaciones, destacar tres cuestiones:

1ª. No parece probable, pero si se omitiesen estas prohibiciones en los pliegos de contratación, sería motivo para impugnarlos y poder declararlos nulos de pleno derecho, según el art. 39.2 a) LCSP. Este art. concreta las causas de nulidad de derecho administrativo y con carácter específico determina la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por poderes adjudica-

47. Art. 46 Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE Núm. 71, de 23 de marzo de 2007, se describe el contenido y los requisitos de un plan de igualdad.

48. RD 364/2005, de 8 de abril por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, BOE Núm. 94 de 20 de abril de 2005 págs. 13466-13469.

dores en los que concurra entre otras causas estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 71.

2ª. Aquellas empresas que incumplan alguna de las obligaciones estarán en incursas en prohibición y no podrán contratar con la AP. Por tanto, si el órgano de contratación constata que la empresa se encuentra en alguno de estos supuestos deberá excluirlo del procedimiento (art. 72 LCSP). El problema podemos encontrarlo en la matización del art. 71.1 d) LCSP “en las condiciones que reglamentariamente se determinen”, es decir, remite a un desarrollo reglamentario posterior que en tanto no sea aprobado podría dejar sin efecto la prohibición.

3ª. La acreditación de cumplir las obligaciones. El propio art. 71.1d) se refiere a una declaración responsable. No obstante, declarar significa manifestar frente a acreditar que es demostrar la verdad de algo, especialmente a través de documento. En base a ello, en respeto al tenor literal del art. solo cabe requerir en el momento de presentación de las ofertas, la declaración responsable del cumplimiento de las obligaciones legales, pero al mismo tiempo, sin ser contrario a la norma, adjudicado el contrato y antes de su formalización sería conveniente un sistema de control y verificación.

Por último, cabe indicar que el apartado b) del art. 71.1 recoge la prohibición de contratar con personas que “hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional [...] de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”, previsión que se completa con el art. siguiente sobre el procedimiento y competencia para apreciación de la prohibición de contratar.

7º. *Obligación de reservar un porcentaje de contratos*⁴⁹ *para su ejecución para Centros Especiales de Empleo (CEE) y para Empresas de Inserción*⁵⁰. Esta obliga-

49. Sobre los contratos reservados puede consultarse: MENDOZA JIMÉNEZ, J., ROMÁN CERVANTES, C. & HERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2018): “Los contratos reservados: Una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica*, Núm.33. <http://www.ciriec-revistajuridica.es>

50. Para ampliar información puede consultarse GARCÍA BLANCO, JESÚS.M. (2018): “Consideraciones de tipo social y ambiental” en MESTRE DELGADO, J.F. & MANENT ALONSO, L., (dirs), *La Ley de... op. cit.*, pág.455-489. GARCÍA ROMERO, M.B. (2017): “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública” en GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., (dirs.) *Innovación Social... op. cit.*, págs. 239-260.

ción ya se encontraba recogida en la anterior Ley de Contratos del Sector Público y en la Directiva del 2004/18⁵¹, siendo regulados por la LCSP en la DA 4ª.

El art. 43 RD 1/2013 define a los Centros Especiales de Empleo⁵² como instrumento específico de apoyo a las personas con discapacidad además de producir bienes y prestar servicios. Al menos un 70% de su plantilla debe estar compuesta por trabajadores y/o trabajadoras con discapacidad igual o superior al 33%. La novedad que incorpora la Ley de 2017, en relación a los CEE es que únicamente los que sean de iniciativa social pueden participar en la licitación de un contrato reservado. Concepto de iniciativa social⁵³ incorporado por la Disposición final 14ª que provoca la modificación del art. 43 LGDPD añadiéndole el apartado 4º.

Las Empresas de Inserción⁵⁴ tienen como objetivo facilitar el empleo y la inclusión social de personas desfavorecidas mediante un periodo de formación, acompañamiento y contratación laboral en una estructura mercantil no lucrativa. Al menos entre el 30% y el 50% de su plantilla deben ser personas en situación o riesgo de exclusión social. La empresa de inserción les prepara en su tránsito al empleo ordinario.

Si tenemos en cuenta que se puede calificar como reservado cualquier contrato, que se tramita igual que otro y que no todas las empresas son iguales, diferencias

51. Cons. 28 y art. 19.

52. Regulados por RD 2.273/1985 de 4 de diciembre.

53. Disposición adicional 14ª LCSP “Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

54. Se regulan por Ley 44/2007 de 13 de diciembre para la regulación del régimen de Empresas de Inserción o la legislación autonómica correspondiente.

que se estiman como fundamento⁵⁵ de los contratos reservados, podemos afirmar que la obligación de reservar un porcentaje de contratos resulta un medio imprescindible, eficaz y garantista para fomentar el acceso al empleo de sectores que tradicionalmente son desfavorecidos.

Añadir respecto a los contratos reservados, los relativos a empresas y entidades de Economía Social. La LCSP transpone literalmente en su disposición adicional 48ª, el art. 77 de la Directiva 2014/24. La Directiva solo dispone requisitos, cosa lógica para armonizar legislaciones, pero no establece tipologías pues ese ámbito depende de la normativa interna de cada Estado miembro. La razón es clara, pero la LCSP al reproducir íntegramente la Directiva ocasiona un vacío. La AP debe actuar en base a los principios de seguridad jurídica y transparencia, en consecuencia, los órganos de contratación deberán establecer la tipología exacta de las empresas beneficiarias de la reserva y para ello acudir a la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social⁵⁶.

La diferencia con los anteriores puede resumirse en la imposibilidad de reservar cualquier contrato. La reserva para este tipo de empresas es una opción para la AP y en el supuesto de hacer uso de ella, se supedita a una duración máxima del contrato de tres años, no haber sido adjudicataria en los tres años anteriores del mismo contrato y a través de la misma reserva y solamente se puede reservar la licitación de contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud y no todos, solo algunos de los que figuran con códigos CPV⁵⁷ en el Anexo IV.

8º. *Incorporar preceptivamente criterios de adjudicación de carácter social.* La selección de los criterios y su ponderación deberán adaptarse al objeto contractual, al sector de actividad, a las características, el importe y plazo de ejecución y al personal necesario para su ejecución. Es en el momento de redacción de los pliegos cuando se seleccionan los criterios más convenientes. A través de los criterios de adjudicación se selecciona la mejor oferta. Se supera la tradicional selección de la oferta económica más ventajosa, sustituyéndola por mejor relación calidad-precio. El tenor literal del art. 145.2 LCSP establece que “la mejor rela-

55. La Directiva 2014/24 en su Con.36, fundamenta la necesidad de los CEE y las EEII, la Comisión los denomina talleres, para garantizar la integración en la sociedad y la igualdad de oportunidades.

56. BOE Núm 76, de 30 de marzo de 2011, págs. 33023-33033.

57. La nomenclatura CPV (Common Procurement Vocabulary-Vocabulario Común de Contratación Pública) es un sistema de identificación y categorización de todas las actividades económicas susceptibles de ser contratadas mediante licitación o concurso público en la Unión Europea.

ción calidad-precio se evaluará con arreglo a los criterios económicos y cualitativos. Los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir aspectos sociales [...] podrán ser: [...] la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias [...]. Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina [...]

9º. *Ponderar los criterios de adjudicación y el precio.* La referencia al precio es imprescindible pues las ofertas económicas deben estar ajustadas al coste real. Es una herramienta útil para los órganos de contratación ya que una oferta anormalmente baja, puede ser una señal de una empresa que inaplica o incumple los convenios colectivos o incurre en *dumping social*⁵⁸, en general, que está vulnerando la normativa. El procedimiento para excluir la oferta anormalmente baja es el previsto en el art. 149 LCSP, del que destacamos el último párrafo de su apartado 4º: “En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”.

10º. *Establecer criterios de desempate.* Según el art. 147LCSP se pueden establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares criterios de adjudicación específicos para el desempate en los casos en que, tras la aplicación de los criterios de adjudicación, se produzca un empate entre dos o más ofertas. Estos criterios deben referirse a:

58. Puede consultarse: VAN DER LAAT ECHEVARRÍA, B., (2004): “La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresario”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, Núm. 103, pág. 14 y VALENZUELA HERRERA, A., (2015). “Cláusulas sociales en los tratados de libre comercio”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Núm. 1, pág. 123.

a) Propositiones presentadas por aquellas empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de trabajadores con discapacidad superior al que les imponga la normativa.

En este supuesto, si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al que les imponga la normativa, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

b) Propositiones de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración.

El apartado 2 del art. dispone los criterios que se seguirán para el supuesto que los pliegos no hayan previsto la solución en caso de empate.

Entendemos que pese a la previsión del art. 147 para una contratación pública responsable sería necesario modificar “el poder establecer” por “deberán establecer” criterios de adjudicación específicos para fomentar el empleo de las personas con discapacidad.

11º. *Incorporación preceptiva de condiciones especiales de ejecución de tipo social.* Los órganos de contratación pueden establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato y en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución. Las consideraciones de tipo social que pueden introducirse estarán en relación a hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción y eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado (art. 202 LCSP). Una vez que formen parte del contrato se les exigirá por igual a todos los subcontratistas que participen en la ejecución.

12º. *Realizar un efectivo control del cumplimiento de los criterios sociales.* Corresponde a la última fase del procedimiento y juega un papel transcendente pues es irrelevante, haber realizado un perfecto procedimiento respetuoso con la Ley y comprometido socialmente y no verificar el cumplimiento de las cláusulas

sociales incorporadas por parte de la AP. La LCSP faculta al órgano de contratación a establecer sanciones e incluso la potestad para rescindir el contrato en caso de incumplimiento (Art. 202.3; 122.3, 211 y art. 192). Para esta fase de control se pueden incluir verificadores específicos para cada cláusula conforme a los arts. 201 y 210 LCSP.

13º. *Garantizar la accesibilidad a las personas con discapacidad.* Los arts. 93, 126 y la DA 18ª obligan a los órganos de contratación a que en los pliegos de licitación en las fases de licitación se cumplan los requisitos de accesibilidad universal.

Como se observa es una Ley complicada, extensa y poco innovadora pues las “sustanciales innovaciones” que prevé el preámbulo entre las que destaca la “prevención de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social” ya se encontraba de manera explícita en el ámbito comunitario, aplicado por el TJUE y recogida en nuestra anterior normativa sobre contratos del sector público.

5. Conclusiones

La LCSP no ha innovado especialmente en relación a la situación de las personas con discapacidad y no lo ha hecho porque reproduce las Directivas de las que trae causa o continua en la línea de la regulación anterior. Prueba de ello es el art. 1.3 que puede conducirnos a confusión pues el carácter imperativo del precepto debe interpretarse conjuntamente con el resto de la Ley. En este sentido, tener en cuenta que las consideraciones de tipo social pueden incluirse tanto al diseñarse los criterios de adjudicación, como los criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad-precio o como condiciones especiales de ejecución. Su introducción está supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato y sería por ello necesario, antes de hacerlo, valorar el objetivo a perseguir y el medio más idóneo y por supuesto, controlar el cumplimiento efectivo de la cláusula social durante la fase de ejecución. El problema es que el control y la imposición de sanciones es una facultad del órgano de contratación.

Resulta de interés la posibilidad de planificar anticipadamente la contratación pública del ejercicio y realizar consultas preliminares, pero ¿por qué no modificar la posibilidad por obligatoriedad de las mismas? Por otro lado, sería conveniente, para la correcta aplicación de los contratos reservados que las AAPP y entidades públicas confeccionasen listados de los Centros Especiales de Empleo,

Empresas de Inserción y Empresas de Economía Social para cotejar el propio objeto contractual y su sector de actividad con aquellos productos y servicios que ofertan dichas empresas. En relación a ello, la DA 4ª establece con carácter imperativo que la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales están obligadas a fijar un porcentaje mínimo de sus contratos públicos y calificarlos como reservados, pero no hace mención expresa a las entidades del sector público, por lo que en un sentido literal y conforme al ámbito subjetivo descrito en el art. 3.1c) LCSP, estas entidades no estarían obligadas. No obstante, si queremos aplicar coherentemente la Ley y adquirir un compromiso pleno con la contratación pública responsable, sería conveniente que todas estas entidades aplicasen con obligatoriedad la reserva.

Incluye la Ley las prohibiciones de contratar a los que incumplan la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad y/o elaboración de planes de igualdad, estableciendo que las circunstancias del incumplimiento se aprecian y aplican directamente por el órgano de contratación, lo que proporciona la competencia necesaria para excluir a una empresa. La cuestión relevante es que el art. 71.1. d) preceptúa que se acreditará el cumplimiento mediante declaración responsable, que no acredita, solo manifiesta. La cuestión no es baladí, pues en demasiadas ocasiones se cumple la cuota de reserva solo para poder concurrir a la licitación. En consecuencia, podría solventarse la situación, requiriendo la declaración responsable en el momento de presentación de las ofertas por las empresas licitadoras y posteriormente, tras adjudicar el contrato y con carácter previo a su formalización, acreditar fehacientemente su cumplimiento.

Es innegable que la LCSP deja fuera de toda duda la legalidad de incorporar condiciones especiales de ejecución de tipo social, ético y medioambiental. El art. 202 presenta un listado de temas extenso, no cerrado y como novedad la obligación de señalar al menos una. Del mismo modo, manifiesta su poca ambición, por un lado, al incluir entre las posibles condiciones especiales de ejecución “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, pues su aplicación jurídicamente vinculante se produce una vez ratificado el Convenio. Y, por otro lado, porque el carácter obligatorio es una magnífica herramienta para adoptar políticas de responsabilidad social que beneficien de manera efectiva, pero no tiene sentido exigir la obligatoriedad sino se verifica su cumplimiento.

Por consiguiente, la última fase del procedimiento debe ser el control del cumplimiento de los criterios sociales y aquí debe salvar un importante escollo,

pues faculta la Ley, pero no obliga a imponer sanciones que suelen ser el mecanismo disuasorio más efectivo, entendiendo que el problema de la corrupción no es la inexistencia de normas jurídicas sino como la sociedad la soporta y la mantiene.

No se pueden negar las novedades y mejoras de la LCSP, pero muchas son facultativas y las otras sujetas a la facultad de control del órgano de contratación. En conclusión, con respecto a la parte que le corresponda a través de la contratación pública para hacer efectivo el derecho a la plena inclusión de las personas con discapacidad, se necesitarán grandes dosis de compromiso por parte de la Administración Pública, sistemas eficaces de control a las empresas, acciones judiciales y participación activa del Tercer Sector.

Bibliografía

- BERZOSA, C. (2013): “La difícil relación entre ética y economía”, *Revista de Economía mundial*, Núm.35.
- BRUNETE, M^a.T.: (2010): *Guía práctica, Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*, Federación de Municipios y Provincias, Castilla La Mancha.
- CASARES, A. (2013): “Comercio justo y fomento de la contratación pública sostenible”, *Contratación Administrativa Práctica*, Núm. 123, Sección Reflexiones, Enero-Febrero, (La Ley 19095/2012).
- CERMI (2018): *Los aspectos sociales en la contratación pública*, Colección Inclusión y Diversidad, Núm.21.
- CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2016): *Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía*.
- FOY, P. (2011): “Consideraciones sobre la contratación pública sostenible (“verde”)”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, Núm.66.
- GALLEGO, I.: “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Nueva Época*, Núm.4, enero-diciembre 2017, (a).
- “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en GARCÍA, B. & PARDO, M.M., (dirs.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra, 2017, (b).
- GARCÍA, J.M. (2018): “Consideraciones de tipo social y ambiental” en MESTRE, J.F. & MANENT, L., (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA, M.B. (2017): “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública” en GARCÍA, B. & PARDO, M.M. (dirs.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra.
- GUZMAN, J. (2006): “Tres visiones éticas de la economía: Galbraith, Drucker y Ghoshal”, *Revista de Economía Mundial*, Núm. 15.
- LESMES, S. (2005): “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”. *Lan Harremanak*, nº 13.

- LOBEJÓN, L.F. (2008): “Pasado, presente y futuro de la cláusula social. El papel de la Organización Mundial del Comercio”, *ICE*, Núm. 843, julio-agosto.
- LÓPEZ, M^aB. (2018): “Preparación del contrato” en MESTRE, J.F. & MANENT, L. (dirs), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOYA, M. & SAMANIEGO, M.: “Novedad normativa: el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen II, 2017.
- “Novedad normativa: La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen III, 2018.
- MANGAS, A. & LIÑÁN, D.J.: “Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea”, en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6^a edic., 2010
- “El sistema de normas y actos en la Unión Europea II”, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 6^a edic., 2010.
- MEDINA, T. (2017): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo” en GARCÍA, B. & PARDO, M.M., (Dirs.), *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra.
- MEDINA, P. (2010): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas”, *Revista Cemci*, Núm. 7, marzo-junio.
- MESTRE, J.F.: “La incidencia de la Jurisprudencia comunitaria sobre algunos de los aspectos básicos del Derecho Público interno”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, Núm. 22, enero-abril, 1988.
- “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental” en *AAVV, Homenaje al profesor Sebastián Martín –Retortillo*, Real 2003, Núm.291.
 - “Las principales novedades de la Ley de contratos del sector público”, en MESTRE, J.F. & MANENT, L. (Dirs.): *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, (b).
 - “El tratamiento jurídico de la discapacidad en la Ley de contratos del sector público”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, Volumen III, 2018, (a).
- MOLINA, C. (2008): “Relaciones laborales, política de empleo y compra pública socialmente responsable: “Las cláusulas sociales en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, Núm. 302.

- MORENO, J.A. & PINTOS, J. (2015): “El sistema español de contratación pública” *Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho*. Núm. 1.
- MUÑOZ, S., MESTRE, J.F. & ÁLVAREZ, V. (2000): “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en MUÑOZ, S., GARCÍA, J.L. & GONZÁLEZ, L. (Dir.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid.
- ORTIZ, M.D. (2017): “Las cláusulas sociales en el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación” en GARCÍA, B. & PARDO, M.M. (Dir.) *Innovación Social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Navarra.
- RODRÍGUEZ, S. (2009): *Cláusulas sociales y licitación pública*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- VALENZUELA, A. (2015): “Cláusulas sociales en los tratados de libre comercio”, *Revista Ciencia Jurídica y Política*, Núm.1.
- VALLECILLO, R.M. & GUTIÉRREZ (2016): “La responsabilidad social pública como elemento de política de empleo” *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*.
- VAN, B. (2004): “La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresario”, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*, Núm. 103.

Bibliografía consultada on line

- BURZACO, M. (2016): “Contrataciones públicas socialmente responsables: La necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 86, 81-310. Disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>
- DE LORENZO, R. (2017): “Hacia un nuevo Derecho de la Discapacidad: Delimitación, configuración y contenidos” Ponencia presentada en el *I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad*, 17/11/2017. Disponible en <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/materiales-ponencias/>.
- GIMENO, J.M.: “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”. Disponible en <http://www.obcp.es>

- GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M^a.T. & PACHE, M. (2019): La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* ,96, 253-280. DOI:10.7203/CIRIEC-E.96.12627. Disponible en <http://www.ciriec-revistaeconomia.es>
- MENDOZA, J., ROMÁN, C. & HERNÁNDEZ, M. (2018): “Los contratos reservados: Una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica*, Núm.33. Disponible en <http://www.ciriec-revistajuridica.es>
- MORENO, J.A. & PINTOS, J. (2015): “El sistema español de contratación pública” *Aletheia, cuadernos Críticos del Derecho*. Núm. 1. Disponible en <http://www.liberlex.com>