

**LOS CRITERIOS ÉTICOS Y SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:
REFERENCIAS AL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN EL
VIGENTE TEXTO REFUNDIDO Y EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.**

Jorge López-Veiga Brea

Investigador del Observatorio de políticas públicas en materia de discapacidad, atención a la diversidad e igualdad de oportunidades.

Secretario académico de la Red Iberoamericana de Contratación Pública
(www.redicop.com).

I. CONSIDERACIONES PREVIAS RESPECTO A LOS CRITERIOS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Antes de comenzar es conveniente recordar que la Constitución Española, establece que la Administración Pública debe estar y actuar al servicio objetivo de los intereses generales. A su vez, el gasto público debe realizarse de una manera que suponga la asignación equitativa de los recursos públicos, y, para ello, el Gobierno-Administración actuarán bajo los principios de eficacia y desconcentración, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.¹

Estos citados preceptos de la Carta Magna española vienen a sustentar de base y argumentación a la reciente concepción de que la contratación pública no constituye exclusivamente un medio para la obtención de prestaciones, obras o servicios en las condiciones económicamente más provechosas para la administración sino que es, sobre todo, una herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines y valores fundamentales tales como la redistribución de la riqueza, la igualdad y la justicia. Con ello se contradice a una parte de la doctrina clásica administrativista, para esta, la contratación pública debe servir a criterios meramente económicos, esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, a una neutralidad en la que se deje de contemplar a la contratación pública como un instrumento más de política económica.

La Administración cuando contrata con empresas la realización de obras o servicios de naturaleza pública dispone de una posición jurídica especial que le permite disponer de una serie de poderes que sólo se justifican en la medida en que previamente estén argumentados en razones de interés común. Por tanto, a través de la contratación del sector público es posible, y deseable, que los ahora llamados poderes adjudicadores garanticen que esa forma de prestar los servicios de interés general o de construir obras públicas se realice desde los postulados del servicio objetivo al interés de la ciudadanía. En efecto, de esta manera la Administración puede diseñar en la realidad de los pliegos de los contratos, compromisos éticos o sociales, que son de alguna manera el reflejo de

¹ Vid. artículos 103.1 y 31.2 de la Constitución Española de 1978.

la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que reconoce nuestra Constitución.²

En el caso de la contratación pública, se demuestra a diario como una política pública puede ofrecer servicios que en verdad pueden mejorar sustancialmente las condiciones de vida de las personas, haciendo real la aspiración de humanización de la realidad. Por lo tanto, cuando los órganos administrativos, que pueden regular la política pública a través de la contratación, evitan conscientemente el interés general y la consecuente evolución de las condiciones de vida de la población se puede colegir que están practicando directa o indirectamente actos contrarios al mandato constitucional genérico del artículo 128.1. Así, destinar enormes cantidades de dinero público a través de la contratación pública, bajo la prevalencia de un criterio economicista, para no conseguir ni el bienestar ni mitigar las necesidades sociales acuciantes que existen en la actualidad, es digno de reprochar debido a que en ocasiones se antepone la estabilidad financiera a la dignidad humana.³

II. EL TRATAMIENTO ACTUAL EN ESPAÑA DEL CRITERIO DE LA DISCAPACIDAD EN EL TODAVÍA VIGENTE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁴, habilita legalmente la introducción de criterios sociales y éticos en los pliegos de contrataciones. Distinguiremos como medidas que regulan los criterios que atienden a las personas con discapacidad las que señalamos a continuación:

1. Prohibiciones de contratar

Estas prohibiciones en la esfera de la contratación pública se configuran como limitaciones al derecho a participar libremente en los procedimientos de contratación pública, de tal manera que pueden definirse como medidas aplicadas por los órganos de contratación para inhabilitar de los procedimientos de adjudicación de un contrato público a quienes incurran en una serie de circunstancias. La jurisprudencia española del Supremo, ha calificado a las prohibiciones de contratar como medidas de garantía del interés público, como cualidades descalificantes que impiden la contratación, que carecen de naturaleza sancionadora aun cuando limitan derechos. Hay que reconocer la importancia que puede llegar a tener las prohibiciones de contratar al mismo tiempo como instrumentos de lucha contra la corrupción, aunque para que éstas lleguen a

² AYMERICH CANO, CARLOS I., “Condicions sociais e contratación pública”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 4, 2000, pp. 53-66.

³ Cuestión que ha sido harto debatida con la reforma constitucional del artículo 135, de 27 de septiembre de 2011, en el que, entre otras cosas, se ordena que “los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta”. Dicha prioridad puede llegar a conculcar principios y derechos que debieran ser inquebrantables.

⁴ En adelante, TRLCSP.

desplegar efectos resulte fundamental reforzar la exigencia de responsabilidad penal por tales conductas.⁵

En el TRLCSP, son los artículos 60 y 61 los que tratan la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas a aquellas empresas que vulneren diversa normativa social, laboral o ambiental, conviene mencionar que ambos artículos han sido recientemente redactados de nuevo por el apartado uno y dos de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dicha modificación está vigente desde el 22 octubre de 2015. Dentro de las circunstancias que imposibilitan los procedimientos de adjudicación se encuentra recogida la discriminación de las personas con discapacidad, así:

Artículo 60. Prohibiciones de contratar.

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad⁶, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; por infracción muy grave en materia medioambiental,(...)”⁷.

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. (...)”.

⁵ MEDINA ARNÁIZ, TERESA en “La regeneración democrática ¿también a la contratación pública?” en www.obcp.es.

⁶ El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, por medio de su Disposición Adicional Séptima establece que las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, y en su artículo 15.3, ya se deja constancia que son infracciones graves: “El incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para minusválidos, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional” (Apartado 3º modificado por el art. 4.1 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, en vigor a partir del 28 de diciembre de 2012).

⁷ La anterior redacción de este apartado del artículo 60.1 correspondía la letra c y decía así: “c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, (...) o por infracción muy grave en materia medioambiental (...)”.

Respecto a la novedosa, y a su vez elogiada, referencia del art. 60.1 d) hay que tener en cuenta a la Disposición Transitoria Décima del TRLCSP que entrará en vigor el 2 de octubre 2016⁸ –introducida por el apartado trece de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público–, en ésta se contempla que tal prohibición de contratar no será efectiva en tanto no se desarrolle reglamentariamente y se establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar y cómo se acreditará el mismo, que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

Hasta el momento en que se produzca la aprobación del citado desarrollo reglamentario, los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en relación con la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP.

La citada Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP, surgió con la intención legislativa de facultar a las Administraciones Públicas para que exijan el efectivo cumplimiento de la cuota exigida de trabajadores con discapacidad –antes en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI) y ahora en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁹– con la inclusión en los pliegos de contratación de un requisito de presentación documental excluyendo de la licitación a las empresas que no lo acrediten, y de preferencia en la adjudicación. Dicen así los apartados uno y dos de la Disposición:

“1. Los órganos de contratación ponderarán en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas”.

⁸ Según determina el apartado 1 de la Disposición Final Decimoctava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁹ No es comprensible que tras tantas modificaciones del TRLCSP no se haya modificado la referencia a la LISMI por la del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

*“2. Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación”.*¹⁰

El contenido de la Disposición era loable, no obstante poco pretencioso debido al hecho de que se incluye la posibilidad, y no la obligatoriedad, de incorporar en los pliegos de la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, el certificado de la empresa con el número de trabajadores con discapacidad para verificar el cumplimiento de la ley. De la misma manera se incluye el término “podrán” para dar preferencia a la adjudicación a las empresas que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100. Hubiera sido preferible no dejar la citada incorporación documental a la libre discrecionalidad de los correspondientes órganos de la Administración, ya que esta potestad puede permitir el establecimiento de otra grieta propicia para el incumplimiento normativo en esta materia tan sensible como la discapacidad en el mundo laboral, que podría evitarse por el legislador.

Es por esto que, continuando con el análisis del reciente art. 60. 1 d), es muy destacable esta nueva inclusión que se presenta con una *vacatio legis*, ya que puede suponer un paso decisivo en la protección del cumplimiento de la normativa que defiende los derechos e intereses de las personas con discapacidad, esto es porque viene a introducir por primera vez como prohibición de contratar con la Administración a las empresas que no cumplan con un imperativo que ya se reconocía en la extinta LISMI. Como hemos visto se pasa de una Disposición Adicional Cuarta poco exigente a un art. 60.1 d) con grandes pretensiones una vez se desarrolle reglamentariamente y se establezca qué ha de entenderse por el cumplimiento de dicho requisito a efectos de la prohibición de contratar. Además, hay que resaltar que esta redacción de la letra d) no se incluyó en el borrador del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público¹¹ (que se analizará más adelante) lo que conllevará que su apartado correspondiente al art. 60.1 d), el art. 71, quedará anulado ante la redacción más ambiciosa y novedosa del vigente TRLCSP (al modificarse el TRLCSP en octubre de 2015 frente a la publicación en abril de 2015 del Anteproyecto de LCSP), o eso es de esperar, en buena lógica temporal, y también por el paso dado en favor de los trabajadores con discapacidad.

En relación a la apreciación o declaración de la concurrencia de la prohibición de contratar, con la nueva modificación del TRLCSP en su art. 61 (vigente desde 22 de octubre de 2015), la prohibición de haber sido sancionada la persona con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad –art. 60.1 b)– pasa de “requerir la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto” a que dicha prohibición “se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración,

¹⁰ Párrafo 2º del apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP: “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 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla”.

¹¹ En adelante, Anteproyecto.

subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas”. Respecto a la novedosa introducción del supuesto de empresas de 50 o más trabajadores que no cumplan con el requisito de que al menos el 2 por 100 de sus empleados sean trabajadores con discapacidad la prohibición, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

Como consecuencia del nuevo art. 61 del TRLCSP, se sostiene que se están produciendo avances significativos para terminar con lo que en la práctica las prohibiciones de contratar resultaban inoperantes, debido a que no se podía aplicar la prohibición de forma automática, junto con el hecho de que órgano de contratación no estaba dotado de competencias para excluir de la licitación a una empresa que incurra en un supuesto que le prohíba celebrar contratos que hayan vulnerado criterios del ámbito de la discapacidad.¹²

2. Condiciones especiales de ejecución del contrato.

A diferencia de las prohibiciones de contratar éstas medidas o condiciones especiales no son de obligado cumplimiento para todos los órganos de contratación, tienen carácter potestativo. Esta posibilidad que se ofrece desde el legislador europeo a los órganos de contratación de establecer condiciones especiales de ejecución de un contrato público la encontramos en la Directiva 2004/18/CE, en su considerando 33 y en su artículo 26¹³. En la actualidad con la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, esta posibilidad se encuentra regulada en sus considerandos 97 a 99 y en su artículo 70.

Se encuentran reguladas en el artículo 118 del TRLCSP, en él se dice “estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral”. Las condiciones especiales de ejecución se han de indicar en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Los pliegos o el contrato podrán establecer penalidades o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales –a los efectos señalados en el artículo 223.f)–.

Cuando en los criterios de adjudicación se utiliza el baremo de mejor calidad-precio (y no el baremo del precio o del coste más bajo) y se incluyen cláusulas sociales se busca premiar a los empresarios que voluntariamente hayan elegido colaborar con un determinado objetivo social, pero, si el adjudicatario del contrato no fuese ese empresario colaborador, este objetivo social no se verá atendido. En cambio, con los criterios especiales de ejecución, deberán cumplirse en todo caso esos objetivos, sea quien sea el adjudicatario.

¹² *Vid.* Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su (RTACRC) 238/2014, Fundamento de Derecho Sexto.

¹³ Mediante dicha Directiva, además de proceder a refundirse la normativa anterior sobre la materia en un único texto, se incorporaba la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al efecto. Fue precisamente a raíz de dicha jurisprudencia y de sentencias clásicas tales como la famosa de 20 de septiembre de 1988, recaída en el asunto Gebroeders Beentjes BV contra los Países Bajos, As. 31/87, pionera en estos asuntos; la de 26 de septiembre de 2000 en el asunto C-225/98 Nord-pas de Calais; o la de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki, entre algunas otras, donde se fue evidenciando que podían introducirse ciertos aspectos sociales en la contratación pública, tales como la posibilidad de incluir condiciones sociales de ejecución de los contratos.

3. Contratos reservados.

Otra manifestación relativa a los criterios éticos o sociales, especialmente dedicada en las políticas activas de empleo respecto las personas con discapacidad, en la contratación pública española es la existencia de Contratos reservados.

Hay que indicar que ha sido la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social la que, a través de su artículo 4, ya ha modificado la Disposición Adicional Quinta del TRLCSP, que es donde se regula lo concerniente a los contratos reservados.

Por lo tanto, nos encontramos de nuevo ante una modificación del TRLCSP, vigente desde el 10 de octubre de 2015, posterior a la publicación del Anteproyecto, esta nueva literalidad establece la posibilidad de establecer contratos reservados sin límite económico alguno a Centros Especiales de Empleo, Empresas de Inserción (ambas figuras con sus propias regulaciones y registros, dirigidos los primeros a personas con discapacidad y las segundas a personas en situación o riesgo de exclusión social) y programas de empleo protegido. Se establece, de esta manera, la obligatoriedad de que se fijen en cada administración contratante porcentajes mínimos de reserva para dichos contratos.

De esta manera el Estado Español ya ha transpuesto el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE. Pero para seguir fielmente el propósito a lograr por el Considerando 36 y el art. 20 de la Directiva, se recomienda que la hora de verificar las condiciones para la participación de un licitador en un procedimiento de contratación pública, los poderes adjudicadores deberán asegurarse que la integración de las personas con discapacidad y de las personas desfavorecidas aparece como misión principal en los estatutos u otros documentos legales de la empresa licitadora. Las empresas de economía social entran en esta categoría. Los poderes adjudicadores, al redactar los términos de referencia, deberán incluir la calidad del proyecto de integración social como criterio esencial para la adjudicación del contrato. Esto evitaría que las empresas contratasen de forma oportunista a personas con discapacidad o desfavorecidas sólo durante el período de ejecución de los contratos ganadores.¹⁴

4. Establecimiento de prescripciones técnicas.

Para finalizar, cabe mencionar que tanto para el establecimiento de prescripciones técnicas (artículo 117.1) como para la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, se establecen garantías de accesibilidad para las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública (Disposición Adicional decimoctava TRLCSP). Lo que implica que deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.¹⁵

¹⁴ CAIMI, VALENTINA (Coord.) “La Contratación Pública al servicio del progreso social. Una guía para la transposición de la Directiva europea sobre Contratación Pública”. Social Platform. Octubre 2015.

¹⁵ En relación a las prescripciones técnicas, de no ser posible cumplir con su definición *strictu sensu* por los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

III. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

1. Antecedentes.

El Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015 ha aprobado los informes del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. Se trata de los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público y de Contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Los Anteproyectos pasarán ahora a trámite de información pública y posteriormente se someterán a informe del Consejo de Estado antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales.

El Anteproyecto de LCSP tiene como principal objetivo la transposición al Derecho español de las Directivas 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública¹⁶ y 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

El Estado español tiene la obligación de transponer las Directivas 2014/23, 24 y 25 hasta el 18 de abril de 2016, por lo que resulta imprescindible la aprobación de los anteproyectos para no incumplir el Derecho comunitario, como inapropiadamente ha sido tradición en España en materia de contratos públicos. Como es sabido, en estos momentos se está a la espera del inicio del trámite parlamentario que ha sido interrumpido por la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre de 2015. Por ende, hasta que no se constituya el nuevo parlamento y gobierno el proceso estará paralizado.

2. Novedades sobre corrupción y criterios sociales.

Una de las novedades del Anteproyecto en la materia objeto de nuestro análisis, es la incorporación dentro de los objetivos en su artículo 1 del principio de integridad, que no debe considerarse sólo como valor ético sino como un verdadero principio jurídico, esto conlleva, en la teoría, un intento de atajar y de dar más claridad al desiderátum de erradicar de la contratación cualquier práctica corrupta.

En el Pleno extraordinario del Congreso de los Diputados celebrado el 27 de noviembre de 2014, el Presidente del Gobierno presentó 70 medidas "de regeneración democrática", la medida número 69 era sobre la "Nueva regulación de prohibiciones e incompatibilidades para contratar con el sector público" que impondría el gobierno al hilo de la inminente y obligada transposición de la Directiva 2014/24 en el mencionado Anteproyecto, en dicha Directiva se establecen en los apartados 1 y 2 de su artículo 57 (prohibiciones de contratar) las exclusiones de carácter obligatorio para participar en la contratación pública en relación a un operador económico que ha sido condenado mediante sentencia firme por una serie de motivos como terrorismo, corrupción, blanqueo de capitales, fraude, etc. Ello tiene su reflejo en el art 71.1 letra *a*) del Anteproyecto. La gran novedad en el Anteproyecto es la inclusión de la prohibición para contratar por conductas privadas de corrupción, algo que se echaba en falta en la

¹⁶ En adelante, Directiva 2014/24.

letra a) del artículo 60.1 TRLCSP vigente a la fecha de publicación del Anteproyecto, donde no se recogía el delito de corrupción entre particulares –incorporado al Código Penal en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (artículo 286 bis)– aun cuando la Directiva de 2004/18/CE remitía expresamente a la normativa relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Cuestión que se pretende atajar con el Anteproyecto, pero ya actualmente subsanada con la modificación hecha al TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (como ya se trató anteriormente), ya que va a incorporar lo incluido en el Anteproyecto además de añadir la prohibición de contratar a personas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de blanqueo de capitales, prevaricación, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y financiación ilegal de los partidos políticos. Siendo estas figuras delictivas una adenda coherente y muy a valorar por la situación política del Estado, debiendo el Anteproyecto haber ya agregado a su texto en el momento de su publicación¹⁷.

En relación a los criterios sociales el artículo 57.4 letra a) de la Directiva 2014/24 dice que los poderes adjudicadores podrán (no se le otorga carácter obligatorio) excluir de la participación en la contratación pública, ya sea por sí mismo o a petición de otro Estado miembro, cuando el poder adjudicador pueda demostrar que se han incumplido obligaciones que emanan de los principios de contratación del artículo 18 apartado 2, y estas son las “obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”.¹⁸ Aquí de nuevo, y como ya hemos tratado, aparecen las prohibiciones para contratar en el art. 60.1 letras b) y d), y en el actual TRLCSP ya está transpuesta la pretensión de la Directiva dándole un carácter imperativo, suponiendo además un gran paso la aparición de la letra d respecto a la exigencia de cumplimiento de la normativa de discapacidad en el ámbito laboral.

Otra cuestión a destacar es la imposición al órgano de contratación la obligación de introducir las consideraciones de tipo social, pero se le deja en libertad para que pueda decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución.¹⁹ En ambos casos, su introducción debe estar supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar. No obstante, no se contemplan, posteriormente a lo largo del articulado del Anteproyecto de manera específica, mecanismos de verificación de la inclusión de dichas consideraciones

¹⁷ Resultando así la versión vigente y modificada del art. 60.1 a): “Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, fraudes, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado”.

¹⁸ Conviene al mismo tiempo mencionar al Considerando 101 de la Directiva 2014/24: “Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad (...)”.

¹⁹ Vid. Exposición de motivos del Anteproyecto.

sociales en los procedimientos, así como tampoco mecanismos de seguimiento sobre el grado de su cumplimiento en su desarrollo contractual. En relación a las condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 118 TRLCSP y art. 200 del Anteproyecto), su redacción es casi idéntica, sólo resaltar la acertada referencia a “*hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*” una norma ratificada por el estado español, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde mayo de 2008, y que, desafortunadamente, no aparece mencionada en el TRLCSP.

Respecto a los contratos reservados como ya se analizó, se produjo una modificación del TRLCSP posterior al Anteproyecto, por lo tanto también se ha adaptado la Directiva 2014/24/UE al ordenamiento jurídico español.

Tanto para las reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas (art. 117 TRLCSP, art 126 Anteproyecto) como en las garantías de accesibilidad para personas con discapacidad (Disposición Adicional decimoctava TRLCSP, Disposición Adicional decimonovena Anteproyecto) se corrige y se actualiza la norma a la que se debe tomar como referencia para tomar como definición respecto a los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos, que es el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

3. Dictamen del Consejo Económico y Social de España sobre el Anteproyecto.

Con fecha de 24 de abril de 2015 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social de España²⁰ el escrito del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.1.1 a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social, que el CES emitiera Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Dicha solicitud fue trasladada a la Comisión de Trabajo de Economía y Fiscalidad para la elaboración de una propuesta de Dictamen, el cual se hace público en Sesión ordinaria del Pleno el 25 de junio de 2015. Procedemos a resumir en dos bloques lo que refleja la literalidad de dicha proposición en lo que respecta al objeto de nuestro análisis:

A) Consideraciones respecto a la corrupción en la contratación pública.

El CES está firmemente convencido de que la corrupción socava las instituciones, provoca desafección ciudadana respecto a los poderes públicos, y pone en cuestión el Estado de Derecho. Además, desde una perspectiva económica, estas prácticas fraudulentas falsean la competencia y provocan un aumento injustificado del coste de provisión de los bienes y servicios públicos. Por todo ello, comparte la preocupación por garantizar que los procedimientos contractuales se desarrollen con las máximas garantías de transparencia e igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores para evitar el fraude y el favoritismo.

Sin embargo, a juicio de este Consejo, la reforma no aborda el grave problema de la corrupción en la contratación pública con la suficiente ambición y profundidad, desaprovechando la ocasión para introducir de manera transversal cuantas disposiciones, procedimientos y cautelas sean necesarios para prevenir eficazmente desde el Derecho administrativo la aparición de prácticas desviadas del interés general.

²⁰ En adelante, CES.

El CES entiende que, para evitar que quede reducido a una mera declaración de intenciones, sería necesario introducir mucha mayor concreción y regular expresamente el tipo de medidas que los órganos de contratación deben arbitrar para evitar estas situaciones.

En particular, la norma debiera establecer de manera reglada y expresa los supuestos de prohibiciones para formar parte de los órganos de contratación, de manera que se excluya de participar en el procedimiento, en todas sus fases, a los cargos políticos o empleados públicos que incurran en conflicto de intereses. Dicha consideración del CES ha sido en parte atendida reforzando las prohibiciones al introducir nuevas figuras delictivas relacionadas con corrupción y mala praxis del funcionariado que no se encontraban en el Anteproyecto y que desde octubre de 2015 ya se incorporaron al cuerpo del TRLCSP.

Por otro lado, debería establecer la obligación de dar publicidad a las deliberaciones y los informes de los órganos de contratación, omitiendo en todo caso la información de las empresas licitadoras que pueda ser comprometida desde el punto de vista comercial, lo que obligaría a objetivar los criterios de adjudicación y las baremaciones.

B) Consideraciones respecto a criterios sociales.

El CES menciona el, a su juicio, desacertado tratamiento dado en los textos legales a la manera de garantizar el cumplimiento de las normas sociales, laborales y medioambientales, a pesar de la declaración de intenciones expresada en los propios anteproyectos. Se detectan omisiones y deficiencias importantes a la hora de hacer referencia a la necesidad de respetar las normas sociales, laborales y medioambientales. En los casos en los se podría haber incluido un mayor compromiso con este tipo de normas, la redacción final de los preceptos no ha sido acertada, a juicio del CES.

Igualmente, el Consejo considera que en los procesos de contratación deberá tenerse en cuenta el posible impacto de este tipo de criterios sobre la capacidad de las pymes a la hora de participar en los procesos de contratación pública.

En definitiva, el CES quiere subrayar que la mejora de las condiciones medioambientales, sociales y laborales debe promoverse a través del sistema de contratación pública y quedar garantizada en todas sus fases y cumplirse por todos los licitadores.

IV. CONCLUSIONES

La contratación pública, es de naturaleza horizontal, es decir, no es un fin en sí misma, es instrumental; la compra pública no es una política pública neutra, tiene su carga ideológica y su impacto en el mercado, está al servicio de variables como el fomento de pymes, de la innovación, del carácter social, medioambiental, etc. Cuestiones (cláusulas sociales) que debiera tener en cuenta siempre el poder adjudicador –siempre que estén

vinculadas al objeto del contrato—, además del criterio clásico de selección de la oferta económicamente más ventajosa²¹.

A pesar de que con las Directivas de cuarta generación se pretende fortalecer la presencia de los criterios sociales en la contratación, parte de la doctrina considera que se debe aprovechar la transposición en los diversos ordenamientos jurídicos estatales para instaurar un verdadero modelo de políticas sociales, cuestión que con el Anteproyecto no se ha hecho. No hay una política sistemática de acercamiento de la contratación pública al tercer sector, sería deseable la creación de un observatorio o un consejo social de la contratación pública española, en el que se dé cabida un debate con las asociaciones de colectivos de exclusión social, asociaciones empresariales, entidades locales, autonómicas y estatal para establecer unos criterios comunes y consensuados para adoptar una acción social potente. No basta con la pretensión de excluir de la contratación a quienes incumplen con la normativa sobre discapacidad, debería darse un paso más ya que en la práctica no se obliga al órgano contratante la inclusión en los pliegos de la documentación que certifique tal cumplimiento, como ya se ha expuesto.

La contratación pública debe estar liderada realmente por el principio de integridad, incluido de manera muy acertada en el Anteproyecto, cuya antítesis es la corrupción, y que simplemente supone la gestión con honestidad y transparencia de los recursos públicos encomendados por la sociedad.

Como ya se expuso con anterioridad, el TRLCSP ha tenido modificaciones de su contenido con posterioridad a la publicación en abril del borrador del Anteproyecto, y dichas modificaciones se realizaron con la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social. Con la primera ley se modifican los arts. 60 y 61, lo concerniente a las prohibiciones para contratar, lo que significó transponer lo expuesto en el artículo 57; y con la segunda ley se modifica lo relativo a los contratos reservados, lo que significó transponer lo expuesto en el artículo 20 y el Considerando 36.

Es, por lo tanto, loable y reseñable que se acometieran esas reformas y que tangencialmente abordasen criterios éticos y de la discapacidad sin tener que esperar a la aprobación futura del Anteproyecto. Sobre todo habiendo un final de 2015 con un proceso electoral a las Cortes Generales en el que era previsible una incertidumbre en el resultado de la configuración parlamentaria de principios de 2016. No obstante, y con el criterio del CES no se aborda el grave problema de la corrupción y de los conflictos de intereses con la suficiente ambición y profundidad y tampoco la plena implementación de una contratación pública socialmente responsable.

Al hilo de ese mencionado abordaje insuficiente, cabe mencionar, para concluir, al Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE, de febrero de 2014²², en el que en su análisis conclusivo, respecto a lo que se refiere a la adopción de posibles nuevas medidas por los Estados miembros, se apuntan las siguientes recomendaciones generales que podríamos resumir para una

²¹ Vid. STJUE de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes/Holanda*, y la STJUE de 26 de septiembre de 2000, *Nord-Pas-de-Calais(Comisión/Francia)*.

²² http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_es.pdf

contratación pública menos corrupta y, por ende, más ética y cumplidora con el interés general o social, y son las que siguen: Necesidad de un uso sistemático de las evaluaciones de riesgos de corrupción en la contratación pública; aplicación de altos estándares de transparencia para la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos; refuerzo de los mecanismos de control interno y externo de la totalidad del ciclo de contratación, así como durante la ejecución de los contratos; garantizar una visión de conjunto coherente y concienciar sobre la necesidad y el conocimiento de la prevención y detección de las prácticas corruptas en todos los niveles de la contratación pública; y, fortalecer los regímenes sancionadores.