

Cláusulas Sociales y Licitación Pública: Análisis Jurídico

Susana Rodríguez Escanciano

Instituto Andaluz de Administración Pública | Premios Blas Infante 2008



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CLÁUSULAS SOCIALES Y LICITACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS JURÍDICO

Trabajo galardonado con el Premio Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública, en su XII Edición, en su modalidad B, sobre “La Administración Pública, su organización, funciones, modernización de las técnicas de gestión del servicio público y aplicación de nuevas tecnologías, incluyendo estudios de ámbito internacional”

**CLÁUSULAS SOCIALES Y LICITACIÓN PÚBLICA:
ANÁLISIS JURÍDICO**

Susana Rodríguez Escanciano

Instituto Andaluz de Administración Pública

Sevilla - 2009

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana
Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico / Susana Rodríguez
Escanciano. – 1ª ed.

Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009

362 p. ; 24 cm. – (Estudios)

Trabajo galardonado con la modalidad B del Premio Blas Infante de Estudio
e Investigación sobre Administración y Gestión Pública, en su XII Edición.

D.L. SE-xxxx-2009

I.S.B.N. 978-84-8333-452-2

Contratación administrativa . – Derecho Social . – Derecho comunitario .
Instituto Andaluz de Administración Pública .

351.712.2

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O
PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL
TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: CLÁUSULAS SOCIALES Y LICITACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS JURÍDICO

AUTORA: Susana Rodríguez Escanciano

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias
de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.

ISBN: 978-84-8333-452-2

Depósito Legal: SE-xxxx-2009

| ÍNDICE

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	11
I. LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTEXTO ECONÓMICO ACTUAL: EL AUGE DE LAS TÉCNICAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS QUEHACERES PÚBLICOS	17
II. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL FOMENTO DE COMPORTAMIENTOS EMPRESARIALES BENEFICIOSOS PARA EL INTERÉS GENERAL	21
III. LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES	27
1. LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DESEMPATE DE CONTENIDO SOCIAL	29
1.1. Requisitos	31
1.1.1. Previsión en el pliego de condiciones particulares	31
1.1.2. Equivalencia entre ofertas	35
1.2. Sujetos beneficiarios	36
1.2.1. Empleadores con minusválidos en sus plantillas	36
A) Antecedentes	37
B) Justificación	39
C) El sistema de cupo indirecto	44
a) Naturaleza jurídica empresarial	47
b) Porcentaje de reserva	49

c) La consideración de discapacitado	51
d) Acreditación	61
e) Alcance	62
D) Alternativas	63
a) Prohibiciones para contratar	63
b) Prescripciones técnicas y accesibilidad universal	66
c) Centros especiales de empleo	72
d) La cláusula de progreso	76
e) Las exigencias del diseño para todos	78
1.2.2. Empresas de inserción	79
A) Apunte sobre su régimen jurídico	83
B) Los colectivos marginados	88
C) La intervención de los servicios sociales	94
1.2.3. Entidades sin ánimo de lucro	96
1.2.4. Organizaciones de comercio justo	104
2. SU ACOMODO A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	110
3. SU COMPATIBILIDAD CON LOS DISTINTOS SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN	116
4. OTROS POSIBLES CRITERIOS DE PREFERENCIA DE CONTENIDO SOCIAL	120
4.1. La materialización del principio de no discriminación laboral por razón de sexo. La incidencia de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres	122
4.2. La sensibilidad empresarial en materia de conciliación de la vida laboral y familiar	134
4.3. La tutela de la violencia de género	145
4.4. El diseño de una política empresarial responsable en materia de gestión de personal	152
IV. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INCLUIR PARÁMETROS SOCIALES EN OTRAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN	157
1. COMO CRITERIOS DE VALORACIÓN	158
2. COMO CONDICIONES DE EJECUCIÓN	170

V. A MODO DE CAJÓN DE SASTRE: LA BATALLA POR LA JUSTICIA SOCIAL DESDE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO	175
1. LIMITACIONES EN EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN COMO MEDIDA DE FOMENTO DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO ..	176
2. LA ACREDITACIÓN DE SOLVENCIA TÉCNICA Y SU INCIDENCIA EN LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO	186
3. LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL COMO GARANTÍA EN EL MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES ANTE LA NOVACIÓN DEL ADJUDICATARIO	196
4. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES IMPLICADOS EN UN PROCESO DE SUBCONTRATACIÓN	207
4.1. La permisividad administrativa	207
4.2. La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social	212
5. EL ¿VETO? A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	221
5.1. La realidad jurídica de este tipo de empresas	223
5.2. El pretendido respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público: quiebras	233
5.3. Algunos riesgos, no del todo solucionados, en el reclutamiento directo de personal	237
6. LA ESPECIAL PREOCUPACIÓN POR LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN OBRAS PÚBLICAS	250
6.1. Obligaciones: cúmulo normativo	252
6.1.1. El Real Decreto 171/2004	255
6.1.2. El Real Decreto 1627/1997	256
6.1.3. La Ley 32/2006	259
6.1.4. El Real Decreto 1109/2007	262
6.2. Responsabilidades	263
6.2.1. Incumplimiento de deberes en materia de prevención de riesgos laborales: régimen preexistente	264
A) La polémica expresión “propia actividad”	266
B) El centro de trabajo	273
6.2.2. Régimen particular de imputabilidad en la Ley 32/2006	274

6.3. La posición de la Administración como promotor	277
6.4. La imposición de sanciones	281
7. UNA CUESTIÓN LAMENTABLEMENTE OLVIDADA: EL USO DESVIADO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS	287
VI. RECAPITULACIÓN	297
VII. BIBLIOGRAFÍA	317

| **ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS**

EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
LBRL	Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 7 de abril
LCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos

LISOS	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social
LJCA	Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres
LPIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSC	Ley 32/200, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en la Construcción
RCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RDLCS	Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre
AA	Revista Actualidad Administrativa
AJDA	Revista Actualidad Jurídica de Derecho Administrativo
AL	Revista Actualidad Laboral
AS	Revista Aranzadi Social
ATCo	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CC.AA.	Comunidad(es) Autónoma(s)

CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
Cont-Admtivo	Contencioso-Administrativo
CP	Código Penal
DA	Revista Documentación Administrativa
DL	Documentación Laboral
GDLRI	Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
JA	Revista Justicia Administrativa
MAP	Ministerio para las Administraciones Públicas
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTI	Ministerio de Trabajo e Inmigración
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
PJ	Revista Poder Judicial
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
RD	Real Decreto
RD-Ley	Real Decreto-Ley
RDP	Revista de Derecho Público
RDS	Revista de Derecho Social
RDT	Revista de Derecho del Trabajo
REALA	Revista Española de Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
REP	Revista de Estudios Políticos
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local

RGD	Revista General de Derecho
RGAP	Revista Gallega de Administración Pública
RGDS	Revista Gallega de Derecho Social
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIT	Revista Internacional del Trabajo
RJC	Revista Jurídica Catalana
RL	Revista Relaciones Laborales
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS	Revista de Política Social
RSS	Revista de Seguridad Social
RTL	Revista Técnico Laboral
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
RTSS (CEF)	Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
RXG	Revista Xurídica Galega
STCo	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCo	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
AA.VV.	Autores Varios
Ar.	Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia)
art./s	artículo/s
cit.	citado

D	Decreto
ed.	edición
<i>et alii</i>	y otros
JUR	Jurisprudencia <i>WestLaw</i>
LO	Ley Orgánica
O	Orden
pág./s	página/s
RD	Real Decreto
s/a	sin año
ss.	siguientes
T.	Tomo
TOL	Jurisprudencia <i>Tirant on Line</i>
Vol.	Volumen

I | LA ADMINISTRACIÓN EN EL CONTEXTO ECONÓMICO ACTUAL: EL AUGE DE LAS TÉCNICAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS QUEHACERES PÚBLICOS

Los contornos del sector público, sobre todo cuando los órganos gubernativos intervienen en el mundo de lo económico gestionando servicios para la comunidad y realizando actividades semejantes a las desempeñadas por los particulares, no están ni mucho menos definidos. Antes al contrario, partiendo de que la Administración se encuentra inmersa en un proceso de transformación, uno de cuyos efectos es la “desburocratización” de muchos de sus quehaceres, la consecuencia a seguir es una cascada de supuestos de privatización total o parcial de sus cometidos¹.

Las exigencias de mayor competitividad derivadas del actual modelo mundial o globalizado inducen así, por una parte, a reducir el peso de lo público en el conjunto de la Economía y, por otra, a aumentar significativamente la eficacia y eficiencia de la Administración, de la cual se reclaman estándares de funcionamiento similares a los de la empresa ordinaria². “Un dogma ha sido expulsado por otro. Ayer el control público de los servicios esenciales se consideraba como una condición *sine qua non* de la contratación del interés general. Hoy es en nombre de éste (la razón por la) que se quiere dar el control de aquéllos al sector privado”³.

¹ VILLAR ROJAS, F. J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, pág. 336.

² VILLAR PALASÍ, J. L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pág. 262.

³ SUPIOT, A.: “Prólogo”, a la obra de GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2004, pág. 17.

Se trata de una de las muestras de la denominada “huida del Derecho Administrativo”⁴, operando a través de la sustitución de las estructuras tradicionales de gestión directa por otras indirectas a través de las cuales los Entes públicos transmiten a entidades de Derecho privado tareas o actividades de un ámbito del ordenamiento a otro distinto con el fin de conseguir la oportuna “optimización del bienestar social”⁵. “Modernizar”, e ahí la clave; este es el contexto adecuado para hacer florecer la privatización de actividades administrativas⁶.

A partir del norte trazado por la eficacia, no se trata de cuestionar la posible existencia de una reserva al sector público de recursos esenciales (el hecho de que el Estado deba recurrir a la propia sociedad para garantizar funciones propias del mismo convierte la cuestión en un “encuentro de paradojas”⁷), ni menos aún de un servicio público (profundamente vinculado a la “reserva de Administración” y a la iniciativa gubernativa en la actividad económica)⁸, sino de adentrarse en los márgenes adjudicados a la gestión para descubrir cómo “podrá hacerlo indirectamente mediante contrato, siempre y cuando el cometido tenga un contenido económico susceptible de explotación por empresarios particulares”⁹. El límite quedará fijado en una frontera inamovible (aun cuando en algunos supuestos su oscuridad, buscada a propósito, obligará también aquí a “levantar el velo”¹⁰): “en ningún caso podrán prestarse mediante gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”, situados por los estudios más acabados de la doctrina en las actividades de policía; legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado; Seguridad Social; medios de comunicación y centros educativos (en estos dos últimos casos, por cierto, los arts. 20.3 y 27 CE impedirán su

⁴ Entre muchos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, *RAP*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss. ó DEL SAZ CORDERO, S.: “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas”, *RAP*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

⁵ MARTÍN MATEO, R.: *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, 1988, págs. 154 y ss.

⁶ PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *DA*, núms. 218-219, 1989, pág. 23.

⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. V, Madrid, 1991, pág. 3.840.

⁸ LÓPEZ GUERRA, L.: “Funciones de gobierno y dirección política”, *DA*, núm. 215, 1988, págs. 15 y ss.

⁹ TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, pág. 272.

¹⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, *REALA*, núms. 274-275, 1997, págs. 380 y ss.

privatización absoluta)¹¹. De este modo, cuanto queda extramuros de la reserva de autoridad no deja de ser servicio público, en tanto responda a un interés merecedor de igual calificativo (si aquél desaparece entrará a formar parte de las mencionadas “actividades en nada diferentes a las realizadas por los particulares”, y cualquier cupo previo podrá ser abandonado a la dirección bajo forma privada)¹², pero sí admitirá técnicas de llevanza indirecta mediante contrato o de gestión pública sometida al mercado y sus leyes¹³, en virtud de las cuales la Administración actúa en el mercado de los bienes y servicios proporcionando prestaciones a los administrados a través de empresas especializadas¹⁴. Tal fenómeno, creciente en los últimos tiempos, no puede ser planteado como una mera alternativa del ordenamiento público frente al Derecho Civil-Mercantil-Laboral, habida cuenta sería encerrar la polémica en un prurito academicista difícil de resistir. Consiste más bien en medir la verdadera dimensión de reacción a la que conduce el movimiento pendular desde uno hacia otro, para tratar de averiguar el eje justo de la rotación sin caer en los extremos de una extensión incontrolada del ordenamiento público capaz de ahogar la iniciativa privada, o de una restricción de aquél a partir del cual impedir a la Administración desempeñar eficazmente la labor social a la que está llamada¹⁵.

En esta tensión patente tercia de manera decisiva y decisoria un quehacer necesitado de urgente recuperación frente al desconcierto y desmoronamiento en que la Administración se va sumiendo, fragmentaria y asistemáticamente, al compás de contrarias reacciones y adaptaciones frente a los problemas; con expansión, en todo caso, del paradigma privado (de naturaleza económica) hasta el reducto nuclear del Estado-poder, no en vano los Entes públicos necesitan “justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, precisan la legitimación proveniente de la eficiencia en la resolución de los problemas sociales”¹⁶. El contrato es, así,

¹¹ SORIANO GARCÍA, J. E.: *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, 1993, págs. 35 y ss.

¹² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pág. 20.

¹³ VILLAR ROJAS, F. J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, págs. 33 y ss.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 11ª edición, Madrid, 2002, pág. 647.

¹⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP*, núm. 144, 1997, pág. 14.

¹⁶ PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *DA*, núms. 218-219, 1989, págs. 16 y ss.

un instrumento indispensable en la actuación de la Administración pública, para la cual no puede ser indiferente la conducta del contratista, sujeto privado, que, a su vez, asume la posición de empleador respecto de los trabajadores a su servicio o la de futuro dador de ocupaciones a la hora de acometer el encargo público. No puede extrañar, por tanto, que la legislación de contratos administrativos haya mostrado preocupación por la lucha contra la corrupción, la persecución del fraude y las prácticas contractuales irregulares, intentando asegurar el respeto y cumplimiento de la legalidad “social” frente a los trabajadores, materia también de interés público¹⁷.

¹⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *RL*, núm. 4, 2008, pág. 3.

II | LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL FOMENTO DE COMPORTAMIENTOS EMPRESARIALES BENEFICIOSOS PARA EL INTERÉS GENERAL

Con tal sólido asiento y exigencia, procede dar un paso más para señalar cómo aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la verdad es que la utilización de la “modulación teleológica” de las reglas de la contratación administrativa tiene un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial¹⁸. No cabe duda de que las Administraciones públicas pueden condicionar a las empresas a que observen determinados comportamientos (sin obligarles coactivamente a ellos), utilizando el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten programas o actuaciones que los poderes públicos desean fomentar¹⁹, pudiendo hablar incluso de “una responsabilidad social de la contratación pública”²⁰.

A nadie se le escapa que el problema del empleo y, más concretamente, la búsqueda y pérdida del mismo, supone una de las cuestiones más acuciantes con que se

¹⁸ Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón.

¹⁹ MORENO MOLINA, A. M.: “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, pág. 206.

²⁰ BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. monográfico, 2008, pág. 214.

enfrentan las sociedades industrialmente avanzadas como es el caso de la española, no en vano el acceso al mundo laboral es un derecho básico y una de las formas más positivas para lograr la integración social y la vida autónoma de las personas. Partiendo del dato incuestionable de que, en el marco del principio de libertad de empresa (art. 38 CE), la decisión de crear puestos de trabajo descansa sustancial y mayoritariamente en manos privadas, no cabe duda de que corresponde a la acción pública la función instrumental de fomentar o estimular, de facilitar y favorecer en definitiva, aquella iniciativa²¹. La política de empleo “no debe quedarse, por tanto, en una finalidad defensiva o redistributiva, sino que debe orientarse al más ambicioso objetivo de una promoción global de los recursos humanos, tendente a alcanzar el pleno empleo y hacerlo, además, de forma cualitativamente satisfactoria”²². Esta actuación de los poderes públicos sobre el mercado de trabajo, con el objetivo último de procurar la deseada creación de ocupación a la vez que incrementar la estructura ocupacional del sistema productivo en su conjunto, ha adquirido una importancia significativa en los últimos decenios al punto de convertirse “en el tema que concita las mayores inquietudes en el campo del Derecho del Trabajo”²³, materializado básicamente a través de incentivos directos al reclutamiento de trabajadores, normalmente referidos a las “capas débiles” del mercado, bien a través de preferencias en el acceso, bien de subvenciones, bonificaciones y exenciones fiscales o de Seguridad Social para el mismo²⁴.

De esta forma, la atención del legislador laboral hacia los sujetos carentes de un contrato de trabajo, ya sea porque no lo han tenido pero aspiran a alcanzarlo, ya sea porque lo han perdido y tienden a conseguirlo de nuevo, ha crecido de modo extraordinario. De ahí que el Derecho del Trabajo incorpore a sus técnicas normativas un arsenal de medidas de índole económica pero con claras repercusiones jurídicas. Las bonificaciones en las cuotas que abonan los empresarios y trabajadores a la Seguridad Social o las subvenciones por contratación de nuevo personal e incremento de plantilla son, así, novedosos instrumentos de los que el ordenamiento jurídico-laboral, desde la década de los setenta en la mayor parte de

²¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en AA.VV. (MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., Coord.): *Política de empleo y protección social. Segundas jornadas universitarias Tarraconenses de Seguridad Social*, Barcelona, 1996, pág. 25.

²² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid, 1998, pág. 21.

²³ IGLESIAS CABERO, M.: “La gestión privada del empleo”, *AL*, núm. 9, 2000, pág. 119.

²⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, *RL*, 1991, Tomo I, págs. 138 y ss.

los países europeos, se dota para seguir tratando de cumplir su defensa del mundo productivo y en especial de quienes tienen más necesidades de protección²⁵.

Ahora bien, la inserción y reinserción en el mercado de trabajo o la adecuación de la oferta y la demanda de ocupaciones, acompañadas de las oportunas medidas de fomento del empleo de calidad, no sólo pasa a ocupar un primer plano en el campo del Derecho Social, claramente tuitivo o protector en su misma esencia, sino que es una responsabilidad que afecta, en general, a las organizaciones gubernamentales mediante otros posibles ámbitos de actuación, “no en vano el trabajo, antes que otra cosa, es una premisa para que el hombre realice sus valores como individuo, exprese y acreciente su nativa dignidad y sea capaz de participar en la cultura de su tiempo en un sentido más radical, esto es, en la cultura entendida como ámbito insaturable del quehacer humano que le permite construirse a sí mismo como persona”²⁶. Esta actividad prestacional tiene múltiples manifestaciones, para lo cual el ordenamiento jurídico habilita también distintos mecanismos y fórmulas de actuación, algunas de ellas situadas en el límite de las competencias del Derecho Laboral. Entre estas últimas, cobra singular importancia la posible inclusión de las denominadas cláusulas sociales en el proceso de licitación pública, como otro de los instrumentos diseñados por la Administración para la consecución de un ajuste ordenado entre oferta y demanda de actividad extramuros del Derecho del Empleo y, por tanto, del Derecho del Trabajo, pues el primero no constituye sino una rama del segundo. Ello encuentra su fundamento en la propia configuración de España como Estado Social, y supone la exigencia en los procesos de contratación administrativa de requisitos no sólo económicos, sino también de calidad social de obligado cumplimiento por contratistas o concesionarios²⁷.

Es más, las propias instituciones europeas han mantenido (e incluso alentado) la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema de contratación

²⁵ ROJO TORRECILLA, E.: “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 18, 1997, págs. 33-34.

²⁶ RIVERO LAMAS, J.: “El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada”, *TL*, núm. 44, 1997, pág. 4.

²⁷ ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del *haberrante*? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 193.

pública: suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro²⁸. Incluso, la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, reconoce expresamente, en su art. 27, la posibilidad de que el poder adjudicador pueda establecer obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y, por lo que aquí interesa, a la tutela de las condiciones de trabajo o al fomento del empleo²⁹.

En nuestro país, la constitucionalización del Estado social de Derecho conlleva como lógica consecuencia que la Administración no pueda permanecer neutral, limitándose a la defensa de la libertad y de la propiedad individuales en el más puro estilo liberal; antes al contrario, debe ser una Administración que se implique en la sociedad y en el bienestar de los ciudadanos. Este modelo supone, como no podría ser de otra manera, una intervención de los poderes públicos dirigida a ahondar en la justicia social³⁰. Aquéllos no deben limitarse a proporcionar los bienes materiales a los usuarios, sino que más allá de esto, el Estado no abstencionista debe hacer posible “un orden social justo”, capaz de garantizar un nivel mínimo de calidad de vida, según un espectro que va desde el nuclear de la dignidad de la persona y de los derechos de la misma más ligados al desarrollo de su personalidad hasta el más penetrado por las exigencias derivadas de la convivencia social³¹.

Bajo tales premisas, una de las principales novedades introducidas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)³², tal y como señala su Exposición de Motivos, consiste en la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación administrativa consideraciones de tipo social, configuradas “como condiciones especiales de ejecución del contrato o como cri-

²⁸ SSTJCE 380/98, de 3 de octubre de 2000, 94/99, de 7 de diciembre de 2000, 92/2000, de 18 de junio de 2002, 470/99, de 12 de diciembre de 2002 ó 373/00, de 27 de febrero de 2003.

²⁹ URÍA FERNÁNDEZ, F: “Primeras impresiones en relación con el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *La Ley*, 2006, Tomo II, pág. 1.213.

³⁰ QUINTANA LÓPEZ, T.: “La actividad administrativa de prestación. El servicio público. La doctrina clásica del servicio público. Evolución de la doctrina. Nacionalización y municipalización de servicios y actividades”, en AA.VV.: *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1995, pág. 114.

³¹ PAREJO ALFONSO, L.; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998, pág. 606.

³² BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2007.

terios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a los nuevos requerimientos éticos y sociales”. El nuevo texto legal implica, así, una entrada medianamente digna hacia una nueva etapa de la contratación administrativa, que pone el acento no sólo en políticas económicas, sino también sociales transversales, superando paulatinamente las concepciones “clásicas” del contrato administrativo³³. Aun cuando el objetivo de esta Ley, según su art. 1, no es sino el de garantizar la eficiente utilización de los fondos públicos mediante la libertad de acceso a las licitaciones, con publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato, lo cierto es que la consecución del debido respeto de la legalidad social ha pasado a ocupar un lugar importante en el contenido de la misma³⁴. Todo ello, no obstante, con el debido respeto de dos cuestiones fundamentales³⁵:

1. Por una parte, que dichos aspectos sociales tengan vinculación directa con la contratación objeto del concreto procedimiento que se está impulsando, de modo que no se impongan con carácter general, a través de leyes, reglamentos u otro tipo de normas, y que tengan fundamento en la naturaleza de la prestación objeto de la contratación o, en su caso, en sus condiciones de ejecución.
2. Por otra, que la inclusión de estos aspectos sociales por los poderes adjudicatarios en una concreta contratación sea compatible con el Derecho Comunitario, en particular, con las libertades y con los principios de él derivados, tendentes a suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, a proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro³⁶.

Respetando tales limitaciones, con la contratación administrativa no sólo se puede buscar la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la

³³ PÉREZ-ILLZARBE, J. A.: “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, pág. 21.

³⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *RL*, núm. 4, 2008, pág. 5.

³⁵ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 131.

³⁶ MORENO MOLINA, J. A.: “La insuficiente incorporación del Derecho Comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número monográfico, 2008, págs. 49 y ss.

eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios, sino que también se pueden conseguir objetivos sociales capaces de ayudar al incremento del beneficio de la colectividad. En el intento por contribuir a la consecución de la tan anhelada y siempre escurridiza justicia social, debe potenciarse, pues, la inclusión de las cláusulas sociales tanto en la definición del objeto del contrato, como en la ejecución del mismo, pasando por la fase de selección y adjudicación.

Desde tal perspectiva y sin poner en duda en modo alguno la importancia de las políticas y los fines a que va asociada la incorporación de parámetros de tipo social a la hora de valorar y ejecutar las posibles ofertas obrantes en un proceso de contratación pública, pues ello va a “suponer un decisivo avance para facilitar los objetivos que dotan de contenido efectivo a la configuración constitucional del Estado social”³⁷, la verdad es que el presente estudio no pretende, ni podría de ningún modo, agotar el contenido de todas las posibles cláusulas de contenido social que podrían jugar en el marco de la licitación administrativa pública, ni abordar la multiplicidad de materias que su diseño es capaz de suscitar. Antes al contrario, con un objetivo mucho más modesto, se trata de analizar las posibilidades que brinda el nuevo texto legal para materializar el deber de los poderes públicos de impulsar verdaderas políticas sociales, centrando la atención únicamente en aquellas circunstancias que más beneficios van a producir a favor de la colectividad. Con ello no quiere decirse, sin embargo, que la importancia del tema sea menor, sino que un esfuerzo de racionalidad obliga a detenerse únicamente en aquellos aspectos del articulado de la nueva LCSP directamente dirigidos a facilitar el bienestar social de los ciudadanos, estableciendo pautas capaces de afectar no sólo a la coyuntura del mercado de trabajo y de las condiciones de prestación de servicios, sino también, y sobre todo, al problema del empleo, ya sea porque falta a algunos, ya sea porque para muchos es precario e incierto. En el nuevo contexto socioeconómico, el sistema de contratación administrativa puede contribuir de manera realmente eficaz a proporcionar al individuo “sin trabajo”, o con una ocupación “harto precaria”, una ocupación ofertada en condiciones dignas, conformando la libertad de contratación empresarial en el sentido deseado.

³⁷ CES: Dictamen núm. 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Madrid, 2006, pág. 9.

III | LA PREFERENCIA EN LAS ADJUDICACIONES

Como ya consta, bajo una afanosa búsqueda de eficacia³⁸, la Administración pública puede acudir a la hora de prestar servicios a los ciudadanos a la gestión indirecta de los mismos por medio de sujetos privados, quienes, tras un proceso reglamentado abierto a la competencia, asumen la realización material de ciertas parcelas asociadas a las prerrogativas de aquélla, pues “en ningún momento se establece que sea esencial a la noción de servicio público su titularidad y dispensa estatal (mejor, gubernativa en general)”³⁹. En este contexto, el Ente administrativo actúa de manera similar a las empresas ordinarias, descargando en unidades productivas auxiliares determinadas actividades que, aun cuando necesarias para el normal desenvolvimiento de los cometidos que le son propios, no revisten la condición de ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos; la pretensión quedaría situada en reducir costes, riesgos y personal, para concentrar sus recursos en organizar y gestionar otras actividades, de manera fundamental aquéllas no susceptibles de desconcentración productiva. Como con acierto se ha dicho, “con ello queda herida de muerte la tesis clásica conforme a la cual el referente debía reunir un triple requisito (institución regida por el Derecho Administrativo,

³⁸ NIETO GARCÍA, A.: “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, en AA.VV.: *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1984, pág. 895; MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990, págs. 17 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “El reto dogmático del principio de eficacia”, *RAP*, núm. 133, 1994, págs. 7 y ss. o AA.VV.: *Efficienza e produttività nelle Pubbliche Amministrazioni: I progetti-pilota i un'occasione fallita?*, Milán, 1991.

³⁹ SALA ARQUER, J. M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en Derecho español)*, Madrid, 1977, pág. 79.

de interés general y sometida a un régimen exorbitante), puesta en cuestión al constatar la presencia de unidades productivas y de prestación de servicios externas (cae el requisito de *établissement public*), que, con carácter privado y no sometidas a ordenamiento alguno a partir del cual sostener privilegios (el “*régimen privilegié*”), gestionan cometidos de interés general”⁴⁰. Lo único permanente es, por tanto, “la nature de l’activité et des conditions juridiques de fonctionnement”⁴¹.

La llamada “externalización” de actividades, “que se ha abierto paso en los Entes públicos, a través de contratos con empresas privadas que ejercen actividades económicas a favor de la Administración por medio de su propio personal, ha conocido, además, en las últimas décadas, un desarrollo sin precedentes”⁴². La crisis de los años setenta, la “terciarización” del sistema productivo y, sobre todo, la incorporación creciente de nuevas tecnologías, han puesto en marcha y acelerado un proceso en el cual los supuestos de gestión indirecta de actuaciones públicas por personas jurídico-privadas a través del mecanismo de la contrata o concesión administrativa han cobrado una importancia muy destacada. Ahora bien, esta privatización en el funcionamiento de un Ente gestor de servicios públicos, unida a la consecuente aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada, no puede conllevar por sí misma la privatización de las relaciones con los administrados. “El régimen jurídico de los servicios públicos genuinamente tales sigue siendo, por tanto, un régimen jurídico-administrativo y a su legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) deben someterse íntegramente los gestores privados, se organicen éstos como fuere, pues la legalidad es en la Norma Fundamental una técnica de garantizar la libertad de los ciudadanos y no simplemente de pautar la organización de los órganos públicos”⁴³.

De este modo, nada impide a los poderes gubernativos atender al bienestar de la sociedad a través del sistema de contratación como una de las técnicas jurídicas más idóneas para proporcionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios particulares en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de fines de interés general. Desde tal perspectiva, una primera manifestación de esta opción legislativa, si bien bastante tenue –como se tendrá ocasión de com-

⁴⁰ MARTÍN REBOLLO, L.: “La administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992, pág. 31.

⁴¹ VILLAR PALASÍ, J. L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, págs. 262-263.

⁴² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 11, 2005, pág. 10.

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Prólogo”, a la obra de SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, pág. 18.

probar—, pudo ya encontrarse en la disposición adicional 8ª de la Ley 35/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, referida a la preferencia en la adjudicación de los contratos a las proposiciones presentadas por aquellas empresas que tuvieran en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100. Tal previsión fue recogida con idéntico tenor literal en la disposición adicional 8ª del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que únicamente se limita a añadir un segundo párrafo en dicha adicional con el fin de otorgar también la misma preferencia a las entidades sin ánimo de lucro. En la actualidad, la LCSP, en su disposición adicional 6ª, manifiesta una mayor sensibilidad a la hora de establecer mecanismos de orientación y corrección de la iniciativa privada en la dirección deseada: el fomento del empleo y la tutela de las condiciones de trabajo de las “capas más débiles” del mercado. Así, permite que las Administraciones públicas incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para ser adjudicatarias no sólo, como ya sucedía antes, a favor de aquellas empresas que tengan un porcentaje de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 de la plantilla (párrafo 1º) y de las entidades sin ánimo de lucro cuyas prestaciones sean de carácter social o asistencial (párrafo 3º), sino también —como novedad— de aquellos empleadores dedicados específicamente a la promoción e inserción de personas en situación de exclusión social (párrafo 2º) o de ciertas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo (párrafo 4º). Tales previsiones serán de aplicación a los contratos de obras (art. 6 LCSP), de gestión de servicios públicos (en cualquiera de las modalidades previstas en el art. 252 LCSP —concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales y jurídicas—), de suministros (art. 9 LCSP), de concesión de obras públicas (art. 7 LCSP), de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 11 LCSP), de servicios (art. 21 LCSP) y también a los contratos privados que celebre la Administración (pues su preparación y adjudicación se rigen por la LCSP —aunque no su extinción y efectos que se regulan por normas de derecho privado, art. 20 LCSP—).

1. LA UTILIZACIÓN DE CRITERIOS DE DESEMPATE DE CONTENIDO SOCIAL

La selección de los contratistas privados por la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretende garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención por la Admi-

nistración, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público⁴⁴. Sin quebrar esta premisa de partida, la disposición adicional 6ª de la LCSP parte del carácter social *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos, a la vista de las características de los sujetos de los que se predica la preferencia en la adjudicación. Se trata, pues, de un precepto legal de capital importancia, no en vano “introduce la consideración de los aspectos sociales en la adjudicación de los contratos públicos, intentando dar satisfacción a un fin de interés general, aunque distinto del que preside la celebración del contrato administrativo en concreto, esto es, un fin público ‘adicional’ al fin principal ‘natural’ del vínculo contractual”⁴⁵.

Incluye, así, una previsión específica que bien podía haber sido recogida en el propio articulado de la LCSP, sin embargo, su especialidad, y acaso su difícil incardinación entre los criterios de capacidad, admisión de licitadores o adjudicación, pudieran justificar su tratamiento singularizado y, por ende, su desplazamiento a la parte final del texto⁴⁶. Tal ubicación es coherente, además, con una técnica legislativa, de moda en la actualidad (pero no por ello menos criticable), en virtud de la cual las disposiciones adicionales asumen gran extensión, incorporando buena parte del contenido que debería tener cabida en el texto articulado⁴⁷.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª edición, Madrid, 2002, pág. 702.

⁴⁵ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas”, *JA*, núm. 20, 2003, pág. 66.

⁴⁶ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1.416.

⁴⁷ La LCSP se estructura del siguiente modo: se separa de la arquitectura adoptada por la Ley 31/1995, basada en un modelo bipolar construido alrededor de una parte general, compuesta por normas aplicables a todos los contratos, y una parte especial, en la que se recogían las peculiaridades del régimen jurídico de los contratos administrativos típicos. Esta sistemática, que constituyó un notable avance técnico respecto de la configuración clásica de la Ley de Contratos del Estado, no resulta, sin embargo, la más adecuada para dar soporte a una norma con el alcance que se pretende para la LCSP, afectada por los condicionantes de regular de forma directa el régimen de contratación de un abanico más amplio de sujetos destinatarios y de hacer posible, desde la misma estructura de la Ley, un tratamiento diferenciado de las normas que son trascripción de disposiciones comunitarias. Así, el articulado de la Ley se ha estructurado en un título preliminar y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de los mismos, la selección del contratista y la adjudicación de los vínculos administrativos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos y la organización administrativa para la gestión de la contratación. A ello hay que añadir la existencia de 32 disposiciones adicionales, 7 transitorias, una derogatoria, 12 finales y 3 anexos (Exposición de Motivos). DORREGO DE CARLOS, A.: “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: retos y oportunidades para la Administración y nuevas empresas”, *La Ley*, núm. 6.934, 2008, pág. 3.

Constituye, en definitiva, una habilitación o autorización a los órganos de contratación de las Administraciones públicas⁴⁸, quienes pueden señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos (con exclusión del resto de los concurrentes al proceso de selección de contratistas) para las proposiciones presentadas por aquellos empleadores que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores minusválidos, así como para las ofertas formuladas por empresas de inserción, por entidades sin ánimo de lucro cuya actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, o por aquellas factorías reconocidas como organizaciones de comercio justo. Estos son los licitadores a los cuales se les puede aplicar la prioridad en la adjudicación del vínculo administrativo, siempre y cuando concurran, además, los condicionantes previstos y exigidos para ello, a los que seguidamente se pasa a hacer referencia.

1.1. Requisitos

Dejando para un momento posterior el análisis de los sujetos dotados de preferencia, procede centrar ahora la atención en las concretas y específicas exigencias de carácter objetivo determinantes del supuesto aplicativo que nos ocupa, principalmente las dos siguientes:

1.1.1. Previsión en el pliego de condiciones particulares

La utilización de esta prioridad en las adjudicaciones requiere de su previsión expresa en el pliego de condiciones particulares del contrato a adjudicar. Atendiendo al soporte contractual que liga al Ente público con la empresa adjudicataria, los pliegos de condiciones generales y particulares definen los derechos y obligaciones que ambas partes asumen como contenido del contrato, formalizado por la presentación de la proposición y la consecuente adjudicación al concesionario⁴⁹.

Los pliegos de condiciones generales contienen las declaraciones jurídicas, económicas y administrativas aplicables, en principio, a todos los vínculos contractuales de objeto análogo, debiendo incorporar los siguientes aspectos: ejecución

⁴⁸ MELERO ALONSO, E. y ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas: fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, págs. 13 y ss.

⁴⁹ Informe número 71/99, de 11 de abril de 2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado.

del contrato y sus incidencias; derechos y obligaciones de las partes y régimen económico; modificaciones del vínculo administrativo, supuestos y límites; resolución; extinción del contrato, recepción, plazo de garantía y liquidación (art. 66 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –RCAP–)⁵⁰. Su objetivo es garantizar “cláusulas contractuales de salvaguardia que, ya experimentadas, pongan a la Administración a salvo de sorpresas desfavorables, evitando la heterogeneidad de obligaciones que surgirían si cada autoridad competente pudiera acordar contenidos contractuales absolutamente diversos”⁵¹. La función que asumen en los contratos públicos los pliegos de cláusulas administrativas generales es, a la postre, la de procurar una cierta homogeneidad o uniformidad en el contenido de los que de un tipo concreto celebre una Administración atendiendo a la multiplicidad de órganos contratantes⁵², razón por la cual para su aprobación, por la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas o por las Entidades Locales, es preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la correspondiente Autonomía Territorial si lo hubiera.

Los pliegos de condiciones particulares, por su parte, definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones específicos del contrato a celebrar, de cuyo contenido forman parte tras la adjudicación (art. 99.2 LCSP)⁵³. Estos pliegos determinan la dinámica de la relación contractual en la medida en que se convierten en cláusulas del contrato⁵⁴ y son aprobados por el órgano de contratación⁵⁵. Pueden ser definidos como los actos administrativos aprobados por la Administración antes de la perfección del vínculo contractual en los que quedan fijados los términos conforme a los cuales éste debe ser cumplido ya que se explicitan en ellos las condiciones que definen los derechos y obligacio-

⁵⁰ TORNOS MAS, J.: “De las actuaciones relativas a la contratación”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 282.

⁵¹ VILLAR PALASÍ, J. L. y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983, pág. 73.

⁵² VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 1.161.

⁵³ SSTS, Cont-Admtivo, 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

⁵⁴ SSTS, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

⁵⁵ MANTECA VALDELANDE, V.: “La legalidad de los pliegos en la contratación pública”, AA, núm. 20, 2008, págs. 5 y ss.

nes de cada una de las partes⁵⁶. Se trata, pues, del “documento base del contrato con arreglo al cual éste ha de ser cumplido”⁵⁷.

Debido a su permanencia y supletoriedad⁵⁸, los pliegos de condiciones administrativas generales han sido equiparados en ocasiones a verdaderas normas jurídicas de derecho voluntario⁵⁹, pero, en realidad, no pasan de ser cláusulas típicas cuya obligatoriedad no nace *ex lege* sino *ex contractu*, al amparo del principio de libertad de contratación⁶⁰. Precisamente su naturaleza contractual, que no reglamentaria, explica la posibilidad de que los pliegos de condiciones particulares los modifiquen, sin otro requisito que el preceptivo informe previo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (art. 99.5 LCSP)⁶¹. Como es lógico, los pliegos de condiciones particulares reguladoras de los contratos tampoco tienen naturaleza reglamentaria, pues carecen de las notas de generalidad y permanencia temporal necesarias⁶², pero a ellos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios, cuya presentación ante el órgano de contratación supone la aceptación incondicional de sus cláusulas e incorporados al vínculo contractual como anexo del mismo constituyen el marco expreso que ha de regir las relaciones jurídicas bilaterales⁶³. Precisamente, por ello, cobra pleno sentido la inclusión de la preferencia aquí analizada en estos últimos.

Esto significa, de un lado, que todos los empresarios han de conocer, antes de formular sus proposiciones, que éstas pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios (permítase la reiteración, empleadores con trabajadores minusválidos en sus plantillas, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro o corporaciones reconocidas como organizaciones de comercio justo), y, de otro, que la Administración contratante va a quedar vinculada a la aplicación de

⁵⁶ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, cit., pág. 1.163.

⁵⁷ MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura de los contratos públicos*, Madrid, 2008, pág. 183.

⁵⁸ SSTS, Cont-Admtivo, 21 diciembre 1988 (Ar. 10220) y 7 junio y 26 septiembre 1989 (Ar. 4515 y 6703).

⁵⁹ STS, Cont-Admtivo, 16 marzo 1998 (RJ 2172).

⁶⁰ STS, Cont-Admtivo, 6 mayo 1992 (RJ 4273) e Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/1996, de 20 de marzo de 1997, 71/1999, de 11 de abril de 2000 y 29/2000, de 30 de octubre de 2000.

⁶¹ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 213.

⁶² ATS, Cont-Admtivo, 24 julio 1995 (RJ 6097).

⁶³ SSTS, Cont-Admtivo, 25 julio 1989 (RJ 6111), 21 enero 1994 (RJ 144) y 28 noviembre 2000 (RJ 9625).

esta preferencia cuando concurren los colectivos mencionados y se cumplan los requisitos que establece la presente norma⁶⁴. Lo decisivo es, pues, que la prioridad se incorpore al contrato a través del pliego y sea obligatoria así para Administración y licitadores⁶⁵.

Dicho de otra manera, no existe un derecho subjetivo de los sujetos cualificados a la utilización por la Administración contratante de esta preferencia en la adjudicación, pero si ésta se acuerda y, por tanto, se incluye en el pliego de condiciones, sí surge una firme prerrogativa para su aplicación por parte de los colectivos beneficiarios concurrentes si se dan las demás circunstancias y requisitos establecidos en las norma. La decisión de utilización o no de la preferencia en la adjudicación resulta así una potestad discrecional, que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano de contratación competente para la aprobación del pliego de condiciones particulares, que es el que ha de incluir o no la preferencia aquí analizada⁶⁶.

El legislador ha querido dejar libertad al órgano de contratación para que, contrato por contrato (de ahí la referencia a los pliegos, pues, aunque sean modelos tipo y se reiteren en distintos procedimientos de contratación, deben concretarse para cada uno de ellos), pueda establecer la preferencia adjudicataria que estatuye la disposición adicional 6ª de la LCSP. Por tal razón, un hipotético reglamento que impusiese con carácter general la inclusión de la comentada cláusula en los pliegos de condiciones podría entrar en colisión con la letra y el espíritu de la norma aquí analizada, no en vano lo que pretende el redactor de la Ley es que, para cada contrato, en función de las circunstancias particularmente concurrentes, el órgano de contratación aprecie la necesidad o conveniencia de incluir la tan comentada preferencia.

Por lo mismo, tampoco cabe que una instrucción u orden de servicio pueda establecer una previsión en el sentido aquí analizado. Comienza a ser una práctica bastante extendida la aprobación por los órganos de contratación de instrucciones dirigidas a quienes intervienen en la configuración del expediente de contratación, en las cuales se incluyen los criterios de adjudicación que habrían de tomarse en consideración en los concursos. Ahora bien, la vinculación para las partes

⁶⁴ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1.167.

⁶⁵ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 1.426.

⁶⁶ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.167.

de la preferencia aquí estudiada no derivaría de la inclusión en la propia instrucción sino en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. La instrucción, en cuanto mecanismo concebido para potenciar el principio administrativo de jerarquía organizativa, sólo obliga a los inferiores jerárquicos de quien la aprueba, pero no a terceros ajenos a la Administración. Las instrucciones son aprobadas por el órgano de contratación, el mismo que aprueba los pliegos de cláusulas, pero la vinculación deriva –permítase la reiteración– de la inclusión en el correspondiente pliego⁶⁷.

En definitiva, la omisión en el pliego de condiciones particulares de la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de los licitadores mencionados en la disposición adicional 6ª de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurren todos los demás requisitos, tanto objetivos como subjetivos, previstos en la norma.

1.1.2. Equivalencia entre ofertas

Además de estar incluida la preferencia, como condición *sine qua non* en el pliego de condiciones administrativas particulares, es necesario que acaezca un segundo condicionante: la proposición a la que se califique como preferente ha de contener una oferta que iguale a otra u otras de las presentadas, de entre las que resulten las más ventajosas por aplicación de los criterios objetivos de adjudicación establecidos en el contrato en cuestión.

La preferencia en la adjudicación establecida en la disposición adicional aquí analizada queda reducida en su marco de aplicación por la exigencia de este requisito de equivalencia atendiendo a dos razones fundamentales: De un lado, la encomienda del contrato a los sujetos cualificados a los que va destinada únicamente se materializará cuando haya un empate entre la proposición formulada por alguno de éstos y las ofertadas por otro u otros sujetos concurrentes, motivo por el cual si la proposición presentada por alguno de los beneficiarios resulta menos ventajosa respecto de las formuladas por otros licitadores no cualificados, decae la aplicación de la preferencia y, por tanto, deberá adjudicarse el contrato a la proposición más ventajosa, con independencia del sujeto que la formule. De otro, si la proposición presentada por alguno de los colectivos cualificados es, por sí misma, la más meritoria, tampoco es de aplicación la preferencia aquí establecida,

⁶⁷ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.427.

ya que en este caso la adjudicación debe obedecer a la mayor ventaja intrínseca en la oferta y no a la actuación de la preferencia determinada por la cualificación de los sujetos proponentes⁶⁸.

Como no podría ser de otra manera, la valoración de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas se ha de hacer atendiendo a las reglas objetivas de selección de contratistas, que serán las que resulten aplicables a cada contrato concreto, en función del procedimiento, forma y criterios de adjudicación determinados en los pliegos de condiciones particulares del vínculo contractual en cuestión. Y es que la preferencia analizada no es en modo alguno un criterio de adjudicación del contrato; antes al contrario, los parámetros de adjudicación deben ser objetivos, lo cual implica fundamentalmente dos consecuencias: primera, que no deben ser discriminatorios sino que han de estar dirigidos a garantizar la mayor imparcialidad en la selección del contratista; segunda, que deben valorar el objeto no el sujeto, tomando en consideración la propia oferta, no las especiales condiciones subjetivas de una u otra empresa licitadora⁶⁹. Se trata, pues, de un mero parámetro de desempate entre aquellas ofertas más ventajosas.

1.2. Sujetos beneficiarios

La propia disposición adicional sexta de la LCSP agrupa los destinatarios de la preferencia en la adjudicación del contrato en cuatro órdenes distintos, cuya cualificación viene determinada por el interés social, que de uno u otro modo deriva de sus características. Al estudio de todos ellos se dedican las páginas siguientes:

1.2.1. Empleadores con minusválidos en sus plantillas

El primero de estos cuatro grupos de sujetos cualificados, de los que les es predicable la preferencia en la adjudicación del contrato, viene integrado por aquellas empresas, tanto de naturaleza pública como privada, que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 de la cuantía total de los que integren la misma (párrafo 1º de la disposición adicional sexta LCSP).

⁶⁸ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.167.

⁶⁹ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.423.

A) Antecedentes

Esta previsión ya estaba incorporada al texto (entonces en el párrafo primero de la disposición adicional 8ª) de la LCAP y contaba con el mismo carácter potestativo⁷⁰, lo cual no ha dejado de ser criticado desde ciertos sectores⁷¹. Dos diferencias de matiz merecen ser, no obstante, señaladas: En primer lugar, ahora se hace referencia a un porcentaje “superior” al 2 por 100; antes se utilizaba la expresión “no inferior”, debiendo entender incluidas, en aquel momento, dentro del marco de actuación de la preferencia en la adjudicación del contrato administrativo a aquellas empresas que contaran con una cuota de minusválidos no sólo “por encima” sino también “igual” al mencionado parámetro. La nueva versión de la LCSP limita esta última posibilidad, siendo necesario, en todo caso, que la cuota de trabajadores discapacitados sobrepase el umbral reseñado.

En segundo lugar, se ha sustituido el término “trabajadores minusválidos” por el de “trabajadores con discapacidad”. Se trata de una mera distinción de carácter léxico, con el fin de adaptar el tenor legal a las nuevas tendencias de tutela de este colectivo, manifestadas, sobre todo, en la Directiva 2000/78 y en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Desde la promulgación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), que desarrolla el art. 49 CE, hasta el momento presente, se ha ido recorriendo un largo camino en el que se ha pasado de hablar de disminuidos, minusválidos o deficientes a sustituir estos términos por los de “personas con discapacidad o déficit de ciudadanía”. Ello supone, por tanto, cambiar el concepto de persona con problemas que necesita una atención especial por el de ciudadano con especial dificultad para disfrutar derechos constitucionales, novación a la que una Ley actual como la LCSP no puede ser ajena.

⁷⁰ Este carácter se ha transformado en preceptivo en alguna normativa autonómica (entre otras, Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra), y en el propio ámbito estatal en algunos organismos o departamentos ministeriales: por ejemplo, en el Ministerio de Sanidad y Consumo, la Orden de 17 de diciembre de 2001, aprobó una instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras, en la que se expresaba que todos los pliegos aprobados por los órganos de contratación de ese Departamento debían incorporar una cláusula relativa a los criterios de adjudicación en los concursos del siguiente tenor: “en caso de igualdad entre dos o más licitadores, desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación, será preferida la proposición presentada por aquella empresa que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tenga en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la misma”. MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, Madrid, 2007, pág. 534.

⁷¹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: “Nota sobre los aspectos de discapacidad de las Leyes de Contratación Pública aprobadas recientemente en España”. www.cermi.es.

Es más, el concepto “minusvalía” ha sido definitivamente desterrado del vocabulario jurídico por la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en virtud de la cual las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán referidas a “personas con discapacidad”. Esta nueva perspectiva parte de un encuentro de los valores más profundos de nuestra sociedad. Por lo pronto, el reconocimiento de la dignidad humana pone en jaque y cuestiona todos aquellos tratamientos de las personas con discapacidad guiados de manera preferente por criterios de duro utilitarismo o de rudo pietismo. Una y otra actitud terminan hermanadas en la negación de la dignidad humana de las personas con discapacidad, que quedan reducidas bien a la condición de objetos de cálculo o eficiencia económica bien a la condición de sujetos de segunda categoría, solo aptos para el ejercicio de la compasión emocional o de la caridad material. De su lado, la libertad exige la ruptura de la tradicional asociación entre la discapacidad, especialmente la intelectual, con la falta de competencia para actuar y decidir de acuerdo con criterios fundados en un principio de autonomía. La perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos comporta un planteamiento “mucho más sutil”, que desplaza el eje de atención desde un plano singular (efectos civiles de la incapacidad) a otro más general: la protección efectiva de los intereses de los discapacitados. El tercer valor en juego es la igualdad, entendida no como igualdad formal sino como igualdad de oportunidades; esto es, como implantación de un sistema de organización de la sociedad en la que la integridad de los espacios físicos y de los ámbitos de desarrollo de la persona humana sean accesibles a todos. La igualdad de oportunidades no pretende eliminar las diferencias entre los individuos; lo que exige es la supresión de los obstáculos y barreras de muy variada índole que impiden a todas las personas acceder, disfrutar y ejercer los derechos en situación de equiparación. Y dentro de ellos y de manera muy significativa, en la medida en que es uno de los factores más decisivos de la integración social, el acceso al empleo. El valor de la solidaridad, en fin, comporta, en términos generales, la vigencia de obligaciones recíprocas entre los individuos por su mera pertenencia a una comunidad social y política. Es el complemento indispensable de los restantes valores; el que, en última instancia, puede contribuir a cerrar las porosidades del sistema, garantizando que la igualdad de oportunidades y la autonomía puedan ejercerse, por las personas con discapacidad, de manera real y efectiva⁷².

⁷² VALDÉS DAL-RE, F: “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F, Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 384.

B) Justificación

Como con acierto se ha dicho, “las personas con minusvalía a menudo forman parte de los grupos más frágiles, independientemente de la sociedad en la que vivan... y una de las razones es que la sociedad no se fija lo suficiente en las posibilidades y recursos de tales sujetos”⁷³. De sobra es conocido cómo el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Justamente uno de los “obstáculos” más evidentes a los cuales eventualmente ha de hacer frente el ser humano es el de su falta de capacidad, una disminución física o psíquica cuyo lastre le impida desarrollar, en mayor o menor grado, toda su potencialidad⁷⁴.

Por tal razón, la propia Norma Fundamental incluye, entre los principios rectores de la política social y económica, un claro mandato –quizá el “más relevante” en esta materia–⁷⁵ dirigido a los poderes públicos: realizar una labor de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles cuanta atención especializada requieran (art. 49 CE), compeliendo “a los órganos públicos a llevar a cabo las acciones necesarias para situar a los disminuidos o minusválidos en pie de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores, de modo que puedan desenvolverse sin restricciones en una sociedad competitiva y en un medio adverso que se rige por las leyes inexorables del mercado”⁷⁶. Es pacífica la idea de que nuestro ordenamiento jurídico debe de preocuparse de los trabajadores minusválidos tanto para facilitar su acceso al mercado de trabajo o reincorporación al mismo, cuanto para contemplar de manera singular sus obligaciones profesionales; la lectura del art. 49 CE, antes reseñado, y su concordancia con la cláusula compensadora del art. 9.2, el derecho al trabajo sin discriminaciones a que alude el art. 35.1, el objetivo tendencial del pleno

⁷³ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Comunicación de la Comisión sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía” y “Proyecto de resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías”. DOCE núm. C 66/35, de 3 de marzo de 1997.

⁷⁴ CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991, págs. 43 y ss.

⁷⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *TS*, núm. 91, 1998, pág. 56.

⁷⁶ DE LA VILLA GIL, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “El derecho al trabajo de los minusválidos”, *RT*, núm. 79, 1995, págs. 17-18.

empleo consagrado por el art. 40 o la invocación de la dignidad de la persona que lleva a cabo el art. 10, lo indican claramente⁷⁷.

Parece innecesario, por evidente, justificar cómo uno de los campos en los cuales con mayor fuerza pueden dejarse sentir esos designios imperativos de “igualdad real y efectiva” e “integración de los disminuidos” es, precisamente, en el ámbito de las relaciones laborales⁷⁸, habida cuenta el trabajo humano –retribuido y por cuenta ajena– no sólo supone para la mayor parte de la población el medio de obtención de los recursos económicos “que permitan la subsistencia de quien trabaja”⁷⁹ –lo cual ya es mucho–, sino también –y quizá hasta de superior trascendencia– uno de los más importantes cauces de realización personal y satisfacción individual del anhelo creador genéticamente incorporado al ser humano⁸⁰. Por tanto, para lograr la integración de las personas con discapacidad y evitar la conversión de sus limitaciones personales en barreras sociales, el principal “trampolín” viene dado por el acceso y la permanencia en el empleo⁸¹, habida cuenta la falta de ocupación adecuada o de los mecanismos para su correcta inserción laboral constituyen algunas de las dificultades más importantes contra las cuales deben luchar⁸².

La inserción laboral de las personas incapacitadas⁸³ es desde luego uno de los problemas de mayor calado social en los tiempos actuales, muy conectado por lo demás con los grandes debates de hoy en día acerca de las perspectivas del Estado de Bienestar, o del grado del cumplimiento de sus postulados básicos⁸⁴. Asumiendo este punto de partida, el legislador ha desarrollado una serie de medidas (en

⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo”, AS, 1999, T. V, pág. 47.

⁷⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación”, TL, núm. 7, 1986, págs. 54 y ss.

⁷⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)”, RL, 1987, T. I, pág. 218.

⁸⁰ RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993, págs. 13 y ss.

⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, RL, núm. 5, 2000, pág. 1.

⁸² GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Valencia, 2000, pág. 9.

⁸³ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 11 y ss.

⁸⁴ GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo de los incapacitados”, TS, núm. 91, 1998, pág. 25.

número ciertamente creciente)⁸⁵ tendentes a facilitar tan loable fin, entre otras razones por cuanto este colectivo sufre una tasa mucho más alta de paro que el resto de trabajadores, tal y como reconoce la Estrategia Global para el empleo de personas con discapacidad (2008-2012)⁸⁶. Largo ha sido el *iter* normativo desde la LISMI y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo), hasta la relativamente reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, desarrollada en múltiples ocasiones, siempre con la pretensión, nunca plenamente conseguida, de “establecer un conjunto coordinado, propiamente un sistema, unitario y totalizador, de medidas de protección” a favor de quienes tanto lo merecen⁸⁷.

Su deseable acceso al mundo laboral ha quedado encauzado a través de dos vías netamente diferenciadas y diferenciadas, aun cuando necesariamente relacionadas entre sí⁸⁸. Así, de un lado, ha sido perfilada una relación laboral de carácter especial para ordenar el trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo (Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio)⁸⁹. De otro, y en el intento por no condenar al discapacitado a vivir fuera del mundo, en plácidos “paraísos laborales” sin conexión real con la sociedad, se reconoce que “el objetivo fundamental de la política de empleo viene dado por su integración en el sistema ordinario de trabajo” (art. 37 LISMI –en la redacción dada por el art. 38 Ley 62/2003, de 3 de diciembre–) y a tal fin se ha adoptado un ingente paquete de medidas tendentes a favorecer la contratación laboral –no ya especial sino ordinaria– de las personas con discapacidad⁹⁰. Entre tales mecanismos destinados a procurar la integración o permanencia de los minusválidos en el mercado de trabajo cabe mencionar, sin ánimo exhaustivo⁹¹: a) las acciones de rehabilitación para el trabajo; b) las

⁸⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

⁸⁶ CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F. J.: “Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: Estrategia Global de acción para el empleo de las personas con discapacidad (2008-2012)”, AS, núm. 17, 2009, págs. 11 y ss.

⁸⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y calificación”, TL, núm. 7, 1986, pág. 52.

⁸⁸ MESTRE DELGADO, J. y DE LA PEÑA, M.: “El régimen de los minusválidos en España”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO, R., Dirs.): *Código europeo de las minusvalías*, Madrid, 1996, pág. 434.

⁸⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R. y MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: “La relación laboral especial de los minusválidos”, TS, núm. 91, 1998, págs. 41 y ss.

⁹⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, León, 2004, pág. 28.

⁹¹ GALA DURÁN, C.: “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo”, TL, núm. 55, 2000, pág. 55.

medidas de inserción obligada en las empresas (empleo selectivo) mediante el establecimiento de preferencias, cupos o reservas de empleo; c) los instrumentos de fomento y ayuda económica al empleo, mediante subvenciones, desgravaciones fiscales o bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social; d) las actuaciones de apoyo logístico a las empresas, mediante subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo, o la eliminación de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y movilidad de los minusválidos; e) las medidas de promoción del empleo de carácter autónomo o asociativo, en particular mediante la creación de cooperativas⁹²; y f) los programas de empleo con apoyo (Real Decreto 870/2007, de 2 de julio).

De esta manera, el objetivo quedará cifrado en “procurar la contratación de los trabajadores minusválidos y la mejora de sus condiciones laborales”, permitiéndoles alcanzar, conservar y progresar en el empleo (art. 7 Convenio núm. 159 OIT), pero haciéndolo prioritariamente en el mercado común de trabajo. En este contexto –y en resumen–, tres son las medidas adoptadas: el empleo selectivo, estableciéndose disposiciones conforme a las cuales aquel trabajador cuya capacidad laboral haya quedado disminuida o haya recuperado la pérdida tendrá preferencia para ser contratado o mantener su vínculo actual; el establecimiento en las empresas de una cuota de reserva de puestos de trabajo destinada en exclusiva a este colectivo; en fin, el fomento del empleo, consistente en ayudas para la promoción de la contratación de discapacitados⁹³.

La idea latente en todas ellas parece evidente: cuando no fuere posible lograr el acceso directo del minusválido al empleo ordinario, será menester tratar de crear una suerte de “circuito de integración”, atendiendo a sus características personales y laborales, el cual podrá ser iniciado en un centro ocupacional, para, posteriormente, pasar de éste a uno de empleo y, por fin, arribar al “mercado ordinario”⁹⁴. En el panorama descrito, es fácil contrastar cómo los minusválidos reciben un tratamiento diferenciado y privilegiado frente al resto de trabajadores, reconociéndoseles una serie de incentivos de naturaleza “autónoma”⁹⁵. Estas ventajas no han de ser consideradas, sin embargo, discriminatorias en cuanto vienen

⁹² MOLINA HERMOSILLA, O.: “El autoempleo como solución –más pretendida que real– para la inserción de colectivos más desfavorecidos”, AS, núm. 16, 2007, págs. 51 y ss.

⁹³ DE LA VILLA GIL, L. E.: “La regulación del empleo de los minusválidos en España”, TS, núm. 55, 1995, pág. 12.

⁹⁴ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Valencia, 1999, págs. 47 y ss.

⁹⁵ ALONSO GARCÍA, B.: “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, TS, núm. 91, 1998, pág. 10.

legitimadas tanto por la normativa interna como internacional: de un lado, el mencionado art. 49 CE, en relación con el 9.2, obliga a los poderes públicos a promover aquellas medidas destinadas a remover los obstáculos que impidan a un determinado grupo participar con normalidad en todos los aspectos diarios de la vida, actualizándose dicho mandato en el ámbito estrictamente laboral mediante el art. 17.2 y 3 ET que, regulando ciertas medidas de acción positiva, de un lado, permite al legislador establecer reservas y preferencias en la contratación, y, de otro, faculta al Gobierno para conceder subvenciones, desgravaciones y otras disposiciones para fomentar la ocupación de determinados colectivos con especiales dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo; de otro, el art. 4 del Convenio 159 de la OIT considera no discriminatorias cuantas medidas positivas especiales vengan encaminadas a lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los empleados inválidos y los demás trabajadores; en fin, y por no seguir, el art. 7.2 de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, considera en el caso de los discapacitados que el principio de igualdad no constituirá ningún obstáculo para que los Estados miembros desarrollen políticas encaminadas a crear o mantener disposiciones o facilidades con el objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral⁹⁶.

Fruto de dicho bagaje, ha sido la reforma introducida por la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, cuyo art. 38 procede a modificar el art. 37 e introduce un nuevo art. 37 bis en la LISMI. En este sentido, el apartado 2 del art. 37 define el principio de igualdad como la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad, delimitando dichos conceptos en el apartado 3. Asimismo, el art. 37 bis.1 permite expresamente el mantenimiento o la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad, considerando su establecimiento como no discriminatorio⁹⁷. En consecuencia, las dificultades del colectivo analizado para integrarse en el mercado ordinario de trabajo y los obstáculos para competir en paridad de armas con quienes no son minusválidos justifican la adopción de cuantas medidas promocionales pretenden garantizar la igualdad de oportunidades de aquellas personas afectadas por diversas formas de discapacidad, procurando “la igualdad de sujetos que se encuentran en condicio-

⁹⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de la prestación de servicios*, cit., pág. 29.

⁹⁷ Por solo poner un ejemplo y aunque los datos no estén actualizados, la tasa de actividad de las personas con discapacidad no llega al 34 por 100, mientras supera el 70 por 100 para el resto de la población. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E.: “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007, pág. 306.

nes desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”⁹⁸.

Insistiendo sobre esta misma idea, al pertenecer el minusválido a un grupo socialmente desfavorecido, la lucha contra las discriminaciones no sólo implica eliminar cuantas diferencias hayan estado históricamente arraigadas en la práctica social, situando a sectores de la población en posiciones claramente desventajosas, abiertamente contrarias a la dignidad de la persona consagrada en el art. 10 CE, sino que obliga también a adoptar cuantas medidas de acción positiva o protectoras permitan su acceso al trabajo o favorezcan la permanencia en el mismo, no pudiendo ser consideradas “opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes”⁹⁹. Nadie puede dudar, por tanto, de la “intrínseca justicia” de cuantas “medidas positivas” tiendan a favorecer la condición de quienes –bajo la denominación de minusválidos, disminuidos, deficientes o incapacitados¹⁰⁰– tienen “unas oportunidades reales menores”¹⁰¹, tratando así de hacer igual lo que en origen es “desigual”, y consiguiendo la satisfacción de intereses sociales dignos de protección¹⁰².

C) El sistema de cupo indirecto

Las reflexiones anteriores han de servir como pórtico para comprender cómo el diseño de las medidas públicas destinadas a favorecer la contratación del colectivo de los discapacitados no sólo reviste el carácter prototípico de bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social¹⁰³, sino que incorpora algunos mecanismos más contundentes y específicos como puede ser la reserva en su favor de un porcentaje mínimo de puestos de trabajo a situar en un 2 por 100 del total

⁹⁸ STCo 269/1994, de 3 de octubre.

⁹⁹ STCo 128/1987, de 16 de julio.

¹⁰⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999, págs. 36 y ss.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Exclusiones, reservas y preferencias de empleo”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983, pág. 459.

¹⁰² SSTCo 52/1987, de 7 de mayo, 84/1992, de 28 de mayo ó 9/1995, de 16 de enero.

¹⁰³ PÉREZ REY, J.: “Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 95 y ss.

de la plantilla (art. 38 LISMI)¹⁰⁴. Aun cuando se trata de una obligación o, si se prefiere, una imposición al empleador, con la cual se pretende asegurar la inserción de los minusválidos, lo cierto es que en la práctica ha resultado, sin embargo, poco efectiva, pese a que el porcentaje es inferior al de otros países como Francia, Italia o Alemania.

Así, de manera realista ante el incumplimiento generalizado del cupo, se ha concedido la facultad para que en las empresas de más de cincuenta trabajadores se pueda trocar (mediante convenio colectivo sectorial o decisión unilateral) por otras formas de más difusa eficacia aun cuando de más sencilla materialización, calificadas de “sorprendentes vías de escape” y consistentes en: a) la suscripción de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un trabajador autónomo discapacitado, tanto para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o cualesquiera otros productos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad propia de la empresa que opta por esta medida, como para la prestación de servicios ajenos y accesorios a sus normales tareas¹⁰⁵; b) la colaboración con los enclaves laborales (regulados por Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero), entendidos como el conjunto de trabajadores con discapacidad procedentes de un centro especial de empleo que son desplazados a una empresa ordinaria con el ánimo principal de favorecer el tránsito de estos trabajadores a un entorno laboral normalizado¹⁰⁶; c) la donación o patrocinio monetario para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública, cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral

¹⁰⁴ Nada impide que por convenio colectivo se fije una cuota mayor, tal y como sucede en el XII CC de centros y servicios de atención a las personas con discapacidad (BOE 17 junio 2006) o en el CC del Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallés (DOGC 17 mayo 2007).

¹⁰⁵ GALA DURÁN, C.: “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en centros especiales de empleo”, *TL*, núm. 55, 2000, pág. 103.

¹⁰⁶La intención de este mecanismo no puede ser mejor (al trabajador con discapacidad, le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo y a la empresa colaboradora le permite conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo cual determinará en su caso la aplicación de las ayudas previstas). Otra cosa es la realidad de los hechos. ESTEBAN LEGARRETA, R. y FUSTE MIQUELA, J. M.: “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)”, *RTSS (CEF)*, núm. 286, 2007, págs. 161 y ss.; VILLAR CAÑADA, I. M.: “Los enclaves laborales”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005, págs. 441 y ss.; LLANO SÁNCHEZ, M.: “El enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, págs. 141 y ss. ó LLOMPART BENASSAR, M.: “Régimen jurídico de los enclaves laborales”, *AL*, núm. 21, 2007, págs. 2.554 y ss.

o la generación de empleo a favor de los minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado laboral (art. 2.1 Real Decreto 364/2005, de 8 de abril)¹⁰⁷. La cuantía de estas medidas gira alrededor del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM), aplicado por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. En los dos primeros supuestos la cantidad de los contratos debe ascender “al menos, a tres veces” el IPREM, mientras que en el último caso el importe alcanzará, como mínimo, “1,5 veces el IPREM anual” (art. 2.2 Real Decreto 364/2005). Ni que decir tiene que estas cantidades deben servir a la adopción de medidas destinadas a facilitar el tránsito del discapacitado al mercado ordinario de trabajo¹⁰⁸.

Burlados con carácter general los cupos y teniendo en cuenta las desvirtuadas alternativas a los mismos¹⁰⁹, la intención del legislador –asumiendo su necesario papel ejemplificante– ha ido más allá del establecimiento de la cuota y ha procedido a idear otros mecanismos alternativos utilizando aquélla de manera indirecta¹¹⁰. Tal es lo que sucede con lo previsto en el párrafo primero de la disposición adicional 6ª de la LCSP, que pretende contribuir a doblar una voluntad empresarial poco inclinada a contratar a quien no asegura un rendimiento laboral óptimo, a través de la promesa de un premio consistente en otorgar (si así se hubiera establecido en los pliegos de cláusulas particulares) preferencia en la adjudicación de un contrato administrativo para aquellas proposiciones presentadas por “empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación”.

Se trata de una medida de “empleo selectivo”¹¹¹, que pretende favorecer, en último extremo, a los propios discapacitados, haciendo gala de lo que se ha dado en

¹⁰⁷ Ya con anterioridad, ROJO TORRECILLA, E.: “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *RL*, núm. 8, 1998, pág. 33.

¹⁰⁸ MORALES ORTEGA, J. M.: “Los destinatarios de la política de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., Dir.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 316.

¹⁰⁹ OJEDA AVILÉS, A.: “El procedimiento de recolocación revisitado”, *REDT*, núm. 14, 1983, pág. 226.

¹¹⁰ Sobre el acierto de introducir medidas nuevas, distintas de las clásicas, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”, *RL*, núm. 18, 2008, pág. 5.

¹¹¹ ALONSO GARCÍA, B.: “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida –como ya consta– por el máximo intérprete de la Norma Fundamental¹¹². La redacción legal de la previsión transcrita obliga, no obstante, al intérprete a descender a los siguientes aspectos:

a) Naturaleza jurídica empresarial

La empresa beneficiaria de la preferencia puede ser pública o privada. La segunda de estas dos modalidades no plantea problemas, pues, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (sociedad, empresario individual, asociación, fundación...), quedan incluidas en el ámbito de aplicación la disposición aquí analizada si cumplen los requisitos para ello¹¹³. En cambio, las primeras han de revestir auténtica “forma jurídico-privada”¹¹⁴, es decir, por encima de todo han de ser “empresas”, sometidas sin excepción, directa ni indirecta, a las mismas reglas de competencia operativas en el mercado, de modo que el adjetivo “públicas” viene a indicar tan sólo un modo particular de actuar, en cuanto manifestación de la iniciativa administrativa en la economía con el fin de satisfacer intereses generales¹¹⁵. En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales cuanto las sociedades mercantiles estatales (art. 53 y disposición adicional 12ª Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado –LOFAGE–, respectivamente) y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, así como las fundaciones públicas (Ley 50/2002, de 26 de diciembre).

Las entidades públicas empresariales compaginan funciones y tareas de carácter estrictamente privado o empresarial con las de carácter público, asumiendo la realización de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés general susceptibles de contraprestación. Se someten a un régimen jurídico mixto, de Derecho privado para el tráfico jurídico patrimonial externo, y de Derecho público en cuanto a la formación de su voluntad, ejercicio de

¹¹² SSTCo 128/1987, de 16 de julio, 229/1992, de 14 de diciembre y 3/1993, de 14 de enero.

¹¹³ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidades*, Valencia, 2000, pág. 74.

¹¹⁴ NÚÑEZ-GONZÁLEZ, C.: “La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía. Comentario a la Sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana”, *TS*, núms. 68-69, 1996, pág. 31.

¹¹⁵ EDO HERNÁNDEZ, V.: “La empresa pública en España”, *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989, pág. 70.

autoridad o régimen presupuestario y contable. A diferencia de lo que ocurre con éstas, las sociedades mercantiles estatales desarrollan exclusivamente actividades económico-empresariales, por lo que en su régimen jurídico predomina decididamente el carácter privado. Se someten, pues, al Derecho común, esto es, al civil, mercantil o laboral, según corresponda, a salvo las especialidades presupuestarias, de control financiero y de contratación¹¹⁶. Por su parte, las fundaciones públicas son personas jurídicas creadas o asumidas por la Administración u otros órganos constitucionales del Estado, pero sometidas al régimen de las fundaciones privadas¹¹⁷. Todas estas quedan, pues, incluidas dentro del marco objetivo de aplicación de la disposición adicional 6ª de la LCSP.

Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas *stricto sensu* (art. 3.2 LCSP)¹¹⁸ habrá que atender a lo previsto en el art. 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), el cual establece una cuota de reserva mínima no inferior al 5 por 100 de las vacantes a favor de los minusválidos, de modo que progresivamente los incapacitados alcancen el 2 por 100 de los efectivos totales al servicio de la Administración¹¹⁹. Tal porcentaje ha sido elevado al 7 por 100 en el art. 5 del Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2009. Estas previsiones –como es lógico– quedan totalmente al margen del ámbito de la contratación administrativa, tratándose, empero, de una vía de reclutamiento directo de mano de obra tendente también al fomento del empleo del colectivo aquí analizado que tampoco debe ser infravalorada aun cuando no sea éste momento y lugar para su tratamiento. Baste advertir cómo, a pesar de todas las modas neoliberales de las presiones privatizadoras, de la reducción de tradicionales servicios públicos, del retraimiento de la actividad administrativa en muchos sectores y prestaciones,

¹¹⁶ Un estudio de ambas en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 207 y ss.

¹¹⁷ CASARES MARCOS, A.: “Tipología fundacional”, en AA.VV. (BENEITO PÉREZ, J. M., Dir.): *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007, págs. 233 y ss.

¹¹⁸ En referencia a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos; las Universidades públicas; las entidades de Derecho Público, que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: a) que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o b) que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

¹¹⁹ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 140.

lo cierto es que el sector público se ha incrementado y tiene una notable fuerza y trascendencia en la actividad económica. Basta repasar el Inventario que se ha elaborado en el Ministerio de Economía y Hacienda para reparar en sus considerables dimensiones, en especial, en los ámbitos autonómico y municipal¹²⁰.

b) Porcentaje de reserva

El parámetro del 2 por 100 queda referido a la plantilla total de la empresa, lo cual engloba, desde luego, sus posibles subdivisiones productivas, por más singularidad y autonomía que ostenten¹²¹. Es más, la inexigencia de un volumen mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial y fuentes destacadas de la creación de empleo¹²², también puedan contribuir a la inserción del colectivo de minusválidos. Tres cuestiones quedan, empero, sin resolver en el tenor legal de la norma aquí analizada:

1. El mutismo sobre las modalidades contractuales en virtud de las cuales estuvieran vinculados los minusválidos con la empresa es absoluto, debiendo dar cabida a cualquiera de las existentes en el ordenamiento laboral: indefinidas o temporales, a tiempo completo o parcial, quedando incluidos –lógicamente– los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y los antiguos trabajadores de la empresa a los que les ha sobrevenido la discapacidad funcional trabajando en la misma¹²³.

Únicamente se prevé que si varias empresas licitadoras de las que hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla (disposición adicional 6, párrafo 1º LCSP). Tal criterio, introducido en fase de tramitación parla-

¹²⁰ FUERTES LÓPEZ, M.: *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, 2007, pág. 225.

¹²¹ STSJ, Cont-Admtivo, Castilla y León/Valladolid 4 mayo 2000 (Ar. 1595).

¹²² FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999, pág. 23.

¹²³ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pág. 82.

mentaria, pues la versión inicial del proyecto del ley no lo contemplaba, pretende servir de estímulo a los empresarios para decidirse a contratar personas con discapacidad por tiempo indefinido, sin necesidad, sin embargo, de que se trate de contrataciones a jornada completa, habida cuenta, y en la línea legislativa general tendente a mejorar las condiciones de trabajo de quien tiene minorado su tiempo de actividad, desde el año 1999 –Real Decreto 4/1999, de 8 de enero– también viene siendo fomentada la prestación de servicios a tiempo parcial, sobre todo para colectivos como el de los minusválidos, “atendiendo a la ocasionalmente necesaria obligación de recurrir a la jornada reducida ante las dificultades propias de la persona con discapacidad”¹²⁴.

La preocupación por mantener la estabilidad en el empleo y permitir una adaptación adecuada al mundo laboral de los discapacitados no puede sino valorarse de forma positiva, pero debería haberse visto acompañada, no obstante, por algún tipo de previsión tendente a evitar que, durante el tiempo de vigencia del contrato administrativo, el empresario adjudicatario pueda despedir a los trabajadores minusválidos sin causa justificada y así reducir el porcentaje de reserva; es más, si el despido resultara procedente o el contrato se extinguiera por causa distinta como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, la voluntad del trabajador discapacitado o su fallecimiento, debería imponerse la obligación de sustitución de los afectados por otros trabajadores que cumplan las mismas características. Sólo así quedaría salvaguardado el espíritu de la norma y se evitarían hipotéticas situaciones de fraude, en las cuales en el momento de efectuar la licitación la intención del empleador (ayudado por el empleado, en los supuestos de connivencia), únicamente pretendería conseguir la adjudicación del contrato administrativo, pero no proporcionar un empleo de larga duración a un porcentaje determinado de personas discapacitadas.

2. La ausencia sobre cualquier tipo de criterio de cómputo de los trabajadores a los cuales aplicar el porcentaje reseñado obliga a tomar en consideración, a falta de otros parámetros, las reglas utilizadas en las elecciones a representantes unitarios (art. 72.2 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores –ET– y Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre) para cubrir las lagunas existentes: a) Los operarios vinculados por un contrato de duración determinada superior a un año se computarán como un trabajador más de la plantilla. b) Si su extensión fuese inferior a una anualidad, “cada doscientos días trabajados o fracción se computa-

¹²⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)”, *RL*, 2001, Tomo I, pág. 219.

rán como un trabajador más”. c) Existirá un límite a situar en que, si el cociente resultante “de dividir por doscientos el número de días trabajados es superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta como máximo, el total de dichos empleados”. d) En aquellos doscientos días deberán quedar englobados los días efectivamente trabajados, los de descanso semanal, los festivos y las vacaciones anuales; listado a incrementar con los perdidos como consecuencia de las causas de suspensión del contrato, pero no con las ausencias, “aun cuando sean justificadas”¹²⁵.

3. Tampoco se precisa el grado de minusvalía exigido para entender cumplido el porcentaje de reserva, razón por la cual procede acudir a lo dispuesto en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, en virtud del cual, tras definir al discapacitado como la persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia posiblemente permanente de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales (declarada por los equipos multiprofesionales correspondientes a través del procedimiento establecido por el Real Decreto 1791/1999), establece que “tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100; en todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

c) La consideración de discapacitado

Pese a la aparente proximidad terminológica entre el concepto de discapacidad y el de incapacidad en el ámbito de la protección social, existe una gran separación¹²⁶. De conformidad con lo previsto en el art. 136 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), entra dentro de la noción de incapacidad

¹²⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “El comité de empresa. Procedimiento electoral”, *REDT*, núm. 100, T. II, págs. 1.344 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M. J.: *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995, págs. 283 y ss.; BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995, págs. 91 y ss. ó ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad”, *REDT*, núm. 238, 2008, pág. 387.

¹²⁶ GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en AA.VV. (VALDÉS DALRE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, pág. 78.

permanente aquella situación en la que el trabajador, “después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas y funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Introduce este precepto un concepto jurídico indeterminado, que deberá concretarse en cada caso concreto a través de los siguientes elementos configuradores del tenor legal: alteración grave de la salud, disminución o anulación de la capacidad laboral y carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral.

Por su parte, el art. 137.2 LGSS remite a un futuro desarrollo reglamentario la fijación del porcentaje de reducción que serviría para calificar la incapacidad permanente, que todavía no se ha promulgado. A la espera de un nuevo régimen jurídico, los grados de incapacidad permanente se definen de la siguiente manera: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: Aquella que ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle, la realización de las tareas fundamentales de la misma. b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual: La que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo: Aquella que imposibilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. d) Gran invalidez: Situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La nota característica más importante de esta definición legal, así como la de sus distintos grados, es que se delimita o fija “teniendo en cuenta su efecto respecto del trabajo”, es decir, se conceptúa tomando en consideración las consecuencias que esas deficiencias ocasionan en la capacidad laboral del trabajador, de tal manera que “este requisito es en realidad el eje en torno al cual gira la protección por incapacidad permanente, pues aquel estado patológico de características específicas... es trascendente en cuanto trae como consecuencia la anulación o disminución de la capacidad de trabajo”, siendo, pues, la situación merecedora de protección real o prioritaria “la dificultad del inválido para la reinserción en la vida laboral”¹²⁷.

¹²⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, 1982, pág. 215.

La calificación de la situación de incapacidad permanente, la fijación de su grado, así como su eventual revisión constituyen actuaciones administrativas de constatación del estado invalidante, cuya competencia está encomendada al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), tal y como reconoce el art. 1.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, desarrollado por la Orden de 18 de enero de 1996. Los equipos de valoración de incapacidades, órgano especializado en la declaración y revisión de la contingencia de incapacidad permanente, se constituyen en cada Dirección Provincial del INSS, estando facultados para formular los dictámenes-propuesta acerca de la declaración de invalidez y el grado que le corresponde y, en su caso, la revisión por agravación, mejoría o error de diagnóstico (art. 3.1 Real Decreto 1300/1995). El posterior acto administrativo de reconocimiento, por la Dirección Provincial del INSS correspondiente en función de un criterio de competencia territorial, se convierte en un mero trámite de comprobación de la concurrencia de los elementos del hecho causante y de los requisitos generales y particulares y contendrá la atribución del derecho correspondiente¹²⁸.

A la vista de tales consideraciones, cabe argumentar que la incapacidad permanente y la minusvalía/discapacidad no son términos sinónimos e intercambiables, sino que pertenecen a ámbitos jurídicos diferentes que se rigen por principios propios. La calificación y el reconocimiento de cada situación obedece a cauces distintos: la primera corresponde al INSS, mientras la segunda compete a los servicios sociales. La valoración que dichos órganos realizan tiene, además, en cuenta parámetros distintos y el procedimiento a seguir también es diverso. La protección de la discapacidad no está vinculada ni al trabajador ni a la repercusión en su capacidad para el trabajo, pues el sujeto protegido es la persona en cuanto tal, que padeciendo deficiencias de tal entidad, constitutivas de incapacidad, le impiden relacionarse con normalidad e igualdad con el resto de los individuos, no ya sólo en el ámbito laboral, sino en todos, incluidos los educativos y, en general, los sociales. De este modo, ni el beneficiario de una pensión de incapacidad permanente será necesariamente minusválido, ni viceversa¹²⁹.

Ahora bien, tal conclusión quiebra atendiendo a lo dispuesto en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, anteriormente transcrito, pues ya no puede hablarse de una absoluta incompatibilidad entre ambas situaciones. Antes al contrario, parece que esta Ley es clara al considerar afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33

¹²⁸ MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Valoración jurídica de la incapacidad para el trabajo", en AA.VV. (BOROBÍA FERNÁNDEZ, C.): *Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral*, Madrid, 2007, págs. 87 y ss.

¹²⁹ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente. Derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Valencia, 2006, pág. 21.

por 100 a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez. Esta redacción legal conlleva una deplorable consecuencia negativa: si el legislador otorga el mismo valor a efectos de la preferencia en la adjudicación a todas las personas con un grado de discapacidad superior a este parámetro, no hay duda de que el sistema será más favorable para los sujetos menos disminuidos, ya que las empresas suelen “hacer una criba” y contratan a los trabajadores cuya minusvalía es menos acusada¹³⁰. A esta misma conclusión cabe llegar, también, si se atiende a lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 1 del Real Decreto 1414/2006, en virtud del cual “se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez”, no en vano con tal equiparación lo que se consigue es fomentar el empleo de los incapaces permanentes de la Seguridad Social en detrimento de aquéllos que padecen discapacidades severas y muy severas (tetrapléjicos, ciegos...) ¹³¹.

En efecto, la experiencia demuestra que, para un mismo puesto de trabajo, el empresario, que decide voluntariamente o está obligado a contratar a una persona con discapacidad, elige antes a aquél cuyo grado de autonomía es mayor, quedando beneficiados, de una manera sobresaliente, los trabajadores afectados por un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual cuando ésta se caracterice, además, por la realización de un importante esfuerzo físico o una especial agudeza. Ciertamente estos pensionistas no podrán realizar las tareas propias de una actividad profesional tan dura, pero no tendrán ninguna limitación funcional para prestar servicios en otros cometidos más livianos o menos exigentes. Quizá para evitar esta consecuencia negativa, el Tribunal Supremo ha intentado zanjar una viva polémica judicial existente entre los diversos Tribunales Superiores de Justicia, llegando, en unificación de doctrina, a la siguiente conclusión: no cabe equiparación automática a la condición de minusválidos o discapacitados de los pensionistas por incapacidad permanente total o absoluta y por gran invalidez¹³². Tal interpretación, bien intencionada –sin duda–, obliga a descender al detalle de las contradictorias resoluciones judiciales existentes en

¹³⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, cit., pág. 157.

¹³¹ ITURRI GARATE, J. L.: “Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007, pág. 331.

¹³² SSTS, Social, 21 y 22 marzo, 30 abril, 16 mayo, 20 junio y 16 y 18 de octubre 2007 (RJ 2007, 3539, 4627, 5012, 4911, 5355 y rec. 339/2006 y 571/2006). También, SSTS 28, 29 y 30 enero (RJ 2008, 2892, 2565, 2571) y 5, 20, 21 y 26 febrero 2008 (RJ 2008, 170424, 141690, 2598 y 2602).

la doctrina de suplicación¹³³, pudiendo destacar dos líneas interpretativas fundamentales¹³⁴:

1. Algunos fallos judiciales defienden la independencia de la declaración de minusvalía respecto de los reconocimientos de incapacidad permanente efectuados por el INSS, entendiendo que la equiparación contenida en la Ley 51/2003, queda circunscrita a los efectos previstos en la misma y no al reconocimiento general de la condición de discapacitado que debe realizarse exclusivamente por los órganos competentes de las Administraciones públicas aplicando los baremos y tablas del Real Decreto 1971/1999¹³⁵. Cuatro argumentos avalan esta conclusión:

a) El art. 1.2 de la Ley 51/2003, viene a establecer dos vías para la atribución de la condición con discapacidad: de un lado, la que consiste en el reconocimiento del correspondiente grado de minusvalía (igual o superior al 33 por 100) por el procedimiento reglamentario previsto en el Real Decreto 1971/1999; de otro, la que supone la legal equiparación a tal parámetro de quienes tengan la condición de prestatarios de incapacidad permanente en alguno de los grados antes señalados. De esta forma, sería esa ficción establecida en la Ley 51/2003, la que convertiría en detentadores de la condición de personas con discapacidad a los beneficiarios de las prestaciones antedichas y ello con absoluta independencia del grado de minusvalía que pudieran acreditar por aplicación de las normas de determinación de la discapacidad contenidas en el Real Decreto 1791/1999. El título que avalaría la condición de discapacitado no sería otro que la resolución administrativa o jurisdiccional que reconociera la incapacidad permanente total, absoluta o la gran invalidez del trabajador, título este que, *ope legis*, atribuiría aquella condición e impondría la obligación de su reconocimiento, pero sólo a los efectos de esta Ley, nunca con carácter general.

¹³³ Por citar sólo algunos pronunciamientos judiciales, cabe mencionar cómo a favor de la atribución automática del *status* o la condición de discapacitados a los perceptores de pensiones de Seguridad Social por encontrarse en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se manifestaron las SSTSJ, Social, Burgos 14 octubre 2004 (rec. 615/04), Castilla-La Mancha 10 noviembre 2005 (rec. 972/04) ó Navarra 20 junio 2006 (rec. 83/06). En contra, procede hacer referencia a las SSTSJ, Social, Murcia 7 febrero 2005 (rec. 19/05), Extremadura 28 abril 2005 (rec. 79/05), Cantabria 15 febrero 2006 (rec. 46/06) y País Vasco 4 junio 2006 (rec. 82/06).

¹³⁴ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: "Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (Comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2006, rec. núm. 1359/2006, y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)", *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007, págs. 201 y ss.

¹³⁵ Entre otras, SSTJ, Social, Castilla y León/Valladolid 20 mayo 2005 (rec. 666/2005), 8 junio 2005 (rec. 843/2005) y 3 abril 2006 (rec. 353/2006) ó Aragón 15 julio 2005 (rec. 374/2005).

- b) El art. 7.2 LISMI establece que el reconocimiento del derecho a la obtención de los beneficios derivados de esta Ley y, por ende, el reconocimiento de la condición de minusválido “deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadoros” (art. 4.2), concreción reglamentaria efectuada por el Real Decreto 1971/1999.
- c) La Ley 51/2003 no ha incidido sobre la norma reglamentaria acabada de citar, limitándose a introducir únicamente como criterio de reconocimiento del grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 la circunstancia de ser pensionista por incapacidad profesional. La calificación del grado de minusvalía sigue regulándose en el Real Decreto 1791/1999, y “será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas”, de modo que si otra Ley considera a sus solos efectos que personas en las que concurren ciertas circunstancias deben ser consideradas minusválidas en cierto porcentaje, no cabe una declaración genérica de minusvalía.
- d) La situación de incapacitado permanente de la Seguridad Social tiene un marcado carácter profesional, motivo por el cual puede haber actividades que exijan especial destreza que no se puedan desarrollar con una leve alteración física, mientras que la minusvalía parte de parámetros distintos.

En consecuencia, la situación creada por el art. 1.2 de la Ley 51/2003 no suscita un problema de jerarquía normativa sino de integración ordinamental consistente en la existencia de dos procedimientos para el acceso a la condición de persona con discapacidad: el ordinario, al que se refería la LISMI y que se desarrolló por el Real Decreto 1791/1999, y el que surge como consecuencia de la equiparación legal llevada a cabo por la Ley 51/2003, que atribuye incondicionalmente un grado de minusvalía del 33 por 100 a todo incapacitado permanente para el trabajo, en los grados de incapacidad total, absoluta y gran invalidez, pero solamente “a los efectos de esta Ley”, la cual tiene como único objeto establecer medidas destinadas a garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad¹³⁶.

2. Otras sentencias sostienen, sin embargo, que la Ley 51/2003, establece una equiparación general, universal y automática de la incapacidad permanente en

¹³⁶ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, 2 octubre 2006, rec. núm. 1359/2006 y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)”, cit., pág. 203.

grado de total, absoluta o gran invalidez, a la condición de discapacitado en un porcentaje igual o superior al 33 por 100¹³⁷. Una interpretación histórica, literal y sistemática corrobora la incontrovertida asimilación de ambas situaciones:

- a) En la tramitación de la Ley 51/2003, se presentaron varias enmiendas al art. 1.2, que ya aparecía en los mismos términos en el proyecto y no sufrió modificación alguna durante el *iter* parlamentario. Así, la enmienda número 125 presentada en el Congreso de los Diputados, que tuvo por primer firmante al Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), recogía como redacción propuesta la siguiente: “a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas quienes lo acrediten mediante certificado o resolución del grado de minusvalía expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, el cual tendrá validez en todo el territorio estatal”. El rechazo de dicha enmienda permite aventurar que lo que se hizo, en relación a la atribución del grado de un 33 por 100 de minusvalía a los colectivos reseñados, fue consciente, pues no se quiso limitar el alcance de la declaración ni incluir a grupos de incapacitados con minusvalías de menor entidad.
- b) El hecho de que la norma controvertida utilice la expresión “se considerarán” pretende dejar claro, sin margen alguno para la ambigüedad, que, aun cuando los perceptores de una prestación pública de aquellas a las que hace referencia no alcancen el 33 por 100 del grado de minusvalía por aplicación de los baremos del Real Decreto 1971/1999, lo cierto es que, por orden expresa del legislador, quedarán asimilados a la condición de discapacitados. El texto de la norma es claro, preciso e incondicional en el sentido de establecer una presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual se considerará afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 a todo pensionista de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez. En definitiva, a toda persona que haya sido declarada incapacitada permanente total o absoluta o gran inválida siguiendo el procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, se le deberá reconocer en todo caso un grado de minusvalía equivalente al 33 por 100 a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003¹³⁸.

¹³⁷ SSTSJ, Social, Extremadura 28 febrero 2005 (rec. 3/2005), País Vasco 18 octubre 2005 (rec. 2433/2005) y Cantabria 6 febrero 2006 (rec. 126/2006).

¹³⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “Del ‘principio’ al ‘derecho’ a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2004, pág. 175.

- c) La circunstancia relativa a que el Real Decreto 1971/1999, no haya sido derogado expresamente por la Ley 51/2003, no es argumentación suficiente para negar la equiparación automática, pues el principio de jerarquía normativa recogido en el art. 9.3 CE y la derogación tácita de cualquier norma anterior del mismo o inferior rango y de diferente contenido llevaría a considerar que el reglamento en cuestión deberá ser interpretado de conformidad con el nuevo texto legal. De este modo, cabe entender que los beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez tienen atribuido y ostentan automáticamente el derecho a ser considerados afectados por una minusvalía en el porcentaje reseñado y ello con independencia de las normas para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía regulado en el Real Decreto 1971/1999. Desde esta perspectiva, el art. 1.2 de la Ley 51/2003 no supondría una derogación de este Real Decreto, al que habrá de acudirse cuando la minusvalía se declare de acuerdo a dicho sistema, resultando inaplicable, sin embargo, cuando lo perseguido es la asimilación legal del pensionista de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez.

En suma, de acuerdo con esta segunda interpretación, desde la entrada en vigor de la Ley 51/2003, los conceptos de discapacidad e incapacidad han dejado de ser acepciones distintas. Esta Ley se mueve en la estrategia de “lucha contra la discriminación” y en la de “accesibilidad universal”, desarrollando medidas a favor de un modelo de vida independiente, y es precisamente dentro de esta nueva estrategia en la que se inserta la renovada definición de discapacitado, que no limita su alcance “a los efectos de esta Ley” sino que se extiende en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, en los que es preciso garantizar el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades. Superando las políticas asistencialistas, “se es discapacitado tanto a la hora de acceder a los subsidios previstos en el art. 12 LISMI, como a la hora de optar a las medidas de fomento del empleo previstas en el art. 26 Ley 56/2003, de Empleo, o a los demás programas o prestaciones y servicios sociales destinados a facilitar la plena integración y participación en condiciones de igualdad de las personas a las que el ordenamiento jurídico califica como discapacitadas, ya que de lo contrario se estaría burlando el espíritu y finalidad de la norma”¹³⁹. Defender una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre la base de la calidad de

¹³⁹ Sobre los argumentos de la STSJ, Social, Cantabria 6 febrero 2006 (rec. 126/2006), ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre, rec. núm. 1359/2006, y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005)”, cit., pág. 207.

ciudadanos titulares del conjunto de todos los derechos humanos¹⁴⁰ avala este segundo criterio interpretativo.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina (entre muchas, Sentencias de 21, 22 y 29 de marzo, 17 y 30 de abril, 19 de julio, 18 y 20 de septiembre y 16 y 18 de octubre de 2007 y 28, 29 y 30 enero y 5, 20, 21 y 26 febrero 2008)¹⁴¹, parte de la idea de que el concepto de incapaz utilizado por las normas de Seguridad Social no puede equipararse al de minusválido y que ésta es una cualidad que sólo debiera predicarse de quienes previamente hayan obtenido una expresa declaración en tal sentido, de modo que el perceptor de una pensión de incapacidad de Seguridad Social contributiva no es necesariamente minusválido y viceversa, aunque en algunas cuestiones resultará posible la equiparación o tratamiento conjunto. Con mayor detalle, considera que los pensionistas por incapacidad permanente total o absoluta y por gran invalidez no quedan automáticamente equiparados a la condición de minusválidos o discapacitados a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003, por dos razones fundamentales:

De un lado, y utilizando un argumento de interpretación sistemática, porque la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la LISMI, y no al de la Ley 51/2003, no en vano el art. 10 de esta primera disposición normativa atribuye a los equipos multiprofesionales de valoración (de las Direcciones Provinciales del IMSERSO o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas), entre otras competencias, la baremación y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación. La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia se encuentra en el Real Decreto 1791/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

De otro, y recurriendo a un argumento de interpretación finalista, porque son distintos los propósitos perseguidos por las normas de tutela de la discapacidad y las de la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad

¹⁴⁰ TUSET DEL PINO, P: “La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez”, AS, núm. 5, 2006, pág. 25.

¹⁴¹ GARCÍA VALVERDE, M. D.: “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (sentencias comentadas: STSJ de Extremadura de 12 de marzo de 2007 y STS de 21 de marzo de 2007)”, AS, núm. 14, 2007, págs. 4 y ss.

permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo, mientras la definición de la minusvalía incluye otras dimensiones de la vida social, tal y como sucede con la educación y la participación en las actividades comunitarias, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia, y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos tal y como sucede con lo previsto en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, pero, junto a esos espacios de concurrencia, hay otros muchos que corresponden privativamente, bien a la Seguridad Social, bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados mediante uno y otro sector del ordenamiento social.

Con tal tesis, el Alto Tribunal entiende que las situaciones de incapacidad permanente protegidas por la Seguridad Social son aquéllas que derivan de una alteración de la salud siempre y cuando ésta incida sobre la capacidad laboral de la persona que la padece, exigiendo, como ya había manifestado la doctrina, “una conexión potencial o presente” con las aptitudes profesionales del trabajador¹⁴². Las secuelas y limitaciones anatómicas y funcionales que padezca el interesado han de conllevar una inhabilidad del trabajador para el desarrollo de la prestación laboral, sin tener en cuenta otra serie de factores personales o del mercado de trabajo¹⁴³. Al igual que el grado de minusvalía no tiene carácter vinculante para el órgano judicial (o administrativo) encargado de valorar la pérdida de capacidad para trabajar, pues son situaciones distintas y sin equiparación posible¹⁴⁴, tampoco cabe reconocer la equivalencia automática entre la situación de discapacitado y la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. En fin, tal interpretación, pese a su aparente bondad, no arregla del todo, sin embargo, aquella exclusión laboral especialmente sufrida por los erróneamente denominados “grandes discapacitados”, siendo necesario establecer, de *lege ferenda*, otras medidas añadidas como pudiera ser la fijación en la disposición adicional 6ª.1 de la Ley 30/2007, aquí analizada, de una reserva, más pequeña que la genérica del 2 por 100, a favor de este subgrupo. Sus singulares circunstancias deben ser atendidas sin demora.

¹⁴² SEMPERE NAVARRO, A. V. y ÁGUILA CAZORLA, O.: “Invalidez”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad social*, Murcia, 2003, pág. 721.

¹⁴³ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente*, cit., pág. 28.

¹⁴⁴ Entre muchas, SSTSJ, Social, Galicia 5 marzo 2001 (rec. 3961/2001), Cantabria 4 febrero 2003 (rec. 605/2002), Asturias 8 abril 2005 (rec. 739/2004) y Cataluña 23 mayo 2006 (rec. 1033/2005).

d) Acreditación

No se acota de forma clara el espacio temporal a considerar, pues se omite tanto el *dies a quo* como el *dies ad quem*, optando, con una confusa redacción, por referir el momento en el cual la empresa ha de reunir el requisito exigido del porcentaje del 2 por 100 de trabajadores discapacitados “al tiempo de acreditar su solvencia técnica”, es decir, al momento de la admisión en la licitación. La prueba de las exigencias precisas para beneficiarse de la citada preferencia adjudicatoria deberá realizarse normalmente y, en último caso, al presentar la proposición, a la que deberán acompañarse precisamente los documentos que acrediten dicha solvencia, no siendo suficiente con una simple declaración responsable, sino que es pertinente demostrar fehacientemente el cumplimiento de las exigencias precisas¹⁴⁵. Esta referencia temporal plantea el problema de su extensión, ya que, si bien en algunos contratos típicos la acreditación de la solvencia técnica se hace solamente a través de documentos generados por el proponente, en otros cabe que se efectúe, entre distintos medios, a través de controles hechos por la Administración o en su nombre por organismos oficiales, “lo cual llevaría, en este último caso, a que el requisito de un número mínimo de trabajadores minusválidos en plantilla venga referido, no tanto al momento de la presentación del documento justificativo de la solvencia por este medio de control específico, cuanto al momento mismo del control de la solvencia por la Administración”¹⁴⁶. Lo más razonable es, pues, que en el propio pliego de condiciones administrativas se precise el concreto lapso temporal en que se haya de acreditar este requisito, dentro de las posibles interpretaciones que caben en el marco de la expresión, ciertamente imprecisa, del texto legal.

A la postre, no se determinan tampoco las formalidades necesarias para justificar ante la Administración, en el momento indicado, el cumplimiento de la reserva. Para suplir esta laguna, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha admitido la aportación de un certificado del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Servicio Social competente de las Comunidades Autónomas¹⁴⁷, pero tampoco cabe olvidar que el art. 5 del Real Decreto 1451/1983, recoge el deber de remitir al servicio público de empleo, dentro del primer trimestre de cada año y con conocimiento de los representantes de los trabajadores, una relación detalla-

¹⁴⁵ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.427.

¹⁴⁶ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.171.

¹⁴⁷ Informe núm. 6/03, de 20 de junio de 2003.

da de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad¹⁴⁸. En consecuencia, un certificado del servicio público de empleo haciendo constar este extremo podría servir también como medio fundamental de prueba, sin marginar, ante el silencio legal, otros posibles de los que pudiera valerse la empresa.

e) Alcance

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

Es más, el alcance de la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de aquellos empleadores que cuenten con un porcentaje de trabajadores minusválidos en sus plantillas superior al 2 por 100, pese a su apariencia, es bastante limitado, por otras tres razones fundamentales: primera, porque la expresión “podrán” demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos, de ahí la importancia del esfuerzo llevado a cabo en determinados sectores gubernamentales (no en todos) para dotarla de de mayor eficacia¹⁴⁹; segunda, porque la prioridad que se establece lo es para el supuesto de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, lo cual reduce bastante su marco de aplicación¹⁵⁰; y tercera, porque la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que al tener que venir necesariamente establecida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y referida al momento de acreditar solvencia técnica, serán las propias entidades empresariales las que tengan que

¹⁴⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, cit., pág. 85.

¹⁴⁹ Así ha ocurrido, sin ánimo exhaustivo, con el Ministerio de Trabajo o el Ministerio de Asuntos Exteriores. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., pág. 61.

¹⁵⁰ Siempre se ha de partir de la “existencia de varias propuestas iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos para adjudicación del contrato y dentro de las propuestas iguales de diferentes licitadores que tienen minusválidos en su plantilla en número superior al 2 por 100”. Informe núm. 1/05, de 11 de marzo de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

demostrar, no simplemente declarar, que cumplen el requisito exigido, resultando obvio que la organización productiva que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas más ventajosas aun cuando efectivamente cuente con un elevado porcentaje de mano de obra discapacitada¹⁵¹.

D) Alternativas

Atendiendo a la escasa virtualidad de la medida aquí analizada, no puede extrañar que el legislador haya intentado “reforzar” el objetivo de minorar la resistencia empresarial a reservar puestos de trabajo a favor de los minusválidos a través de otras medidas incorporadas en otros preceptos mismo texto legal, que serán objeto de atención seguidamente:

a) Prohibiciones para contratar

El art. 49 c) de la LCSP impide contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurren determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”. Procede alertar sobre la existencia de ciertas diferencias entre la redacción legal actual de esta prohibición y su precedente, pues el art. 20.1 d) de la LCAP sólo se refería a la sanción firme derivada de infracción grave en materia de “integración laboral de minusválidos”, lo cual hacía únicamente referencia en aquel momento al incumplimiento tanto de la cuota anteriormente mencionada como de las medidas sustitutorias a las que también se ha hecho referencia¹⁵². Aun cuando tal previsión “suponía un paso más del legislador, éste por vía sancionadora, para hacer cumplir con la normativa de integración en el mercado de trabajo de los minusválidos”¹⁵³, algún sector de

¹⁵¹ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.428. En este sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 16 de diciembre de 1998.

¹⁵² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, cit., pág. 62.

¹⁵³ ALONSO GARCÍA, B.: “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *TS*, núm. 91, 1998, pág. 23.

la doctrina la había considerado un poco exagerada, ya que ni siquiera la propia Administración cumplía con la cuota”¹⁵⁴.

Por tal razón, la versión actual de la mencionada prohibición no debe considerarse sino positiva, pues su ámbito de aplicación es mucho más amplio, abarcando también cualquier contravención grave del cúmulo de las obligaciones establecidas en la Ley 51/2003¹⁵⁵. A tal efecto procede señalar, además, que la disposición final 11ª de esta Ley encomienda al Gobierno para que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma, remita a las Cortes un proyecto de Ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad con el fin de dar cumplimiento a los principios de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales los términos de la actividad sancionadora de las Administraciones públicas deben estar fijados por norma de rango legal. Para respetar y hacer respetar las garantías de la ciudadanía en un Estado social y democrático como es el nuestro, ya se ha sido promulgada la Ley 49/2007, de 26 de diciembre¹⁵⁶, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyos arts. 16.3 y 16.4 tipifican, respectivamente, las infracciones graves¹⁵⁷ y las muy graves (las cuales lógicamente deben de entenderse también incluidas aunque la

¹⁵⁴ CES: *Informe 5/1995, de 26 de octubre, sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, 1995, pág. 59.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación Pública*, Barcelona, 4ª edición, 2008.

¹⁵⁶ BOE núm. 310, de 27 de diciembre.

¹⁵⁷ Son infracciones graves: a) los actos discriminatorios u omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a la persona con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable; b) la imposición abusiva de cualquier forma de renuncia total o parcial a los derechos de las personas por razón de su discapacidad, basada en una posición de ventaja; c) el incumplimiento deliberado del deber de sigilo y confidencialidad; d) el incumplimiento de los requerimientos específicos que formulen las autoridades; e) la obstrucción o negativa a facilitar la información solicitada por las autoridades competentes o sus agentes, que sea legalmente exigible, en orden al cumplimiento de las funciones de información, vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución en los términos previstos en esta Ley; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas sobre accesibilidad de los entornos, instrumentos, equipos y tecnologías, medios de transporte, medios de comunicación y de los productos y servicios a disposición del público que obstaculice o limite su acceso o utilización regulares por las personas con discapacidad; g) la negativa por parte de las personas obligadas a adoptar un ajuste razonable, en los términos establecidos en el art. 7 c) de la Ley 51/2003; h) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las previsiones efectuadas en el art. 10.2 f) de la Ley 51/2003, en lo referente a la elaboración de los planes especiales de actuación para la implantación de las exigencias de accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate; i) la coacción, amenaza o represalia ejercida sobre la persona con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas, que hayan entablado o pretendan entablar cualquier clase de acción legal, reclamación, denuncia o participen en procedimientos ya iniciados para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, así como la tentativa de ejercitar tales actos; j) la comisión, en el plazo de tres meses y por tres veces, de la misma infracción leve.

disposición adicional 6ª sólo se refiere a las primeras, pues, en otro caso, quedaría mejor tratado el sujeto al que se le hubiera impuesto mayor sanción)¹⁵⁸.

Razones de seguridad jurídica aconsejan, no obstante, que este tipo de sanción [la prohibición de contratar con la Administración recogida en el art. 49 c) LCSP] hubiera sido recogido expresamente entre el elenco de sanciones accesorias a las que hace referencia el art. 6 de la Ley 49/2007, que se refiere sólo a la supresión, cancelación o suspensión total o parcial de ayudas oficiales consistentes en subvenciones y cualesquiera otras que la persona sancionada tuviese reconocidas o hubiera solicitado en el sector de la actividad en cuyo ámbito se produce la infracción.

Pese a este inconveniente, no cabe minusvalorar la importancia, siquiera testimonial de esta prohibición, pues como con acierto se ha dicho “esencia de la honorabilidad del contratista será su respeto y cumplimiento de las normas y reglas profesionales”¹⁵⁹. Merecen, por tanto, los más encendidos reproches aquellas opiniones conforme a las cuales resulta “absolutamente desproporcionado” que a la sanción a imponer por el incumplimiento “se le superponga una pena accesoria de prohibición para contratar que puede suponer, económicamente hablando, cientos o miles de millones de pesetas (euros), con pérdidas de numerosos puestos de trabajo en aquellas empresas cuya actividad depende directamente de la contratación con las Administraciones públicas”¹⁶⁰.

De todas formas, la prohibición para contratar aquí analizada no surtirá efectos hasta su constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas

¹⁵⁸ Son infracciones muy graves: a) las vejaciones que padezcan las personas en sus derechos fundamentales por razón de su discapacidad; b) las acciones que deliberadamente generen un grave perjuicio económico o profesional para las personas con discapacidad; c) conculcar deliberadamente la dignidad de las personas con discapacidad imponiendo condiciones o cargas humillantes para el acceso a los bienes, productos y servicios a disposición del público; d) generar deliberadamente situaciones de riesgo o grave daño para la integridad física o psíquica o la salud de las personas con discapacidad; e) las conductas calificadas como graves cuando sus autores hayan actuado movidos, además, por odio o desprecio racial o étnico, de género, orientación sexual, edad, discapacidad severa o no posibilidad de representarse a sí mismos; f) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad en la planificación, diseño y urbanización de los entornos, productos y servicios a disposición del público que impida el libre acceso y utilización regulares por las personas con discapacidad; g) el incumplimiento por parte de las personas obligadas de las normas legales sobre accesibilidad que impida o dificulte gravemente el ejercicio de derechos fundamentales y el disfrute de libertades públicas por parte de las personas con discapacidad; h) la comisión de tres infracciones graves en el plazo de un año, así como las que reciban expresamente dicha calificación en las disposiciones normativas especiales aplicables a cada caso.

¹⁵⁹ FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, pág. 78.

¹⁶⁰ Voto particular al Dictamen 5/1998, de 27 de mayo, en CES: *Informe 5/1998, de 27 de mayo, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, pág. 21.

del Estado [art. 14 b) Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007 –RDL CSP–]

b) Prescripciones técnicas y accesibilidad universal

El art. 101.1 de la LCSP determina que “las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003”. Se trata de una previsión de hondo calado para el colectivo aquí analizado, no en vano estas prescripciones resultan pieza esencial del expediente de contratación¹⁶¹, pues completan la cláusula administrativa al tiempo que definen el compromiso contractual¹⁶², esto es, establecen las condiciones particulares que han de regir la realización de la prestación¹⁶³.

Es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero, también y sobre todo, en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de los ciudadanos. La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación indirecta, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllos que no lo son. Las barreras arquitectónicas no sólo dificultan la vida diaria del minusválido, sino también –y por lo que aquí interesa– la prestación de su fuerza de trabajo. Por este motivo, se hace necesaria la adaptación de las empresas a la discapacidad, lo cual requiere normalmente un coste económico al que no siempre son favorables las entidades productivas. En este sentido, la Directiva 2000/78, establece que se deben llevar a cabo los “ajustes razonables allí donde sean necesarios, para que dichas personas puedan acceder al empleo, tomar parte en él o progresar profesionalmente”. Por su parte, la Recomendación (2006)5 del Consejo de Europa sobre el Plan de Acción para la promoción de derechos y plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad (2006-2015), entre sus líneas de acción clave, alude a la necesidad de conseguir un “entorno construido accesible y sin obstáculos que favorecerá la igualdad de oportunidades, la

¹⁶¹ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004, pág. 281.

¹⁶² AA.VV. (ARIÑO y ASOCIADOS): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, pág. 644.

¹⁶³ AA.VV. (LLAVADOR CISTERNES, H., Coord.): *Contratación administrativa*, Pamplona, 2008, pág. 168.

autonomía, la participación en la sociedad y el acceso al empleo”¹⁶⁴. En el marco del Derecho interno, el I Plan Nacional de Accesibilidad, aprobado por Consejo de Ministros de 25 de julio de 2003, establece la necesidad de articular ayudas especiales tendentes a fomentar la accesibilidad “a” y “en” los centros laborales.

Con mayor detalle, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) indica, en su art. 15.1 d), que el empleador “deberá adaptar el trabajo a la persona” y en su art. 25 que “garantizará de manera específica la protección de estos trabajadores”; el Plan de Empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI “propone poner en marcha un Plan de Accesibilidad al Medio de Trabajo”; como una medida más concreta, el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, en virtud del cual se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento de empleo de trabajadores minusválidos, incluye la posibilidad de las empresas de solicitar subvenciones “con cargo al servicio público de empleo estatal” para “eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los minusválidos”¹⁶⁵. En fin, el art. 37 bis de la LISMI (tras la redacción proporcionada al mismo por la Ley 62/2003) establece la obligación empresarial “de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad a la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para la empresa”. No basta, por tanto, con hacer accesible la organización productiva o adaptar el puesto de trabajo, sino que el deber legal abarca ambos extremos, con la única excepción de que ello suponga una onerosidad excesiva para la actividad empresarial, que en todo caso debe ser probada.

En este contexto, la construcción y el diseño de espacios, productos y servicios, que puedan ser utilizados por todos los ciudadanos con independencia de su capacidad funcional, exige que el trabajador discapacitado pueda desempeñar su actividad laboral diaria en las condiciones adecuadas y más favorables. Procede abrir aquí un breve paréntesis con el fin de alertar sobre cómo la LPRL, siguiendo las directrices fijadas en el art. 15 de la Directiva Marco 1989/391, no pudo pasar

¹⁶⁴ Recomendación adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros. www.mtas.es

¹⁶⁵ MORALES ORTEGA, J. M.: “Los destinatarios de la política de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. C. y CALVO GALLEGU, F. J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 307.

por alto las particulares circunstancias de los trabajadores con minusvalías físicas o psíquicas, estableciendo un doble régimen jurídico-preventivo particular¹⁶⁶:

1. De un lado, obliga al empresario a garantizar “de manera específica la protección de los trabajadores que... tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial”. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias (art. 25.1 LPRL)¹⁶⁷.

Tal urdimbre de obligaciones exige partir de la efectiva constancia empresarial, pero no se requiere ninguna forma especial para poner en conocimiento del empresario la deficiencia del trabajador. Por su puesto, le constará si precisamente la condición de discapacitado fue tomada en cuenta a la hora de la contratación. Cuando no haya sido así, será la entidad encargada de proceder a declarar la minusvalía o, incluso, el propio trabajador quien pueda poner en conocimiento del empleador tal circunstancia para que éste afronte sus deberes preventivos con mayor acierto. No es necesario, por tanto, que la discapacidad (física, psíquica o sensorial) esté debidamente reconocida por el organismo público competente para que el empresario quede obligado a la adopción de las medidas de prevención o protección específicas, pues el espíritu y finalidad de la LPRL es la tutela de la seguridad y la salud de todos los trabajadores y, especialmente, de aquellos colectivos de “riesgo”. Por tal razón, si la discapacidad, en cualquiera de sus modalidades y cualquiera que sea su grado, existe realmente, y es reconocible por el empresario, éste deberá adoptar todas las medidas de prevención y de protección especiales, encaminadas a salvaguardar la salud y seguridad de estos trabajadores a que le obliga la Ley, aunque la referida discapacidad no esté debidamente reconocida¹⁶⁸.

Es más, la Ley no hace alusión alguna al grado de discapacidad exigido (mínimo, medio o máximo) o al origen de la patología (profesional o común) para la adopción de las medidas de protección correspondientes, pudiéndose aplicar, por lo que parece desprenderse del silencio legal, idénticas medidas preventivas frente a cualquier grado de incapacidad, sin importar, igualmente, su etiología¹⁶⁹. Esta

¹⁶⁶ GARCÍA NINET, J. y VICENTE PALACIO, A.: “Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J., Dir.): *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, 2002, págs. 212 y ss.

¹⁶⁷ MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, 2002, págs. 13 y ss.

¹⁶⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 3 enero 2001 (AS 1213).

¹⁶⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 3 enero 2001 (AS 1213).

laguna legal queda, sin embargo, salvaguardada con la obligación empresarial de adoptar las acciones preventivas y de protección necesarias atendiendo a los resultados de las evaluaciones realizadas, lo cual hace suponer –lógicamente– que, a mayor grado de discapacidad, mayor grado de protección¹⁷⁰.

Así, desde el amplio espectro que trata de proporcionar el art. 25 LPRL, serán también sujetos especialmente protegidos, además de aquéllos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, quienes, sin tenerla reconocida expresamente, “sufran defectos o dolencias físicas tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de análogos efectos” (art. 189 LGSS 1974)¹⁷¹.

En cualquier caso, la tarea del empresario es clara pero abierta: “tener en cuenta dichos aspectos... y adoptar (todas) las medidas de prevención y de protección necesarias”. La determinación de cuáles hayan de ser las medidas necesarias dependerá, obviamente, de la concreta evaluación de los riesgos llevada a cabo por los profesionales designados. Parece, no obstante, que entre las variadas ocupaciones que implicará tal misión, sin duda jugará un papel destacado aquel deber específico contemplado en el Anexo I,A,13 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo y en el punto 15 del Anexo II de la Directiva 1989/645/CEE, de 30 de noviembre, de conformidad con los cuales “los lugares de trabajo y, en particular, las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo, utilizados u ocupados por trabajadores minusválidos, deberán estar acondicionados para que dichos trabajadores puedan utilizarlos”.

2. De otro, “los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que... por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro” (art. 25.1 *in fine* LPRL).

Esta obligación representa un condicionante en el inicio de la relación laboral del minusválido, pues en el momento en el cual el empresario proceda a su encuadramiento profesional no podrá asignarle un puesto que pueda suponer riesgo para sí o para el resto de los miembros de la unidad productiva. Su adecuado

¹⁷⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgo”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, 2006, págs. 173 y ss.

¹⁷¹ Como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, “asma bronquial”. STSJ Aragón 30 octubre 2000 (AS 3183).

encuadramiento también repercute, empero, de manera decisiva durante el desarrollo de la relación y, en particular, en la vigilancia de la salud de los trabajadores discapacitados¹⁷².

En efecto, si bien como regla general la vigilancia de la salud sólo podrá llevarse a cabo con el consentimiento del operario, se exceptúan de tal aquiescencia, previo informe de los representantes de los trabajadores, “los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás o para otras personas relacionadas con la empresa” (art. 22.1 LPRL).

Dadas las particulares circunstancias presentes en la prestación laboral del trabajador minusválido, así como sus posibilidades de agravación o mejora, parece que –tal y como ha reconocido la doctrina judicial– en estos casos los reconocimientos médicos serán obligatorios sin que el minusválido pueda negarse a desarrollarlos¹⁷³. Ahora bien, “se deberá optar por la realización de aquellas pruebas que causen menores molestias al trabajador y sean proporcionales al riesgo”, y se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud (art. 22.2 LPRL)¹⁷⁴. Además, los resultados de la vigilancia serán comunicados tan sólo a los minusválidos afectados (art. 22.3 LPRL), si bien el empresario y las personas u órganos con responsabilidad en la materia serán informados de las “conclusiones” que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención (art. 22.4 LPRL)¹⁷⁵.

De descubrirse con posterioridad que un trabajador inicialmente considerado apto no cumple (bien por error inicial en su encuadramiento profesional bien por agravamiento de la disfunción padecida) con los requisitos físicos y psíquicos necesarios para desempeñar un determinado puesto, procederá aplicar de inmediato las medidas necesarias para solventar tal eventualidad, a través de la readaptación

¹⁷² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, C. y VALDÉS DAL-RE, F., Dirs.): *Seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 1997, págs. 40 y ss.

¹⁷³ STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).

¹⁷⁴ STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

¹⁷⁵ TORRENTS MARGALLEF, J.: “Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, págs. 256 y ss.

del puesto de trabajo y, cuando esto no sea posible, acudiendo a los mecanismos de movilidad funcional o, incluso, geográfica para reubicar al trabajador minusválido en un puesto adecuado¹⁷⁶. Lo que no parece aconsejable, teniendo en cuenta que la prohibición de trabajo contemplada en el inciso final del art. 25.1 LPRL trata de favorecer en todo caso al propio trabajador, es (aunque no existe pronunciamiento judicial expreso al respecto) plantear como solución a tan delicada situación el despido objetivo *ex art. 52.1 a) ET*.

En fin, la inactividad o ausencia de respuesta ante alguno de los deberes impuestos al empresario por el art. 25 LPRL constituirá un incumplimiento objeto de sanción, que variará en función de que la infracción sea calificada de grave o muy grave. Es infracción grave la adscripción de trabajadores discapacitados a puestos de trabajo cuyas condiciones sean incompatibles con sus características personales, así como su dedicación a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 12.7 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social –LISOS–). Y esos mismos hechos se tipifican como muy graves cuando, además de ello, se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 13.4 LISOS).

Sea como fuere y retomando el hilo de las explicaciones, dentro de esta línea de actuación centrada en la garantía de accesibilidad, no cabe soslayar la importancia de la previsión incorporada en el art. 101 de la LCSP, pues contribuye a suprimir cuantos obstáculos urbanísticos y arquitectónicos, en la movilidad y en la comunicación, impidan que las personas minusválidas puedan desarrollar una vida activa y participativa en la comunidad, si bien cabe cuestionar, no obstante, la incorporación de la expresión “en la medida de lo posible”, pues los criterios de accesibilidad han de tenerse en cuenta, en todo caso, como regla general y sin posibilidad de excepción. Lo que sí aclara el art. 101 de la LCSP es que en el supuesto de no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia por el órgano de contratación¹⁷⁷, lo cual no deja de suponer sino ciertas garantías para el colectivo aquí analizado.

¹⁷⁶ SSTSJ Castilla y León/Burgos 24 abril 2001 (AS 2119) ó Castilla y León/Valladolid 13 octubre 1999 (AS 4484).

¹⁷⁷ CES: *Dictamen 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2006, pág. 17.

c) Centros especiales de empleo

Es necesario hacer mención, también, a la disposición adicional séptima de la LCSP, en virtud de la cual se recoge la posibilidad de reconocer una “reserva de participación en procesos de licitación para centros especiales de empleo o bien una reserva de ejecución de contratos en programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales”, la cual supone otra de las novedades tendentes a mejorar las bajas tasas de empleabilidad de los minusválidos con el solo requisito de que en el anuncio de licitación se haga referencia a esta reserva.

Adolecer de una capacidad de trabajo notoriamente disminuida que imposibilite al minusválido prestar una ocupación en una empresa ordinaria, se constituye en el requisito de base para acceder a centros especiales de empleo, definidos como aquéllos cuya plantilla está constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso de producción, y “cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones de mercado y teniendo como finalidad la de asegurar un empleo remunerado y una prestación de servicios de ajuste personal y social; a la vez que un medio de integración de la más elevada cota posible de discapacitados al régimen del trabajo normal” (art. 42.1 LISMI)¹⁷⁸.

Precisamente en atención a la función social que cumplen esos centros, ya sean públicos o privados (con o sin ánimo de lucro), el legislador ha venido primando la creación y viabilidad de los mismos a través de una serie de ayudas y subvenciones económicas, a la par que incentivando la creación directa y el mantenimiento de los puestos de trabajo especiales para minusválidos. En concreto, la primera norma donde se encuentra el apoyo a la creación de centros de empleo protegido, esto es, de acogida, en fomento del empleo, de trabajadores minusválidos, es la Orden de 7 de noviembre de 1968, la cual concedía una serie de ayudas que consistían; por un lado, en subvenciones y préstamos para la creación y mantenimiento del propio centro (ampliación de locales, mejora de las instalaciones, adquisiciones de material...), y por otro, en auxilios destinados a sufragar los gastos derivados del alojamiento y/o manutención de los discapacitados. Con posterioridad, el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre trabajadores minusválidos, dedica una serie de disposiciones destinadas a fomentar la ocupación de este

¹⁷⁸ GARRIDO PÉREZ, E.: “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *TL*, núm. 51, 1999, pág. 64.

colectivo, incidiendo en el interés público por potenciar la creación de centros de empleo protegido, su ampliación o mejora de los existentes, diseñando una bonificación en la cuota empresarial por los trabajadores minusválidos que prestan servicios en los mismos¹⁷⁹.

Finalmente, toda esta línea de promoción de centros de empleo protegidos fue reforzada por la LISMI al apuntar cómo las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias y a través del estudio de necesidades sectoriales, habrían de fomentar la creación y puesta en marcha de centros especiales de empleo, sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades, a la vez que deberían fomentar la dotación de puestos específicos para minusválidos mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales objetivos (art. 45.2). Pero es básicamente en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, regulador de los centros especiales de empleo, donde se indica cómo entre las diversas fuentes de financiación de estos centros, se encuentran, por un lado, las ayudas que para su creación puedan establecer los programas de fomento del empleo y, por otro, los auxilios de mantenimiento a los que pueden acceder como consecuencia de los programas de apoyo al empleo establecidos por las Administraciones públicas, los cuales consisten en subvenciones por plaza ocupada por minusválido, bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social y subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y para la eliminación de barreras arquitectónicas. Ayudas todas estas que son precisamente las que se han venido recogiendo en las sucesivas convocatorias anuales de subvenciones públicas y programas de fomento desde 1984 hasta el momento presente¹⁸⁰.

Los centros especiales de empleo no solamente se asimilan a la empresa ordinaria estructurándose sobre una actividad productiva y una participación regular en las operaciones de mercado (art. 42 LISMI), sino que se benefician también del reconocimiento y la ayuda de las instituciones públicas mediante su inscripción en un registro especial y el acceso a bonificaciones y subvenciones destinadas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo con el fin último de poder cumplir con la función social que tienen encomendada (art. 43 LISMI)¹⁸¹. Dentro de esta línea de tutela pública tendente a favorecer la inserción de trabajadores dis-

¹⁷⁹ TUSET DEL PINO, P.: "El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Gestión y financiación", en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, págs. 155 y ss.

¹⁸⁰ LAHERA FORTEZA, J.: "Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados", en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005, págs. 89 y ss.

¹⁸¹ TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000, pág. 147.

capacitados en el mercado ordinario a través de los centros especiales de empleo destinados facilitarles una ocupación y unos servicios de ajuste personal y social capaz de permitir que tales trabajadores se encuentren en mejores condiciones que las iniciales de partida para poder acceder a las empresas ordinarias¹⁸², no puede extrañar que la disposición adicional séptima de la LCSP siga la estela de la Directiva 2004/18, en el sentido siguiente: a los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades y de contribuir a la inserción en la sociedad de los grupos más desfavorecidos, esta Directiva, en su precepto número 19, establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan reservar, sin especificar cuantitativamente esa reserva, la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, siempre que la mayoría –es de suponer que a partir de la mitad más uno– de los trabajadores afectados, sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales¹⁸³. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado también, reiterando el tenor de la norma comunitaria, que “los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”¹⁸⁴. Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido admitiendo, igualmente y sin óbice alguno, la posibilidad de reservar determinados contratos a cooperativas y otras empresas de economía social¹⁸⁵.

Cabe deducir, pues, con toda claridad que la prestación de servicios a favor de un centro especial de empleo tiene la consideración de auténtico trabajo protegido merecedor de la reserva recogida en la disposición adicional 7ª de la LCSP. No se alcanza a comprender, sin embargo, la ausencia de todo tipo de referencia a los centros ocupacionales en esta misma disposición¹⁸⁶, no en vano éstos ofrecen a

¹⁸² GARRIDO PÉREZ, E.: “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003, pág. 56.

¹⁸³ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 235.

¹⁸⁴ STJCE 1997/129, de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare-Lombardia.

¹⁸⁵ STS, Cont-Admtivo, 3 julio 1991 (RJ 1991, 6548).

¹⁸⁶ La reserva de participación prevista únicamente se establece a favor de las Entidades formalmente constituidas como centros especiales de empleo, no resultando admisible la extensión a cualesquiera otro tipo de entidades, salvo que, como señala el Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de

las personas minusválidas, cuya capacidad queda por debajo de los límites que permiten su integración dentro de la fórmula productiva del centro especial de empleo, el desarrollo de una ocupación o actividad frontera entre el trabajo y los tratamientos de rehabilitación a través de la ocupación y la prestación de actividad; en tales centros se realizan trabajos no estrictamente productivos, cuya finalidad esencial es potenciar y desarrollar las capacidades sociales y profesionales del discapacitado, con el fin último de conseguir su adaptación psicológica, médica, social y profesional, procurando colocar a la persona discapacitada en aquellas tareas más adaptadas a su situación personal (Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre)¹⁸⁷. La única explicación posible a la ausencia de todo tipo de mención a estos centros ocupacionales en la disposición adicional 7ª de la LCSP puede encontrarse en el hecho de que la actividad llevada a cabo en los mismos no es estrictamente laboral, sino formativa y de terapia, de modo que los centros ocupacionales no tienen naturaleza empresarial sino de servicio social (art. 6 LISMI). Tal justificación quiebra, no obstante, si se tiene en cuenta la siguiente argumentación:

Cierto es que mientras los centros especiales de empleo se configuran como auténticas estructuras empresariales en las que los minusválidos prestan un trabajo productivo y remunerado, con vistas no sólo a su mayor capacitación social y profesional, sino también a un posible acceso al régimen de trabajo ordinario, los centros ocupacionales desarrollan, empero, un servicio social, permitiendo que los minusválidos realicen una serie de actividades o labores no productivas (terapia ocupacional) a la vez que reciben unos tratamientos de ajuste personal y social capaces de procurar a su favor una mayor habilitación personal y una mejor adaptación a la realidad social. A diferencia, pues, de los primeros, estos últimos vienen caracterizados por su finalidad esencialmente terapéutica, desarrollando programas orientados a la conservación de las facultades de los minusválidos, a su autonomía y a su satisfacción personal y social, lo que acoge igualmente su preparación para prestar en el futuro una actividad laboral o productiva¹⁸⁸. La distinta configuración de unos y otros centros se hace, pues, partiendo del grado de discapacidad que tuviera el minusválido y, dependiendo de la misma, posibilitán-

Contratación Administrativa de Aragón, mediante norma –autonómica– de rango legal se amplien los beneficiarios de tales reservas. BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, cit., pág. 221.

¹⁸⁷ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones sociales, fiscalidad*, Valencia, 2000, pág. 169.

¹⁸⁸ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000, pág. 47.

dose que éste pueda realizar bien una actividad laboral productiva (en un centro especial de empleo) o bien no productiva (en un centro ocupacional)¹⁸⁹. Si embargo, no puede dejar de advertirse el peligro de que en los centros ocupacionales se puedan estar realizando por parte de trabajadores minusválidos una serie de servicios o tareas que encubren en esencia una auténtica relación laboral. La falta de contornos claros dentro de lo que debe ser una ocupación de naturaleza jurídico-laboral y otra de índole terapéutica, y lo más preocupante, la carencia de precisiones normativas al respecto y de un control y seguimiento público de las actividades desarrolladas por los centros ocupacionales (al menos en atención al correcto destino de las subvenciones y ayudas otorgadas), facilita en esencia posibles desviaciones funcionales de una medida de formación ocupacional básica y de servicio social como es la que se trasluce tras un centro ocupacional hacia una auténtica prestación de servicios profesionales retribuidos y por cuenta ajena¹⁹⁰. Por tales razones, procede apostar porque una futura reforma legislativa incluya también a los centros ocupacionales dentro de la reserva aquí analizada, no en vano la finalidad de la disposición adicional 7ª de la LCSP no es otra que la tantas veces mencionada: el incremento de las escasas tasas de ocupación de los discapacitados.

d) La cláusula de progreso

La necesidad de que las prestaciones correspondientes a los servicios públicos se vayan adaptando a los avances científicos y técnicos y, en general, al progreso evolutivo socioeconómico, cobra pleno sentido en el 230.4 de la LCSP, el cual establece la obligación del concesionario de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación. La sola lectura de este precepto manifiesta la clara voluntad de la Administración o, mejor, del propio ordenamiento, de impedir la inaplicación del progreso científico y técnico a las actividades que ya se están realizando conforme a autorizaciones administrativas otorgadas con anterioridad. El Derecho impone, pues, al adjudicatario la continua adecuación de los procesos autorizados a los avances de la ciencia y la tecnología, conceptos jurídicos indeterminados para cuya concreción están llamadas a jugar un papel importante las normas técnicas que progresivamente han sido alum-

¹⁸⁹ IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003, pág. 130.

¹⁹⁰ GARRIDO PÉREZ, E.: *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, cit., pág. 49.

bradas por la ciencia y recogidas tanto en disposiciones precisas como en prescripciones más abiertas¹⁹¹. Se trata de deparar, con ello, unos mayores niveles de protección medioambiental o, por lo que aquí interesa, de beneficios a los destinatarios finales de los servicios prestados en régimen de concesión, singularmente a aquéllos afectados por algún tipo de discapacidad. Procede parar un momento la atención para dilucidar quién debe asumir los costes que indudablemente está llamada a generar la aplicación de esta cláusula de progreso. Se trata de un tema de indudable importancia debido a los dilatados plazos con que suelen operar los contratos de concesión de obra pública, de manera que durante su vigencia, no es que sean probables, sino que son seguras las innovaciones científicas y técnicas cuya aplicación a aquéllos puede mejorar el cumplimiento del contrato y, con ello, el nivel de satisfacción de los destinatarios de las prestaciones inherentes a la explotación de la infraestructura pública por el concesionario, singularmente las personas aquejadas por algún grado de discapacidad. Siendo esto así, necesariamente surge la duda acerca de quién debe soportar los costes que genera el cumplimiento del contrato conforme a unas exigencias, impuestas por el progreso, diferentes de aquéllas bajo las que se pactó la concesión.

Pues bien, el interrogante planteado, lejos de simplificaciones que supongan cargar a alguna de las dos partes del vínculo contractual, es decir, al contratista o a la Administración, en función de que se considere que los “costes del progreso” constituyen uno más de los de explotación, en cuyo caso habrían de ser soportados por el contratista¹⁹², o bien, por el contrario, se tengan en todo caso por costes no previstos en el contrato que, por ello, suponen una ruptura del equilibrio financiero, ajena al contratista cuya recompensa corresponde a la Administración¹⁹³, la respuesta debe ser matizada atendiendo al contenido material de lo impuesto por las propias normas que dan acogida a los avances científicos y técnicos¹⁹⁴. Si en el contrato de concesión de obra pública, el contratista ha de cumplir sus obligaciones a su riesgo y ventura y, entre ellas, debe “mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad

¹⁹¹ QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *REDA*, núm. 131, 2006, págs. 421 y ss.

¹⁹² MARTÍN HUERTA, P.: “Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato (arts. 245 a 248)”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentario a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, págs. 245 y ss.

¹⁹³ TORNOS MAS, J.: “Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pág. 1.245.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 762.

y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios” (art. 230.4 LCSP), la obligación que pesa sobre él, derivada de la cláusula de progreso que contiene, se halla delimitada por la noción de mantenimiento de la obra pública; con ese límite, podría pensarse que los costes que genere su cumplimiento deben correr por cuenta del concesionario a lo largo del período de vigencia del contrato. Los mayores o menores avances científicos y técnicos que se produzcan y sean plasmados en normas jurídicas, así como los gastos que puedan generar, siempre dentro de los límites del mantenimiento de la obra pública, formarían parte del *aleas* que, como empresario, el concesionario debe soportar.

Habría que concluir, por tanto, que más allá de lo que fueran costes de mantenimiento, tampoco ajenos a la materialización de exigencias derivadas de la cláusula de progreso, deberían serle compensados de una u otra forma al concesionario, no en vano esos costes pueden romper el equilibrio financiero alcanzado entre las partes¹⁹⁵.

e) Las exigencias del diseño para todos

En fin –y como cláusula de cierre–, la disposición adicional 21^a de la LCSP establece, como garantía indiscutible de accesibilidad para los discapacitados, la necesidad de que, en el ámbito de la contratación pública, se proceda a la determinación de los medios de comunicación admisibles, al diseño de los elementos instrumentales y a la implantación de los trámites procedimentales, sin perder de vista en ningún caso los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos en los términos definidos en la Ley 51/2003¹⁹⁶.

Como técnica adicional que permita cumplir con la voluntad legal de que la persona con discapacidad trabaje, los poderes públicos se imponen a sí mismos la obligación de integración laboral de los sujetos con diversidad funcional, pero además obligan a todos (entidades, asociaciones y personas privadas) a asumir el deber de colaborar en el cumplimiento de tal obligación¹⁹⁷. El diseño para todos, que es la actividad por la que se conciben o proyectan, desde el origen y siem-

¹⁹⁵ QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *REDA*, núm. 131, 2006, pág. 436.

¹⁹⁶ AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos Públicos 2008-2009*, Madrid, 2007, pág. 986.

¹⁹⁷ ITURRI GÁRATE, J.: “Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007, pág. 311.

pre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, aparece como una vía adecuada para garantizar la igualdad de oportunidades y su participación activa en la sociedad, que la LCSP no ha podido olvidar.

El diseño para todos significa, pues, superar el estigma de la diferencia con que tradicionalmente se ha tratado a las personas con discapacidad y asumir que sus condicionantes en relación con el entorno están en igual plano que otros más comunes y compartidos, tales como la edad, la actividad que se realiza o la limitación temporal de alguna función; supone asumir que la dimensión humana no está definida por unas capacidades, medidas o prestaciones, sino que debe contemplarse de manera más global, de modo que la diversidad sea la norma y no la excepción¹⁹⁸.

1.2.2. Empresas de inserción

No cabe duda de que “si el siglo XIX se cerró con la herida de la cuestión obrera y sus secuelas de pauperismo, miseria, explotación y muerte prematura, el siglo XX termina y el XXI se abre con otra herida: la cuestión de la exclusión, con sus satélites de marginalidad, inadaptación y desagregación”¹⁹⁹. No puede extrañar, por tanto, que la Comunicación de la Comisión europea de 2005 sobre la Agenda Social anunciara la proposición por parte de dicha Comisión de un Año Europeo (2010) de lucha contra la pobreza y exclusión social. Los colectivos afectados por esta situación son cada vez más cuantiosos en España y en el conjunto de la Unión Europea²⁰⁰, consecuencia lógica, pero no inevitable, de la tendencia creciente a la fragmentación de nuestras sociedades, “donde un tercio de la población vive hoy en condiciones de pobreza y desventaja social”²⁰¹.

La exclusión no supone sólo un problema individual sino un verdadero riesgo social capaz de generar una dialéctica de fragmentación en los términos “dentro”

¹⁹⁸ I Plan nacional de accesibilidad 2004-2012. www.mtas.es.

¹⁹⁹ Citando a GARCÍA ROCA, ROJO TORRECILLA, E.: “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *RL*, núm. 8, 1998, pág. 425.

²⁰⁰ DAVISTER, C.; DEFOURNY, J. y GREGOIRE, O.: “Les entreprises sociales d’insertion dans l’Union Européene”, *Working Paper*, núm. 3/11, European Research Network (EMES).

²⁰¹ VILANOVA, E. y VILANOVA, R.: *Las otras empresas. Experiencias de economía alternativa y solidaria en el Estado Español*, Madrid, 1996, pág. 216.

(*insiders*) y “fuera” (*outsiders*), dando origen a un nuevo “sociograma” cada vez más abundante de personas especialmente vulnerables²⁰². Estos sujetos, particularmente desfavorecidos, en situaciones de marginación o de exclusión, encuentran especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo, debido a sus carencias sociales, económicas, educativas y de cualificación laboral, con lo que el ejercicio de un trabajo, derecho y deber de todo ciudadano consagrado en el art. 35 CE, presenta para ellos numerosos problemas debido a la desmotivación personal, al desconocimiento o abandono de los hábitos sociales y laborales básicos, así como a la carencia de niveles educativos mínimos y la falta de adaptación profesional.

En esta nueva centuria, la lucha contra la exclusión pasa preferentemente por la búsqueda de soluciones al problema del desempleo padecido por los colectivos más desfavorecidos, pues “del paro a la mentada exclusión hay poco trecho si no se toman las medidas adecuadas para evitarlo”, siendo prioritario lograr una estrecha relación entre las acciones emprendidas por las diferentes Administraciones públicas, la iniciativa social y la empresa privada. Cierto es que, en una sociedad capitalista de mercado, la posición social de cada ciudadano viene determinada por su respectiva ubicación en el mercado de trabajo, posición que incide directamente en el nivel de libertad y autosuficiencia que cada miembro de la ciudadanía posee, determinando, a su vez, la posibilidad real de disfrutar y ejercitar otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la educación y la formación, a una vivienda digna, etc. No menos cierto resulta, en consecuencia, que el trabajo confiere al individuo coordenadas de referencia en la sociedad; permite la interacción con los demás; otorga un *status* y un nivel de autoestima, sancionados por una remuneración y una identidad social; posibilita la participación en la vida pública, a través de instituciones u organizaciones de más amplio carácter –empresas, sindicatos...– y, lo que es más importante, estructura y da sentido a la existencia del sujeto ocupado²⁰³.

La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos marginados no puede ser, por tanto, negada. Dado que el derecho al trabajo y el deseo de trabajar es algo consustancial a la persona humana, no puede extrañar que la peor situación en la que un sujeto se puede encontrar sea precisamente la de “excluido del mercado laboral”, pues ello

²⁰² VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Granada, 2008, pág. 28.

²⁰³ VIDAL, I.: “El mercado, el Estado del bienestar y el sector de la economía social”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M. I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de la empresa de economía social*, Oviedo, 2002, pág. 38.

conlleva implícita y lógicamente una especial vulnerabilidad. La paridad de oportunidades en el empleo constituye, a la postre, uno de los instrumentos esenciales para garantizar un igual disfrute de los derechos fundamentales, al tiempo que se convierte en una importante garantía de tutela en la lucha contra la exclusión social. Es necesario, pues, poner en marcha políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos, dedicando especial atención –como no podía ser de otra manera– a las políticas de integración en el mundo laboral²⁰⁴ y de formación profesional²⁰⁵.

Precisamente, la incorporación al mercado de trabajo de los colectivos más marginados o excluidos es el objetivo prioritario perseguido por el párrafo segundo de la disposición adicional sexta de la LCSP. A tal fin, y siguiendo el modelo del apartado primero anteriormente analizado, establece, como novedad –pues la LCAP guardaba silencio al respecto–, “la preferencia en la adjudicación de contratos, en igualdad de condiciones con las que sean económicamente más ventajosas, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, reguladas en la disposición adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos excluidos, cuya situación será acreditada por los servicios sociales públicos competentes”.

La incorporación de este tipo de cláusula social en los pliegos de condiciones de los contratos de las Administraciones públicas, en el sentido de recoger expresamente como condición a tener en cuenta en el desempate la circunstancia de que la empresa que concursa tenga en su plantilla trabajadores en situación de exclusión social, responde a una propuesta efectuada en su momento por el Consejo Económico y Social²⁰⁶, con el fin de promocionar la contratación de aquellos colectivos especialmente desfavorecidos y con graves dificultades de acceso al mercado laboral.

²⁰⁴ ROJO TORRECILLA, E.: “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, cit., pág. 429.

²⁰⁵ CES: *Informe sobre el V Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social, 2008-2010*, núm. 3, 2008, pág. 13.

²⁰⁶ CES: *Dictamen 5/1998, sobre el anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 13.

La inclusión de los sujetos más vulnerables entre los beneficiarios de las medidas de fomento del empleo fue establecida por vez primera en el art. 28 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, manteniéndose desde entonces en los sucesivos programas²⁰⁷. Conforme al actual (art. 2.5 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), se incentiva la contratación, tanto indefinida como temporal, de “trabajadores en situación de exclusión social, incluidos en los colectivos relacionados en la disposición adicional segunda de esta norma, y que tengan acreditada tal condición por los servicios sociales u órganos competentes”. El legislador es consciente, pues, de la dificultad que acompaña a estos grupos en el momento de acceder a un puesto de trabajo, por lo que prima al empresario que decide incluirlos en su plantilla, a través de un beneficio económico deducible de las cuotas que debe abonar a la Seguridad Social²⁰⁸. Si se trata de una contratación indefinida la bonificación asciende a 850 euros/anuales (70,83 euros euros/mes) durante cuatro años. Si la contratación es temporal la bonificación asciende a 41,67 euros/mes (500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato. Sin duda este tipo de apoyos públicos constituyen la inspiración inmediata de la preferencia en la adjudicación de los contratos administrativos establecida a favor de aquellas empresas que precisamente dan ocupación a estos sujetos cuya empleabilidad se tiende a potenciar.

Desde esta misma perspectiva, el Real Decreto Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, reconoce a favor de aquellos trabajadores con graves problemas de empleabilidad, que participen en acciones de orientación, la recepción, durante el tiempo que permanezcan incluidos en dichas acciones, de una subvención de 350 euros al mes, o parte proporcional por períodos inferiores, durante un plazo máximo de tres meses, siempre y cuando no sean beneficiarios de prestaciones y carezcan de rentas superiores al IPREM mensual.

Bajo tales premisas, la redacción del párrafo segundo de la disposición adicional sexta de la LCSP obliga a profundizar, siquiera brevemente, en las tres cuestiones siguientes:

²⁰⁷ LUJÁN ALCARAZ, J.: “El nuevo programa de fomento de empleo”, AS, núm. 20, 2007, pág. 23.

²⁰⁸ MORGADO PANADERO, P.: “Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales”, RL, núm. 2, 2007, pág. 29.

A) Apunte sobre su régimen jurídico

Las empresas beneficiarias de la preferencia en la adjudicación de los contratos, siempre y cuando hayan efectuado propuestas en igualdad de condiciones con las económicamente más ventajosas, han de dedicarse específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social. Conviene aclarar, no obstante, que la referencia a la disposición adicional 9ª de la Ley 12/2001, debe entenderse actualmente superada, no en vano ha sido expresamente derogada por la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de las empresas de inserción. El escueto marco normativo incorporado a la Ley 12/2001, y la necesidad de un entramado de ayudas normalizadas a favor de este tipo de empresas capaz de superar las dificultades de financiación que rodeaba a las mismas hicieron necesario el establecimiento de una nueva ordenación legal completa y detallada sobre las mismas, tal y como exige el V Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2008-2010.

Conviene recordar a estos efectos cómo la disposición adicional quinta de la Ley 43/2006 había encargado al Gobierno la aprobación de una norma con rango de Ley para regular con detalle el régimen de las empresas de inserción, que pudiera servir como marco de actuación para las distintas Comunidades Autónomas²⁰⁹, no en vano la mayor parte de las autonomías territoriales, en el ejercicio de las prerrogativas atribuidas por la Constitución y por sus respectivos Estatutos de Autonomía, han venido desarrollando las competencias que tienen atribuidas en materia de economía social y empleo, regulando medidas de fomento a la contratación laboral de personas en situación de exclusión social, y además concediendo subvenciones para la formación de estos colectivos²¹⁰. Tal mandato ha sido cumplido mediante la promulgación de la mencionada Ley 44/2007, cuyo art. 4 define a las empresas de inserción como aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario. Su objeto social es, pues, la plena inte-

²⁰⁹ PÉREZ REY, J.: “Cuando la Ley no es suficiente: el fomento del empleo en la reforma laboral de 2006”, *RDS*, núm. 38, 2007, pág. 72.

²¹⁰ ROJO TORRECILLA, E.: “La regulación jurídica de las empresas de inserción”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M. I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Oviedo, 2002, pág. 249.

gración laboral y el acceso al empleo normal de las indicadas personas a las que luego se hará referencia detallada²¹¹.

Son empresas que contratan legalmente a todos sus empleados y que dedican una parte importante de sus puestos de trabajo a individuos con graves dificultades de empleabilidad con el único objetivo de que se puedan formar y adaptar a un entorno laboral normalizado²¹². “Con ellas se busca, mediante el empleo, la socialización de los excluidos sociales”²¹³, pero excepcionando esta funcionalidad, las empresas de inserción no difieren (salvo en la necesidad de que su plantilla esté compuesta, como mínimo, por un 30 por 100 –durante los tres primeros años– o por un 50 por 100 –a partir del cuarto– de marginados sociales) de cualquier otra empresa, pudiendo adoptar todo tipo de estructura mercantil e incluso asociativa²¹⁴, siempre y cuando sean promovidas por entidades públicas o sin ánimo de lucro (art. 6)²¹⁵.

Al objeto de conseguir la finalidad de integración que se proponen, las empresas de inserción diseñan, para cada trabajador, un itinerario que persigue suplir las carencias y alcanzar los aprendizajes necesarios para lograr el suficiente grado de empleabilidad que permita su posterior acceso al mercado de trabajo ordinario (art. 3). Dicho itinerario se caracteriza por las notas de voluntariedad (la decisión de seguirlo corresponde al propio afectado), singularidad (se elabora para cada individuo en concreto, teniendo en cuenta sus características y circunstancias) y personalización (con seguimiento particularizado por un tutor según un plan flexible previamente acordado)²¹⁶.

Por su parte, el art. 5 de la Ley establece los requisitos que han de reunir estas empresas:

²¹¹ VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)”, *RTSS (CEF)*, núm. 298, 2008, págs. 115 y ss.

²¹² LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L. M.: *Las empresas de inserción en España*, Madrid, 2002, pág. 157.

²¹³ MORALES ORTEGA, J.: “Los destinatarios de las políticas de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y CALVO GALLEGO, F. J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 293.

²¹⁴ LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L. M.: *Las empresas de inserción en España*, cit., pág. 158.

²¹⁵ ROJO TORRECILLA, E.: “La regulación jurídica de las empresas de inserción”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M. I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Oviedo, 2002, pág. 267.

²¹⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005, pág. 191.

- a) Estar promovidas y participadas por una o varias entidades promotoras (entidades sin ánimo de lucro, incluidas las de derecho público, asociaciones sin fines lucrativos y fundaciones). Esta participación será al menos de un 51 por 100 del capital social para las sociedades mercantiles. En el caso de sociedades cooperativas y sociedades laborales, dicha participación deberá situarse en los límites máximos recogidos en las diferentes legislaciones que les sean de aplicación a los socios colaboradores o asociados. Dado que las empresas de inserción responden a la finalidad de incrementar las tasas de empleabilidad de personas especialmente desfavorecidas, junto al hecho de una necesaria tutela por parte de las Administraciones públicas, tienen que reinvertir la mayor parte de sus posibles beneficios económicos en la ampliación o mejora de sus estructuras productivas o de inserción.
- b) Encontrarse inscritas en el registro correspondiente a su forma jurídica, así como en el registro administrativo de empresas de inserción correspondiente.
- c) Mantener en cómputo anual un porcentaje de trabajadores en proceso de inserción, cualquiera que sea la modalidad de contratación, de al menos el 30 por 100 durante los primeros tres años de actividad y al menos el 50 por 100 a partir del cuarto año, no pudiendo ser el número de aquéllos inferior a dos. Cabe utilizar cualquiera de las modalidades contractuales de contratación de duración determinada previstas en la legislación laboral, posibilitándose una adaptación del contrato de trabajo temporal de fomento del empleo como fórmula contractual vinculada a la ejecución de un itinerario de inserción, el cual podrá concertarse, como regla general, por un período mínimo de doce meses y máximo de tres años (art. 15).
- d) No realizar actividades económicas distintas a las de su objeto social.
- e) Aplicar, como mínimo, el 80 por 100 de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de sus estructuras productivas y de inserción.
- f) Presentar anualmente un balance social de la actividad de la empresa que incluya la memoria económica y social, el grado de inserción en el mercado laboral ordinario y la composición de la plantilla, la información sobre las tareas de inserción realizadas y las previsiones para el próximo ejercicio.
- g) Contar con los medios necesarios para cumplir con los compromisos derivados de los itinerarios de inserción sociolaboral, destinados a potenciar las capaci-

dades de las personas a través de procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación, habituación laboral y social y, en su caso, servicios de intervención y acompañamiento social.

Cumplidos estos requisitos, no cabe duda de que la finalidad de inserción profesional cualifica su objeto social, pero tampoco deja de ser cierto que las empresas de inserción son verdaderas sociedades que desarrollan una actividad económica de producción de bienes y servicios para el mercado. Otra cosa es que determinados sectores de actividad puedan considerarse más apropiados para acoger a este tipo de empresas (como pueden ser, tal y como señala la Comisión Europea, los servicios de la vida diaria –a domicilio, cuidado de menores...–, servicios de mejora de la calidad de vida –reparaciones, seguridad, transporte, revalorización de espacios públicos, servicios de proximidad, catering, cuidado de enfermos...–, servicios culturales y ocio y servicios medioambientales) y también es otra cosa que la experiencia de las empresas de inserción españolas se haya desarrollado sobre todo en el ámbito de la ecología y la recuperación de residuos²¹⁷. Tales campos típicos de actuación hacen que la contratación con las Administraciones públicas constituya una parte muy importante en la actividad productiva de estas organizaciones productivas.

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

Estando vigente la Ley 12/2001, no se alcanzaba a entender la expresión utilizada por el párrafo segundo *in fine* de la disposición adicional sexta de la LCSP, en virtud de la cual “se valorará el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas pertenecientes a los colectivos excluidos”. Puesto que el hecho de ser empresa dedicada a la promoción e inserción laboral (cuyo requisito fundamental era contar con un mínimo del 30 por 100 de trabajadores excluidos socialmente en su plantilla) ya otorgaba por sí mismo

²¹⁷ LUJÁN ALCARAZ, J.: “Empresas de inserción”, AS, núm. 20, 2007, pág. 3.

preferencia en caso de empate, el añadido del compromiso de efectuar este tipo de contrataciones en tal parámetro podía servir de base a una puntuación específica añadida en el baremo de adjudicación²¹⁸, lo cual demostraba la necesidad de elevar la cuota indicada del 30 por 100 si se quería que tal precisión tuviera algún sentido. Esta afirmación cobra aún más sentido si se atiende al nuevo tenor literal incorporado al párrafo c) del art. 5 de la Ley 44/2007, pues, como ya consta, el porcentaje de trabajadores en proceso de inserción ha de ser al menos del 30 por 100 durante los tres primeros años y de al menos el 50 por 100 a partir del cuarto.

Una interpretación posible, que puede salvar la contradicción detectada, consiste en entender que, con grandes dosis de flexibilidad y para promocionar la contratación de los excluidos sociales, la LCSP no sólo otorga prioridad en el desempate entre ofertas equivalentes a las empresas de inserción en sentido estricto, sino también a aquellas entidades que, sin serlo, se comprometan a contratar excluidos sociales por encima del parámetro indicado, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con las cooperativas de iniciativa social, reguladas en el art. 106 de la Ley 27/1999, de 19 de julio²¹⁹.

Procede alertar también, como crítica adicional, el hecho de que la Ley 44/2007, no se refiera para nada a lo previsto en la disposición adicional 6ª.2 de la LCSP, ni siquiera cuando regula las medidas destinadas por los poderes públicos al apoyo a la creación y mantenimiento de estas empresas (art. 16.1), singularmente mediante el establecimiento de bonificaciones a las cuotas de seguridad social, compensaciones económicas por los sobrecostes laborales derivados de los procesos de inserción o ayudas a la inversión fija afecta a la realización de su objeto social (art. 16.3). La única remisión que la Ley 44/2007, efectúa a la LCSP se encuentra en la disposición adicional primera, en virtud de la cual se aclara cómo “las condiciones especiales de ejecución de los contratos podrán incluir consideraciones relativas a la situación de la exclusión social de los trabajadores vinculados a la realización del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público”.

Pese a que la importancia de esta previsión no debe pasar desapercibida, pues supone un paso importante en el establecimiento de cláusulas sociales en la fase

²¹⁸ PÉREZ-ILLZARBE, J. A.: “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan*, 40, 2006, pág. 27.

²¹⁹ Entidades sin ánimo de lucro que tienen como objeto social, entre otros, el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social. MARTÍN PUEBLA, E.: “Empresas de inserción y política de empleo”, *AS*, núm. 22, 2007, pág. 5.

de ejecución del contrato, lo cierto es que debería haberse producido una mayor coordinación entre ambas disposiciones normativas (la Ley 44/2007, y la LCSP).

B) Los colectivos marginados

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

Lugar primero y principal ocupan las personas con escasez de recursos económicos, quedando englobados en dicho grupo los perceptores de rentas mínimas de inserción (o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma) o aquellos otros que no puedan acceder a dichas percepciones, bien por no cumplir el período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la unidad perceptora, o, incluso, por haber agotado el período máximo de disfrute legalmente establecido²²⁰. Basados en la idea de que toda persona tiene derecho a un nivel irreductible de percepciones que le garanticen la cobertura de sus necesidades básicas y vitales, los ingresos mínimos de inserción vienen configurados como una prestación económica con devengo mensual pero de duración no indefinida, que pretende proporcionar un suelo mínimo de recursos dinerarios a quienes carecen de los esenciales, a la vez que se llevan a cabo las actuaciones orientadas a lograr la autosuficiencia de personas afectadas mediante su plena integración social y laboral²²¹. En realidad, puede decirse que constituyen simultáneamente una prestación económica y un servicio social, en la medida en que vienen a dotar de unas percepciones básicas a los sujetos que carecen de recursos, persiguiendo, al tiempo, su integración social, a cuyo efecto contemplan una relación de tracto sucesivo entre el beneficiario y la Administración concedente que conlleva la obligación por parte de aquél de desa-

²²⁰ Un análisis de las rentas de inserción en SUSIN BENTRAN, R.: *La regulación de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Logroño, 1977; ROJO TORRECILLA, E.: "Protección social y rentas mínimas de inserción: de la cobertura económica al derecho de ciudadanía", en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Seguridad Social y protección social. Temas de actualidad*, Madrid, 1986, págs. 93 y ss.; MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M. A.: *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Barcelona, 1991; GARCÍA ROMERO, M. B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, 1999; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, 1999 ó GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: "Las pensiones dinerarias; en particular, los ingresos mínimos de inserción y el debate sobre la renta básica", *DA*, núm. 271-272, 2005, págs. 441 y ss.

²²¹ MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M. A.: *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Barcelona, 1991, págs. 241 y ss.

rollar determinadas actuaciones encaminadas a conseguir tal inserción²²², razón por la cual la inclusión de este colectivo entre el elenco de sujetos en situación de exclusión social no puede considerarse sino acertada.

El requisito de estar empadronado con una antelación mínima para tener derecho al percibo de la renta mínima obedece a una causa fundamental: la prestación económica acarrea normalmente la inclusión del beneficiario en un servicio social y la adopción por el mismo de unos comportamientos destinados a promover su inserción, por lo que es fundamental la acreditación de alguna circunstancia que garantice la asunción de sus compromisos y la eficacia del programa de acción social en que se inserta. Obviamente, ambos propósitos son muy difíciles de cumplir si no se evita la tendencia de ciertos colectivos marginales al cambio de residencia, pues no hemos de olvidar que la prestación económica no constituye un fin en sí misma, salvo parcialmente, como consecuencia de su operatividad en situaciones de indigencia. Es cierto que, a veces expresamente, se ha reconocido una cierta finalidad “antimigratoria” a dichas disposiciones, lo cual supone el establecimiento de un mecanismo que impida la promoción de flujos de migración ficticios, con el consiguiente incremento de los focos marginales de la población en un determinado territorio, pero ello no puede ser sino valorado de forma positiva en el marco de la implantación de un sistema prestacional cuya viabilidad y eficacia dependen del adecuado destino de unos fondos y disponibilidades presupuestarias que se caracterizan por su escasez²²³. De ahí que si el requisito de empadronamiento no se cumple o ya se ha agotado el percibo de la ayuda, ello no es óbice para afirmar que estamos igualmente en presencia del elemento esencial de la definición de la situación jurídica de la renta mínima de inserción, pues sólo se trata de un incumplimiento de una simple carga jurídica para la obtención del auxilio económico²²⁴. Si bien el segundo supuesto no plantea problema alguno, y es muy razonable, no puede decirse lo mismo del primero, pues si se atiende a la situación de los inmigrantes que no tengan regularizada su presencia en un determinado territorio –municipio–, lo normal es que sí estén, como es cada vez más habitual, empadronados en él. Cuando la LCSP habla de falta del período exigido de residencia, no queda claro si se refiere sólo a la residencia legal o también lo hace a la residencia ficticia.

²²² ROJO TORRECILLA, E.: “Protección social y rentas mínimas de inserción: de la cobertura económica al derecho de ciudadanía”, en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Seguridad Social y protección social. Temas de actualidad*, Madrid, 1986, págs. 93 y ss.

²²³ LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Ingresos mínimos y organización territorial”, *Documentación Social*, núm. 78, 1990, págs. 79 y ss.

²²⁴ LAPARRA NAVARRO, M.; GAVIRIA LABARTA, M. y AGUILAN HENDRICKSON, M.: “Las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas”, *Documentación Social*, núm. 196, 1994, págs. 201 y ss.

Naturalmente, no cabe entrar a analizar aquí una cuestión tan relevante en el plano práctico como compleja desde el punto de vista teórico. Baste con indicar que, por un lado, parecería sorprendente que una norma legal no presupusiera también la legalidad de esa residencia, por lo que bien podría interpretarse que la LCSP está exigiendo que la ausencia del plazo legal o reglamentariamente fijado en la normativa autonómica lo sea en relación con la residencia legal. Pero, por otro, ha de recordarse que ciertas leyes de las Comunidades Autónomas permiten el acceso a los programas de inserción –no a la renta económica– a personas inmigradas extranjeras en situación irregular. La cuestión dista, pues, de tener una respuesta fácil²²⁵.

Junto a los posibles perceptores de rentas mínimas de inserción, también tienen cabida personas que, pese a que también pudieran tener problemas económicos, lo que realmente les enmarca en estos colectivos excluidos, es la existencia de ciertas “dificultades” sociales previas, las cuales les sitúan en distintos procesos de reinserción social. Así, estarán encuadrados los jóvenes, mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores; personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación privativa de libertad les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales o exreclusos²²⁶.

Sin embargo, no se hace referencia, lo cual no deja de ser criticable, a los menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo, así como a los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los exinternos. También se echa de menos algún tipo de alusión a los extranjeros o pertenecientes a determinadas etnias, que suman a su posición laboral como “ajenos” el peso de una discriminación social arraigada²²⁷.

No debe pasar inadvertido, por una parte, que la inmigración es campo de cultivo para la economía sumergida; ni que decir tiene que con ella el inmigrante no

²²⁵ VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)”, cit., pág. 136.

²²⁶ PANIZO ROBLES, J. A.: “El nuevo programa de fomento del empleo (comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo”, *RTSS (CEF)*, núm. 280, 2006, pág. 74.

²²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E.: “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007, pág. 274.

sólo va a prestar su fuerza de trabajo en términos de precariedad, sino que no va a disfrutar de ninguna de las garantías que conlleva la relación laboral, de la que se deriva su propia regulación²²⁸. Probablemente la situación del extranjero pueda mejorar como consecuencia del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2006-2009). Se trata de un Programa (en el que han participado todos los agentes implicados –desde la Administración hasta los interlocutores sociales, pasando por organizaciones no gubernamentales–) que, con una importante inversión económica, busca la inserción del inmigrante y para ello aborda diferentes ámbitos de atención: acogida, educación, vivienda, etc. Sólo desde la combinación de todos ellos, el objetivo de este Plan se puede hacer realidad. No obstante, por razones obvias, la LCSP debería haber ubicado a este grupo dentro del elenco de excluidos sociales, pues ello redundaría en la lucha contra la discriminación en su acceso al empleo, máxime cuando el colectivo de los inmigrantes es uno de los prioritarios a los que hace mención el art. 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo²²⁹.

A esta misma conclusión cabe llegar, por otra parte, respecto de las minorías étnicas. A las dificultades de acceso al mercado de trabajo que acompañan a estos individuos hay que añadir otro problema principal: su identificación, pues la relativa modernidad del concepto hace difícil su propia definición impidiendo la adopción de las necesarias medidas de empleo. En España, las escasas referencias existentes han quedado limitadas al colectivo gitano; y gestionadas, para ellos, por la Asociación Secretariado General Gitano. Los proyectos de esta Asociación actúan, casi de manera exclusiva, sobre la escasa o nula formación de la población perteneciente a esta etnia y, en bastante menor medida, se han arbitrado instrumentos de lucha contra la discriminación, a la que se ve sometido este colectivo, que, en la generalidad de los casos, es el verdadero obstáculo a su inserción laboral. El añadido expreso de las minorías étnicas entre los excluidos sociales a que hace referencia la LCSP no estaría, por tanto, desaconsejada²³⁰.

Tampoco aparecen encuadradas en el elenco de sujetos con grandes dificultades de empleabilidad, recogido en la disposición adicional aquí analizada, las vícti-

²²⁸ PALOMAR OLMEDA, A.: “La protección social de los extranjeros e inmigrantes: una visión desde la jurisprudencia del orden social”, *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, 2005, págs. 339 y ss.

²²⁹ MONTOYA MELGAR, A. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre)*, Madrid, 2004, pág. 149. Por extenso, DE LA CASA QUESADA, S.: “La inserción laboral de los inmigrantes”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos retos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005, págs. 75 y ss.

²³⁰ MORALES ORTEGA, J. M.: “Los destinatarios de la política de empleo”, cit., pág. 294.

mas de violencia de género, lo cual no puede dejar de criticarse, máxime cuando la posibilidad de acceso al desempeño de una actividad profesional constituye un importante cauce de normalización de la vida de las mujeres vejadas por sus parejas o exparejas, así como una de las vías más directas para contar con una autonomía económica precisamente en un momento en el que los gastos aumentan²³¹. En coherencia con ello y con la noble finalidad de potenciar la contratación de las víctimas de maltrato sexista, que precisamente como consecuencia de su situación pueden haberse visto obligadas a dejar un empleo anterior o bien, también como efecto de las circunstancias en las que se encuentran, necesitan incorporarse al mercado de trabajo por primera vez o tras un largo período de tiempo fuera del mismo ante la necesidad de obtener ingresos con los que hacer frente a sus necesidades y a las de su familia más próxima, no puede extrañar que los programas de fomento de empleo, desde el año 2003, vengán recogiendo una serie de bonificaciones a la contratación de estas mujeres²³², y que incluso se haya promulgado una norma específica destinada a regular el programa de inserción socio laboral aplicable a las mismas (Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre). Asimismo, con el objetivo último de que las empresas no se vean perjudicadas en su actividad por la suspensión del contrato o la movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo de la empleada víctima de violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), ha introducido otra medida que, si bien no se dirige de forma expresa a incentivar la contratación de éstas, guarda estrecha relación con ello, no en vano pretende atenuar los costes económicos que habrían de soportar las entidades productivas en casos de sustitución de las trabajadoras a consecuencia de la situación de maltrato²³³. Y es que las medidas laborales dispuestas en la LPIVG para proteger la seguridad de estas mujeres se configuran como verdaderos derechos de las trabajadoras que generan ciertas obligaciones para la contraparte del contrato laboral: han de adaptarles el horario, facilitarles el cambio de centro de trabajo o el traslado del lugar de prestación de servicios e incluso han de soportar la suspensión de la relación laboral con la obligación, en

²³¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia, 2008, págs. 288 y ss.

²³² RUBIO DE MEDINA, R.: “El programa de fomento de empleo aprobado por el Real Decreto-Ley 5/2006”, *Información Laboral*, núm. 30, 2006, pág. 4 ó MATEU CARUANA, M. J.: “Política de empleo. El fomento del empleo de la mujer víctima de violencia en la Comunidad Europea como instrumento de defensa del principio de igualdad de oportunidades entre sexos”, en AA.VV. (RIVAS VALLEJO, M. P y BARRIOS BAUDOR, G. L., Dirs.): *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Pamplona, 2006, págs. 573 y ss.

²³³ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas”, *RTSS (CEF)*, núm. 291, 2007, pág. 81.

estos tres últimos supuestos, de reservarles el puesto de trabajo anteriormente ocupado durante un determinado período de tiempo. Y, sin embargo, el empresario es un tercero ajeno al problema sobre el que no deben recaer –al menos no en exclusiva– los efectos de una situación personal con evidentes implicaciones sociales²³⁴. A tal fin, el art. 21.3 LPIVG establece una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondientes al contrato de interinidad suscrito para sustituir a dicha trabajadora²³⁵. Atendiendo a tales precedentes, nada debería impedir que en un futuro se incluya de forma expresa a las víctimas de violencia de género en el elenco de sujetos excluidos a los que hace referencia la disposición adicional 6ª.2 de la LCSP, con el objetivo último de contribuir también a la mejora de su empleabilidad.

En este mismo sentido, cabe considerar excluidos sociales a la luz de la disposición adicional 6ª.2 de la LCSP, aunque no los mencione expresamente, a las personas procedentes de centros de alojamiento alternativo y de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, tal y como dispone el art. 2 de la Ley 44/2007.

En fin –y para terminar con la enumeración de personas en situación de vulnerabilidad social incorporada a la LCSP–, procede aclarar que la referencia efectuada a los discapacitados como colectivo objeto de protección específica demuestra, de nuevo, que se trata de un grupo social especialmente atendido por el legislador: las leyes generales de empleo los mencionan expresamente como sujetos de una atención prioritaria; los programas de fomento de la ocupación prevén la concesión de ayudas concretas por la contratación de estos trabajadores; las disposiciones normativas que han regulado aspectos singulares de su inserción laboral evidencian el interés particular de los poderes públicos para facilitar su colocación; la LCSP intenta también favorecer tanto su colocación como su permanencia y no discriminación, directa o indirecta, en el puesto de trabajo a través de distintas técnicas ya analizadas. Sin duda, estas actuaciones se insertan en el marco de una política general de protección de los discapacitados que se ha de hacer efectiva en todos los ámbitos²³⁶, pero la mención expresa de los minusválidos entre el grupo

²³⁴ BLASCO RASERO, C.: “La Ley de Protección Integral Contra la Violencia de Género: perspectiva social”, *REDT*, núm. 128, 2005, pág. 502.

²³⁵ MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A.: “Incentivación de la contratación de mujeres víctimas de violencia de género o mayores de 45 años de edad”, *TS*, núm. 171, 2005, págs. 31 y ss.

²³⁶ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y PÉREZ DEL RÍO, T.: “La política de fomento del empleo de calidad”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas*,

de excluidos sociales no encaja demasiado bien con el ámbito subjetivo de contratación de las empresas de inserción, pues el art. 2 de la Ley 44/2007 no se refiere a éstos entre los sujetos protegidos.

Por lo demás, la propia Ley de Empresas de Inserción es consciente de este riesgo de divergencia entre los colectivos en ella mencionados y los considerados excluidos por otras normas, tal y como sucede con lo previsto en la disposición adicional 6ª.2 LCSP. De ahí que su disposición final segunda incluya una cláusula de cierre del sistema, si bien usando y abusando de las tradicionales deslegalizaciones, tan típicas en la materia asistencial –también ocupacional–, en la cual se atribuye al Gobierno la competencia para “modificar los colectivos que se consideran en situación de exclusión social de acuerdo con el art. 2.1, previo informe emitido por las Comunidades Autónomas y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas las del sector afectado”²³⁷. Teniendo en cuenta tal habilitación, deviene necesario tomar cartas en el asunto para adaptar el contenido de ambas disposiciones si lo que se quiere es dar preferencia en la adjudicación de los contratos realmente a las empresas de inserción con el fin de favorecer las oportunidades de ocupación de los colectivos marginados.

C) La intervención de los servicios sociales

Es necesario, tal y como se encarga de señalar el párrafo 2º de la disposición adicional 6ª de la LCSP, que los excluidos sociales acrediten su condición de tales mediante justificación aportada por los servicios públicos competentes, circunstancia exigida también por el art. 2.2 de la Ley 44/2007. No está de más parar la atención en este momento para recordar que el modelo vigente de asistencia social tiene su origen en la CE, donde se proclama el “Estado social y democrático de Derecho” y donde se consagran como valores superiores del ordenamiento jurídico “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Se abandona el papel pasivo del Estado dando paso a una actitud intervencionista y equilibradora de las desigualdades sociales y económicas, manifestación de la tendencia progresiva hacia la realización de la igualdad real entre los sujetos, no en vano uno de los

nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, 2005, pág. 49.

²³⁷ VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)”, cit., pág. 138 ó SOLER ARREBOLA, J. A.: “Aproximaciones a la nueva Ley para la regulación del Régimen de las Empresas de Inserción”, *TL*, núm. 95, 2008, pág. 53.

principales cometidos del Estado social es garantizar la procura de asistencia vital de los ciudadanos, esto es, instrumentar las medidas necesarias que aseguren a la persona las posibilidades de existencia que no puede alcanzar por sí misma”²³⁸. En definitiva, corresponde a los poderes públicos tratar de reducir la pobreza, erradicar la miseria, sacar del desarraigo y la exclusión social a toda una serie de colectivos que precisan de una especial atención²³⁹.

En el momento de establecer la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el art. 148.1.20º CE opta por otorgar la exclusividad a estas últimas en materia de acción social, razón por la cual las distintas autonomías territoriales han procedido a articular su propia normativa sobre la materia²⁴⁰. Los servicios sociales asumidos por las entidades autonómicas juegan, de este modo, un papel fundamental en las actuales sociedades del bienestar y tienen como finalidad principal la de garantizar la cobertura de las necesidades básicas de todos los ciudadanos y remover los factores que conducen a la exclusión social, en conjunción con los aspectos que por su propia naturaleza atienden otros sistemas normalizados de protección como la sanidad, la educación, la vivienda y el empleo²⁴¹, no en vano el sistema de acción social promueve la solidaridad, el desarrollo libre y pleno de la persona, la igualdad de los individuos en la sociedad, la prevención y la eliminación de las causas que conducen a la exclusión, al tiempo que facilita los medios para la integración y el desarrollo comunitario, para el bienestar social de los ciudadanos y de los grupos sociales²⁴².

Bajo tal perspectiva, la prestación de los servicios sociales se organiza en las distintas Comunidades Autónomas (y –conviene aclarar también– en las Entidades Locales conforme a lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local), con carácter general (aun cuando también son frecuentes supuestos de descentralización al sector privado a través de distintas técnicas

²³⁸ PEMÁN GAVÍN, J. M.: “La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, 2005, págs. 39 y ss.

²³⁹ DE VICENTE PACHÉS, E.: “Asistencia social y servicios sociales: régimen de distribución de competencias”, *TS*, núm. 138, 2002, págs. 9 y ss.

²⁴⁰ DE VICENTE PACHÉS, E.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, 2003, págs. 99 y ss.

²⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Seguridad Social y asistencia social en el marco de la descentralización de la política de protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003, págs. 55 y ss.

²⁴² AZNAR LÓPEZ, M.: “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *RMTAS*, núm. 30, 2001, págs. 55 y ss.

—singularmente el concierto—)²⁴³, sobre la base de la prestación directa a través de centros de titularidad pública, gestionados con medios propios, esto es, mediante órganos de derecho público en sentido estricto, que serán los encargados de acreditar la situación de exclusión social de un determinado individuo²⁴⁴. De ahí que la exigencia de prueba de la condición de marginado social por los servicios públicos competentes no pretenda sino evitar potenciales abusos e incentivar indirectamente a estos sujetos a que utilicen los mecanismos legalmente dispuestos en su favor, pero sin duda puede dejar desprotegidas algunas situaciones reales de marginalidad no conocidas oficialmente por los servicios sociales.

1.2.3. Entidades sin ánimo de lucro

A partir de los años setenta, en paralelo, y ganando una similar aceleración en las postrimerías del siglo XX, los Estados occidentales han sido protagonistas de una misma crisis y han sido testigos de una grandísima transformación. La primera afecta al sostenimiento y a la continuación de la tendencia expansiva del Estado de Bienestar. Sumido en una motorización imparable, ha agotado las fuentes financieras en las que apoyar su crecimiento futuro, y aun encuentra serias dificultades para mantener la misma cantidad y calidad de prestaciones y servicios que, hasta ahora, ha organizado en beneficio de los ciudadanos. La segunda, por otro lado, ha consistido en la espectacular emergencia de un sin fin de organizaciones sociales, normalmente laicas, que han asumido el desempeño de tareas al servicio de la colectividad con las que se sustituyen, unas veces, y se complementan, otras, los compromisos de bienestar asumidos por el Estado, con el que, en todos los casos, colaboran aspirando al mantenimiento y a la mejora de la eficiencia y el control de los servicios sociales, la cultura, el ocio, el deporte, el medio ambiente, las actividades religiosas, el desarrollo...²⁴⁵.

Cuando el Estado devuelve a la sociedad funciones que él no puede desarrollar con la eficacia deseable, corresponde de una manera predominante a las entidades sin afán de lucro desempeñar tales tareas en sustitución de las Administracio-

²⁴³ VILLAR ROJAS, F. J.: “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *DA*, núm. 271-272, 2005, págs. 389 y ss.

²⁴⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Empleo, protección social y lucha contra la exclusión social”, *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005, págs. 545 y ss.

²⁴⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: “Tercer sector: entre el Estado y el mercado”, en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca 9-11 octubre 2000, Barcelona, 2002, pág. 169.

nes públicas, desarrollando, por consiguiente, actividades de interés colectivo o general capaces de garantizar el bienestar social²⁴⁶. Se confía en que las organizaciones filantrópicas tienen una capacidad de reacción frente a los problemas infinitamente más afinada y flexible, de modo que les resulta posible actuar con urgencia, creativamente también cuando la situación lo precisa. Frente a la lejanía del ciudadano y las dificultades de acceso que presentan las Administraciones públicas, estas organizaciones sociales actúan de manera más próxima, y se presume que conocen los problemas de primera mano, proporcionando soluciones directamente y sin intermediación, con rapidez, multiplicando la eficiencia en el empleo de recursos, sin perderse en procedimientos de actuación formalizados que entorpecen la aplicación inmediata de remedios cuando es necesario²⁴⁷.

Dentro del denominado “tercer sector”²⁴⁸ (expresión esta que ha hecho fortuna para aludir a las entidades que no forman parte del aparato del Estado –no son sector público– ni tampoco se engloban en el sector privado empresarial)²⁴⁹, la realidad adopta una diversidad de formas asociativas y organizativas que hacen difícil en su pluralidad establecer una definición comprensiva de la totalidad de las mismas (entidades sin ánimo de lucro, entidades filantrópicas, entidades religiosas, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones, Ong’s...)²⁵⁰. Este fuerte dinamismo y pujanza que han experimentado las instituciones no lucrativas privadas en la prestación de servicios públicos –que muestran además gran capacidad de adaptación a unos problemas en rápida evolución–, unido a otras circunstancias como son las políticas de contención del gasto público que han venido imperando en los últimos años, así como una cierta crisis de la confianza en la capacidad de las Administraciones públicas para llevar a cabo de forma eficiente la gestión directa de determinados servicios de interés general, han venido a conformar un nuevo escenario que viene a situar a dichas entidades en un lugar muy relevante dentro del sector socio-asistencial, marcado, además, por una intensificación de las relaciones entre las organizaciones citadas y los poderes

²⁴⁶ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994, pág. 14. Por extenso, CABRA DE LUNA, M.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio (enfoque económico, sociológico y jurídico)*, Madrid, 1998, págs. 27 y ss.

²⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, S.: “Tercer sector: entre el Estado y el mercado”, cit., pág. 170.

²⁴⁸ ASCOLI, U. y PAVOLINI, E.: *La organización del tercer sector en las políticas socio-asistenciales en Europa: comparación de diferentes realidades. Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, 2000, págs. 827 y ss.

²⁴⁹ GUTIÉRREZ RESA, A.: *La acción no gubernamental*, Valencia, 1997, pág. 221.

²⁵⁰ ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÍA SERRANO, M.: “La contribución del tercer sector al bienestar social: una aproximación a las entidades no lucrativas en España”, *RMTAS*, núm. 15, 1999, págs. 123 y ss.

públicos²⁵¹, caracterizadas estas últimas por contar con un componente de subvención y de fomento muy importante²⁵².

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

Contando con tal antecedente, la redacción vigente de la cláusula aquí analizada, coincidente en su integridad con la establecida en la disposición adicional 8ª.2 de la LCAP, prevé que, en los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, tendrán preferencia en la adjudicación aquellas entidades, dotadas de personalidad jurídica, pero sin ánimo de lucro, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato –prestaciones de carácter social o asistencial– según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial (disposición adicional sexta.3 LCSP)²⁵³. Varias cuestiones suscita esta redacción legal:

²⁵¹ HERRERA GÓMEZ, M.: *El tercer sector en los sistemas de bienestar*, Valencia, 1998, págs. 33 y ss.

²⁵² VILLAR ROJAS, F. J.: “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *DA*, núm. 271-272, 2005, págs. 389 y ss.

²⁵³ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 272.

1ª. Las entidades sin ánimo de lucro respecto de las cuales es predicable la preferencia en la adjudicación deben venir revestidas de personalidad jurídica y dotadas de una determinada organización; tal exigencia ha de quedar cumplida por cualesquiera de las formas de personificación previstas en el ordenamiento, sea en el marco del Derecho público o del Derecho privado, constituyendo, además, su inscripción en el registro una exigencia también esencial para la obtención de la prioridad establecida en la LCSP. Su nada infrecuente dependencia financiera de las instituciones públicas, y su objetivo de promover actividades orientadas bajo un fin genérico de solidaridad social, justifican que la inscripción sea algo obligado, pero no difícil de conseguir por quienes desean obtener la requerida personalidad jurídica, pues la Administración sólo podrá denegar la misma “cuando la escritura de constitución no se ajuste a lo previsto en la Ley”²⁵⁴.

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

No puede negarse, sin embargo, la importancia que en el sector filantrópico español tienen las estructuras informales, como las que pueden surgir en torno a la familia, los grupos de amigos, de vecinos, etc. Precisamente en la fuerza que, desde siempre, han tenido tales estructuras sociales en nuestro país, se ha querido ver uno de los factores que han influido en la tradicional falta de desarrollo del sector asociativo “formal”, pero el carácter disperso y espontáneo de tales redes primarias impide su inclusión dentro de los límites de la disposición adicional aquí analizada si se quiere dotar a ésta de un mínimo de sentido²⁵⁵.

La falta de forma jurídica lleva también a excluir del ámbito de aplicación de la disposición adicional 6ª.3 de la LCSP, con las matizaciones que después se expondrán, a las tradicionales obras sociales de las Cajas de Ahorro, pues se trata de entidades de crédito de carácter social, origen fundacional y sin finalidad lucrativa, que, en el ejercicio de las actividades económico-financieras permitidas por las

²⁵⁴ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, cit., pág. 15.

²⁵⁵ CASADO, D: “El sector voluntario de objeto social en la perspectiva europea”, en AA.VV. (JEREZ NOVARA, A., Dir.): *¿Trabajo voluntario o participación?*, Madrid, 1998, pág. 181.

leyes, tienen como finalidad el fomento del desarrollo económico y social de su ámbito de actuación y destinan parte de sus excedentes a actuaciones de carácter benéfico-social. Se trata, por tanto, de instituciones híbridas entre la figura no lucrativa de la fundación y la típicamente mercantil de la entidad de crédito, de modo que la porción de beneficios, obtenidos en el ejercicio de dicha actividad bancaria, se destinan a fines sociales bajo la denominación de “obra benéfico-social”. Carecen de ánimo de lucro y, sin embargo, están abocadas en muchas ocasiones a realizar actividades de contenido invariablemente económico, dirigidas, incluso, a la obtención de un beneficio que les permita el mantenimiento de su actividad o la reunión de fondos suficientes para su prestación²⁵⁶. Su “obra” benéfico-social a menudo se canaliza a través de la constitución de entidades que, esta vez sí, tienen finalidad exclusivamente social (como pueden serlo fundaciones). Sólo en este caso, y en cuanto tales entidades, podrán formar parte del concepto manejado por la disposición adicional 6ª de la LCSP²⁵⁷.

2ª. El patrimonio de la entidad sin ánimo de lucro ha de hallarse destinado a la realización de fines de interés general (*non profit*), lo cual viene a suponer en la práctica su intervención como coadyuvantes de las Administraciones públicas, no en vano estas entidades, como personas jurídico-privadas que son, no tienen la consideración de poderes administrativos, en cuanto no están dotadas de *imperium* o soberanía, pero teniendo en cuenta que es precisamente a las organizaciones públicas a quienes se impone como obligación el logro del interés general, la intervención de las entidades sin ánimo de lucro en este campo a través del sistema de contratación administrativa va a quedar limitado a colaborar en la satisfacción pública de las demandas sociales referidas fundamentalmente a aquellos aspectos relacionados con los derechos de tercera generación o fundados en la solidaridad (paz, protección del medio ambiente, desarrollo, servicios sociales, culturales o de ocio...) ²⁵⁸. De todas formas, es necesario distinguir el fin, que necesariamente tiene que ser general, y la realización de dicha finalidad, pues, al concertarse, *in casu*, con determinadas entidades no lucrativas, siempre acabará beneficiando en último término a personas determinadas²⁵⁹.

²⁵⁶ CASARES MARCOS, A.: *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003, pág. 463.

²⁵⁷ SÁNCHEZ RIVERA, R.: “La conceptualización del tercer sector solidario o filantrópico en España”, en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona, 2002, pág. 370.

²⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, cit., pág. 76.

²⁵⁹ REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, cit., pág. 14.

Se trata, por tanto, de entidades con vocación de servicio a toda la sociedad o a un subgrupo especialmente desfavorecido en el seno de ésta, al que se pretende ayudar y promocionar (“espíritu de misión”). A ello no obsta el hecho de que los propios miembros de la organización puedan también disfrutar de sus ventajas y servicios, pues esto es un matiz secundario, siendo lo realmente definitorio el desempeño de una labor abierta a la sociedad, en la que sus protagonistas se implican²⁶⁰.

3ª. Para la aplicación de la preferencia en la adjudicación es necesario también que los fines de la entidad tengan relación directa con el objeto del contrato. Teniendo en cuenta que en este caso dicha prioridad sólo es aplicable a los vínculos contractuales relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, resulta que los fines de estos sujetos han de tener, además de relación con el objeto del contrato, de nuevo, carácter social o asistencial²⁶¹. La reiteración no deja de resultar tautológica, aun cuando demuestra sobradamente la intencionalidad del párrafo 3º de la disposición adicional 6ª de la LCSP.

4ª. El carácter altruista es la realidad determinante de la cualificación del sujeto que le hace acreedor de la preferencia. Esta cualificación suele derivar de la propia manifestación expresa y literal hecha en los actos fundacionales o modificadores de la personalidad jurídica concreta de cada entidad. Sin embargo, la omisión de tal expresión no puede impedir que la ausencia de ánimo de lucro efectivamente se cumpla, siempre y cuando concurra el presupuesto fundamental de su contenido, que consiste, no tanto en la inexistencia de beneficios derivados de su actividad, sino en que éstos no son distribuibles entre los miembros del substrato personal de la entidad, repercutiendo, por el contrario, en las propias actividades y fines solidarios que constituyen el objeto de su propia personalidad. De este modo, los beneficios obtenidos no lucran a sus miembros, ni siquiera a la propia entidad, sino que se reinvierten en las concretas actividades y fines que constituyen el objeto de la misma²⁶².

El requisito de ausencia de ánimo de lucro ha de ser interpretado, pues, en sus justos términos: la entidad nunca puede ser considerada como vehículo apto para la obtención de ganancias no destinadas a las actividades de aquélla o dirigidas

²⁶⁰ CABRA DE LUNA, M. A.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998, pág. 35.

²⁶¹ AZNAR LÓPEZ, M.: “La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de tipo social y humanitario: nuevas perspectivas”, *Documentación Social*, núm. 3, 1996, págs. 203 y ss.

²⁶² AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.172.

al incremento de su patrimonio²⁶³; pero resulta evidente también que para hacer frente a sus obligaciones de realizar actividades volcadas al interés común, ha de perseguir la obtención de beneficios que sirvan de base a la programación de esas actividades²⁶⁴. De ahí que se exija únicamente que el lucro no sea partible o no determine un dividendo entre los miembros de la entidad en cuestión, en el sentido de considerar que los márgenes positivos que pueda obtener por su gestión patrimonial no sean considerados como beneficio sino como mero excedente²⁶⁵.

5ª. La personalidad jurídica, la ausencia de ánimo de lucro, los fines de la entidad y su inscripción en el registro oficial correspondiente pueden quedar acreditados mediante la certificación expresa del propio registro administrativo, en el cual aparezcan precisamente reflejados todos estos datos. Como fórmula alternativa, procede admitir también el anexo a la certificación oficial, como documento adjunto, del contenido íntegro de los estatutos o reglas fundacionales, que normalmente obrarán en dicho registro.

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

En fin, y como quiera que la utilización de la preferencia en la adjudicación se ha de incluir en el pliego de condiciones particulares, la forma de acreditación concreta a utilizar, así como el tiempo en que se haya de producir, debería venir especificado en el mismo, lo que resultaría imprescindible en el caso de que dicho momento fuera el de la presentación de las proposiciones²⁶⁶.

6ª. Hay, por lo demás, un aspecto que resulta mejorable en la redacción de este apartado tercero, en concreto su inciso final, en virtud del cual se aclara que “el

²⁶³ PAZ ARES, C.: “Animo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del art. 2.2 LAIE)”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1995, págs. 431 y ss.

²⁶⁴ DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.: “Actividades mercantiles de las fundaciones”, en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Tomo I, Madrid, 2002, págs. 53 y ss.

²⁶⁵ DEL CAMPO ARBULO, J. A.: *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*, Madrid, 1996, pág. 48.

²⁶⁶ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.174.

órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de los costes”. En este supuesto, lo normal es que también se acompañe y forme parte de la proposición en los términos antes expuestos, si bien, dado el tenor literal del precepto, cabría que se exigiera su presentación con posterioridad; en todo caso, la aportación de este detalle de la descomposición del precio ofertado tendría que producirse antes de la adjudicación en la que se pretende aplicar esta preferencia, lo que sólo resultaría posible en algunos supuestos en función de la forma de selección de contratistas en que se produzca. Debería haberse dado, por tanto, a esta cláusula un tenor claramente imperativo, para obligar al órgano de contratación a indagar en la estructura de costes de la entidad sin ánimo de lucro con el fin de cerciorarse de que ésta no emplea las ventajas jurídicas, fiscales y económicas de que goza legalmente para la alteración de las reglas de una competencia empresarial que también debe ser protegida²⁶⁷.

7ª. Como ya consta, las entidades sin ánimo de lucro realizan actividades interés general o social, pero para su desempeño requieren de la lógica prestación de servicios por parte de personas físicas. Junto a quienes integran sus organismos internos (asamblea y órganos de gobierno y representación), y a quienes colaboran con ellas de forma gratuita y altruista como voluntarios²⁶⁸, las organizaciones de este tipo emplean volúmenes muy importantes de mano de obra²⁶⁹.

Nuestra sociedad se ha caracterizado, desde siempre, por el hecho de que personas, sin distinción de edad, raza o sexo, se han comprometido, de manera libre, a ayudar o luchar para mejorar las condiciones existenciales de los demás y para dar una respuesta cívica y solidaria a las necesidades e inquietudes que, en cada momento, se plantean²⁷⁰. Es más, el movimiento voluntario vive últimamente una etapa de despliegue y crecimiento, capaz de justificar la promulgación de la

²⁶⁷ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 1.216.

²⁶⁸ LEGUIDEC, R.: “Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito”, *RIT*, vol. 115, núm. 6, 1996, págs. 701 y ss. Asimismo, GARCÍA NINET, J.: “Régimen jurídico del personal voluntario”, *RSS*, núm. 18, 1983, págs. 127 y ss. ó MURILLO MARINA, J.: “Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral”, *RTSS*, núm. 1, 1991, págs. 123 y ss.

²⁶⁹ AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Coords.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, pág. 616.

²⁷⁰ ASCOLI, V.: “Estado de bienestar y acción voluntaria”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 38, 1997, págs. 123 y ss. ó DE LUCA, J.: “La polémica sobre los derechos de la solidaridad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, pág. 13.

Ley 6/1996, de 15 de diciembre, del Voluntariado²⁷¹, que permite la articulación de “una importante red de trabajos benévolos”²⁷². Pero ello no debe hacer olvidar que aun cuando las entidades no lucrativas se benefician de la prestación de sujetos carentes de retribución, lo cierto es que aparecen también como instituciones “creadoras” de cuantiosos puestos de trabajo en el mercado ordinario²⁷³, sobre todo por lo que se refiere a los denominados “nuevos yacimientos de empleo”²⁷⁴. De ahí la importancia de la preferencia establecida en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de las entidades sin ánimo de lucro en cuanto al incremento del empleo se refiere, máxime si se tiene en cuenta que la escasa cualificación exigida para desempeñar las ocupaciones propias de las mismas permite que sean realizadas por desempleados expulsados del mercado laboral como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación, por jóvenes y en un alto grado también por mujeres²⁷⁵. Precisamente, pues, alguno de los colectivos más necesitados.

1.2.4. Organizaciones de comercio justo

La preocupación porque en las obras o servicios encomendados por la Administración a empresarios privados se respete la normativa laboral y se ofrezcan condiciones de trabajo aceptables para los trabajadores ocupados en ellos ha sido acogida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en especial en el importante Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), de 1949 (núm. 94), acompañado de la Recomendación núm. 84, de la misma denominación y el mismo año. Para lograr tal objetivo, este Convenio utiliza una técnica jurídica peculiar: en lugar de imponer la obligación de los Estados de establecer en su legislación que los contratistas reconozcan

²⁷¹ GARCÍA INDA, A.: “Aspectos legales del voluntariado: el modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero” y MORA ROSADO, S.: “El fenómeno del voluntariado en España”, ambos en *Documentación Social*, núm. 104, 1996, págs. 201 y ss. y 129 y ss., respectivamente.

²⁷² ALONSO OLEA, M.: “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999, pág. 18.

²⁷³ EMBID IRUJO, J. M.: “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *RVEH*, núm. 7, 2003, pág. 86.

²⁷⁴ CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Creación de empleo y yacimientos de empleo”, *GS*, núm. 167, 1998, págs. 43-49. Por extenso, CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; COLLADO CURIEL, J. L. y MARTÍNEZ MARÍN, M. I.: *Nuevos yacimientos de empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro*, Madrid, 1998.

²⁷⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “Medidas de creación de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y CALVO GALLEGO, F. J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006, pág. 405.

a sus trabajadores salarios y condiciones de trabajo no menos favorables a las del lugar y actividad en cuestión, prevé que la legislación nacional obligue a las Administraciones públicas a incorporar en los contratos administrativos las denominadas “cláusulas de trabajo”, en virtud de las cuales los contratistas deben comprometerse a reconocer a sus trabajadores salarios, horarios y condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas en convenio colectivo, laudo o normativa estatal para un trabajo de igual naturaleza en la misma actividad y en la región donde se ejecute el contrato. Este sistema tiene la ventaja de crear una responsabilidad contractual específica frente a la Administración, garantizada incluso con la posible resolución del contrato, pero tiene el inconveniente de dejar esa obligación a los avatares de la lógica competitiva, factor de debilidad que el tiempo ha acentuado en los sistemas continentales de contratación²⁷⁶.

Consecuencia de tal flexible ordenación, nuestro sistema de contratación pública no ha incluido ninguna previsión expresa al respecto. Pero tampoco cabe olvidar que la preocupación por el cumplimiento por parte de los licitadores del contenido de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo es manifiesta en muchos apartados del articulado de la LCSP. Así –y en paradigmático ejemplo–, la Exposición de Motivos de la LCSP hace referencia expresa a la utilización de posibles cláusulas sociales con el fin último de conseguir una acomodación de las prestaciones a las exigencias de un “comercio justo” con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Desde tal perspectiva, el párrafo 4º de la disposición adicional sexta de este mismo texto legal reconoce “la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan por objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo, para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo”. Pese a la confusa redacción de esta disposición, lo cierto es que su puesta en práctica puede suponer un acicate importante a la hora de conseguir que las empresas muestren una mayor implicación frente a todas las formas aún subsistentes de explotación laboral, no en vano el comercio justo no tiene sino como finalidad principal la de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales y de desarrollo, contribuyendo a la erradicación de la pobreza a través de la promoción de oportunidades de mejora a pequeños productores y trabajadores de los países más desfavorecidos (Resolución del Parlamento europeo sobre comercio justo y desarrollo)²⁷⁷.

²⁷⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *RL*, núm. 4, 2008, pág. 12.

²⁷⁷ 2005/2245 (INI).

Esta Resolución insta expresamente a las instituciones públicas a integrar criterios de comercio justo en sus contratos públicos (arts. 22-24) y describe los parámetros esenciales que diferencian a este movimiento internacional de otras iniciativas con estándares menos exigentes. No cabe duda que el creciente proceso de internacionalización de la economía y de transnacionalización de las entidades empresariales incide de forma trascendental en las relaciones laborales, no en vano –y en paradigmático ejemplo– decisiones que afectan a cientos de miles de trabajadores que prestan sus servicios en centros de trabajo de una empresa transnacional en un Estado pueden adoptarse ahora a cientos o miles de kilómetros de distancia en otro país donde la corporación o el grupo tienen su sede central²⁷⁸.

La mayor competencia presiona a los gobiernos nacionales para que reduzcan la protección y hagan más eficientes sus industrias; las empresas, a su vez, se transforman al tratar de encontrar maneras de aumentar la productividad y de reducir el coste del trabajo, pues la búsqueda de mercados, receptores de capitales y tecnología, donde la fuerza de actividad tenga menor valor económico, es un objetivo capaz de disminuir los estándares de vida. El vertiginoso proceso de fusiones, alianzas y absorciones, que está teniendo lugar en todos los sectores a escala mundial (bancos, seguros, comunicaciones, informática, automoción, industria química, energía, aeronáutica, etc.), es el caldo de cultivo idóneo para consolidar la fuerza de las multinacionales²⁷⁹. El principio rector y racionalizador en este modelo es la competitividad por el rendimiento. La regulación jurídica autónoma facilita el intercambio desigual y la lucha por la competitividad de los mercados²⁸⁰. El libre comercio es una carrera continua, en la que, sin embargo, no todos los países participan en igualdad de condiciones y, como no podía ser de otro modo, los Estados industrializados han acabado por arrasar a muchas de las economías del denostado Tercer Mundo, destruyendo o desarticulando sus estructuras productivas, supeditando los procesos de producción al control y dominio de las grandes empresas, imponiendo pautas de consumo y haciéndose el capital extranjero con las entidades importantes y los sectores rentables. Al tiempo, la globalización va acompañada de una “extraña pareja” conocida como “deslocalización”, en virtud de la cual se produce la transferencia de la producción de un enclave nacional a otro foráneo, con el fin de ampliar el mercado, de reducir

²⁷⁸ ROJO TORRECILLA, E.: “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta”, *TL*, núm. 59, 2001, pág. 50.

²⁷⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”, *REDT*, núm. 16, 1983, págs. 947 y ss.

²⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de constitución flexible del trabajo”, en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V., Coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2003, pág. 1.575.

costes de mano de obra y de importar, para satisfacer el consumo interno, bienes y servicios anteriormente producidos en el ámbito local²⁸¹. Como con acierto se ha dicho, “qué duda cabe que con la globalización se produce la ‘deslocalización’ de la producción en una búsqueda continua por aunar tecnología punta con bajos costes laborales directos o indirectos”²⁸².

En realidad, los imperativos tecnológicos, la revolución de las comunicaciones y del transporte contribuyen a la fragmentación internacional de las actividades: el lugar en el que se produce, en el que se distribuye y donde se comercializan los productos es cuestión a decidir centralizadamente, dependiendo de las trabas y restricciones que existan a la libre movilidad o a las facilidades para obviar las mismas²⁸³. Todo el sistema de producción que no requiere de una mano de obra cualificada es objeto de movilidad y desplazamiento hacia países o zonas geográficas con características determinadas desde el punto de vista del desarrollo económico, esto es, que permitan reducir costes laborales. Este proceso intensifica la dual escisión entre trabajadores cualificados y no cualificados, al tiempo que deteriora las condiciones de trabajo y promoción profesional de estos últimos, provocando graves situaciones de desempleo, marginalidad y pobreza²⁸⁴. El aumento de poder y de la capacidad de decisión de las empresas y grupos multinacionales abunda en la posibilidad de utilización de mano de obra aprovechando la persuasión que constituyen las zonas con menores costes laborales y de protección social, acompañada de una insuficiencia del Derecho del Trabajo estatal para ofrecer una respuesta adecuada²⁸⁵.

Los evidentes efectos negativos que la globalización y la deslocalización están teniendo en la capacidad política de los Estados para intervenir en la regulación de la actividad económica de un determinado país, aunque a veces se exageren, pueden actuar, además, a favor del marco institucional favorable que necesitan aquellas compañías multinacionales que operan en países del tercer mundo y en vías de desarrollo, en los cuales un volumen imposible de determinar de trabajadores desarrolla su prestación de servicios acuciados por la necesidad (y sin otra

²⁸¹ PURCALLA BONILLA, M. A.: *El trabajo globalizado*, ejemplar multicopiado, Tarragona, 2005, pág. 12.

²⁸² APARICIO TOVAR, J.: “Los derechos sociales ante la internacionalización económica”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos*, Granada, 1999, pág. 19.

²⁸³ RAMOS QUINTANA, M. I.: “Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo”, *JL*, núm. 10, 2002, pág. 35.

²⁸⁴ DURÁN LÓPEZ, F.: “Globalización y relaciones de trabajo”, *REDT*, núm. 92, 1998, págs. 871 y ss.

²⁸⁵ SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La reconstrucción del Derecho del Trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?”, *RL*, 2004, Tomo II, págs. 1.399 y ss.

alternativa que la miseria y el hambre) sin contar con las mínimas condiciones laborales exigibles en materia de remuneración, horario, jornada o seguridad e higiene en el trabajo²⁸⁶, impulsando su implantación en estos territorios.

Frente a esta terrible situación, cobra singular importancia la intervención pública tendente a garantizar mínimamente el cumplimiento de las más elementales normas laborales, reconocidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (principalmente la ONU y la OIT)²⁸⁷. No son pocas las voces que se han alzado para reclamar la creación de un Tribunal Laboral Internacional, dotado de amplias competencias para investigar, perseguir y reparar situaciones tan bochornosas como las descritas, exigiendo así una responsabilidad internacional a sujetos privados, sin quedar constreñida a los límites jurisdiccionales del territorio (y de la legislación) de un Estado concreto²⁸⁸. Junto a esta loable iniciativa, la Administración puede impulsar, a través del diseño de cláusulas como las previstas en el párrafo 4º de la disposición adicional 6ª de la LCSP, que las empresas singularmente consideradas demuestren un compromiso firme de no aprovecharse de la legislación social más laxa que pueda existir en determinados países²⁸⁹, pues si así actuaran van a quedar favorecidas en la adjudicación de contratos administrativos, siempre y cuando se trate de entidades reconocidas como de comercio justo.

De conformidad con las reglas internacionales sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, contenidas en el Convenio de Roma de 1980 (incorporado al Derecho interno de la Unión Europea por el Reglamento Roma I)²⁹⁰, un determinado contrato de trabajo va a quedar sujeto, en la generalidad de los casos y salvo que las partes hayan acordado otra cosa, a aquella legislación social propia del país donde el trabajador preste servicios²⁹¹. Sin embargo, la Administración, a

²⁸⁶ OIT: *Informe sobre el trabajo en el mundo*, Ginebra, 2005.

²⁸⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo, 2006, pág. 45.

²⁸⁸ RENTERO JOVER, J.: “Globalización y garantía de la jurisdicción social”, *Contextos*, núm. 3.

²⁸⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Deslocalización productiva y relaciones laborales”, *TL*, núm. 12, 2005, págs. 45 y ss.

²⁹⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “El Reglamento ‘Roma I’ sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, núm. 6957, 2008, págs. 1 y ss. ó PRATS ALBENTOSA, L.: “El Reglamento UE, Roma I, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *La Ley*, núm. 6978, 2008, págs. 11 y ss.

²⁹¹ CARRASCOSA, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre aplicabilidad a las obligaciones contractuales: el impacto en el sistema jurídico español”, *RL*, 1996, T. I, págs. 1.335 y ss.

través del sistema de contratación pública, puede impulsar que las organizaciones productivas no se limiten al puro cumplimiento de la legislación laboral interna del país en donde operan, aprovechándose de la precariedad de buena parte de estas normativas. Puede conseguir, por tanto, un plus de compromiso de determinadas empresas que les lleve a implementar unos estándares laborales superiores, consistentes en, al menos, respetar las ante citadas normas mínimas contenidas en los convenios básicos de la OIT²⁹².

Aun cuando se han dado pocos pasos en este sentido, no cabe silenciar que en España se creó en 1996 la Coordinadora Estatal de Comercio Justo, miembro, a su vez, de las principales redes internacionales, entre cuyos objetivos destacan los siguientes: a) coordinar y canalizar la comunicación entre las distintas organizaciones de comercio justo; b) velar por el cumplimiento de los criterios; c) representar a sus miembros; d) fomentar el debate sobre los criterios éticos en las prácticas comerciales; f) promover y participar en distintas actividades e iniciativas; g) informar y sensibilizar a la sociedad; h) promover la coordinación de las importaciones y las buenas prácticas comerciales²⁹³. Procede señalar, además, algunas experiencias municipales de concursos públicos para el suministro de productos alimenticios (sobre todo café, como ha sucedido en el Ayuntamiento de Barcelona y en la Universidad Autónoma de esta misma localidad) y textiles, en base a criterios sociales, éticos y solidarios, exigiendo en algunos casos contar con la certificación FLO (Fairtrade Labelling Organizations), una etiqueta que ya figura en los productos que se venden en países como Holanda, Francia, Reino Unido, Alemania o Canadá y garantiza que un artículo ha sido elaborado en condiciones de trabajo dignas para sus empleados²⁹⁴. El nuevo apartado 4º de la disposición adicional 6ª de la LCSP va a permitir, sin duda –con mayores dosis de eficacia–, seguir explotando esta vía.

²⁹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La pretendida unificación supranacional del Derecho Social”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 230, 2004, págs. 59 y ss.

²⁹³ www.e-comerciojusto.org/es/.

²⁹⁴ LESMES ZABALEGUI, S.: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 71.

2. SU ACOMODO A LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El contenido de la disposición adicional 6ª (en sus cuatro apartados) de la LCSP (al igual que su precedente –la disposición adicional octava LCAP–) no ha dejado de plantear cuestiones que han sido y seguirán siendo controvertidas en el ámbito de la contratación administrativa. El núcleo del problema radica en la necesidad de hacer compatibles “los principios de igualdad y competencia en la licitación y adjudicación, que presiden la legislación contractual pública, con la utilización de las decisiones de los órganos de contratación como vehículo de las políticas de fomento y de acción y protección social”²⁹⁵, manifestadas, en este caso, en una preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de los sujetos anteriormente analizados.

Desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que, en los últimos veinte años, las sucesivas reformas que se han llevado a cabo, desde el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las Directivas Comunitarias. La nueva LCSP también ha encontrado, en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria en la materia, el impulso primordial –a parte de la introducción de oportunas mejoras al régimen jurídico precedente– para su elaboración. Las Directivas 1992/50, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, 1993/36, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, y 1993/37, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, disposición que, al tiempo que refunde las anteriores, introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos, sobre todo en cuanto a cláusulas sociales se refiere.

²⁹⁵ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la Contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 1.216.

Desde tal perspectiva, no hay que olvidar que la integración de aspectos sociales en los contratos públicos deriva directamente de la proclamación de España como Estado social y democrático de Derecho en el art. 1.1 CE, lo cual queda concretado en el art. 40 del propio texto constitucional, que prescribe la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, destacando que “de manera especial realizarán una actividad orientada al pleno empleo”. Este principio se reproduce para la Comunidad Europea en el art. 2 del Tratado de la Unión, el cual establece entre sus fines la promoción de “un alto nivel de empleo y de protección social”²⁹⁶.

La apertura a la concurrencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a éstas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal y como expresamente ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea al afirmar que los Estados miembros tienen la libertad de dictar –o conservar– normas materiales o procedimentales sobre contratos públicos, siempre y cuando sean respetadas las normas comunitarias y, muy especialmente, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios (art. 3)²⁹⁷. Por ello, se impone la obligación de fijar las condiciones técnicas de los vínculos contractuales públicos, de tal suerte que no constituyan un obstáculo para las empresas eventualmente licitadoras, en aplicación de unos criterios previos de contratación que no comporten en modo alguno discriminación.

La propia denominación de las tres Comunidades Europeas (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Europea de la Energía Atómica y Comunidad Económica Europea), a partir de las cuales tuvo lugar el proceso de integración europeo, expresa con claridad el “carácter predominantemente económico” presente en los objetivos básicos de sus Tratados fundacionales y las escasas e imprecisas competencias de la originaria Comunidad Económica Europea en el “ámbito social”²⁹⁸. Así, “durante décadas se ha achacado a la Comunidad (Económica)

²⁹⁶ BLÁZQUEZ ROMÁN, A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pág. 49.

²⁹⁷ SSTJCE de 9 de julio de 1987, de 26 abril de 1988 y de 5 diciembre de 1989.

²⁹⁸ GUGGENBÜHL, A. y LECLERC, S.: *Droit Social Européen des travailleurs salariés indépendants*, Bruselas, 1995, págs. 3 y ss. Aunque los objetivos sociales no eran totalmente ajenos a los Tratados constitutivos, sus disposiciones relativas a la política social tenían como único objetivo impedir las distorsiones de competencia que pudieran producirse en el caso de que los Estados miembros conservaran regímenes sociales distintos. AA.VV. (GARCÍA FERNÁNDEZ, M., Dir.): *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 1999, pág. 115.

Europea que había procedido a la construcción de una unión aduanera, monetaria y mercantil (la Europa de los mercaderes), al tiempo que postergaba los aspectos relacionados con el bienestar y los problemas de las personas (la Europa de los ciudadanos, la Europa social)”²⁹⁹.

El Derecho Social era, en aquel proyecto originario, únicamente competencia de los Estados miembros y por éstos ejercida en el ámbito comunitario a través de procedimientos de colaboración y cooperación promovidos por la propia Comisión³⁰⁰. No puede extrañar, por tanto, que al tratar de calificar estos primeros momentos de la política social comunitaria se aluda a expresiones tales³⁰¹ como “páginas en blanco”, “concepciones minimalistas”, la “Cenicienta de las políticas comunitarias”³⁰², la “frigidez social de los fundadores de la Comunidad”³⁰³, la “timidez de las cláusulas sociales del Tratado de Roma”³⁰⁴ o, incluso, la “atonía mostrada por las Comunidades en materia social”³⁰⁵.

Ahora bien, es a finales de los años setenta cuando, en el “Informe RICHONNIER-MOREAU”, presentado al Parlamento Europeo, aparece por primera vez la denominación de “espacio social europeo”, para afirmar que las Comunidades lo habían olvidado casi por completo tanto económica (representaba únicamente el 0,05 por 100 del PIB comunitario), como normativamente (reducido a una quincena de actos normativos y a una treintena de estructuras de concertación)³⁰⁶. Se produce, así, una mutación radical en los fines a cumplir por el ordenamiento Comunitario, “relegando lo económico para describir un mismo fenómeno: la imperiosa necesidad de abordar, con mayor o menor motivación de progresión en

²⁹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Social Europeo”, AS, 1998, T. V, pág. 28.

³⁰⁰ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Derecho del Trabajo*, 24^a edición, Madrid, 2006, pág. 680.

³⁰¹ Expresiones acuñadas por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Proyecto docente”, T. I, León, 2000, págs. 376 y ss. (ejemplar multicopiado).

³⁰² DEL REY GUANTER, S.: “Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria”, RL, 1987, T. II, pág. 1.215.

³⁰³ MANCINI, G. E.: “Diritto del Lavoro e Diritto Comunitario”, GDLRI, núm. 27, 1985, pág. 1.180.

³⁰⁴ LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A.: *Droit Social International et Européen*, París, 1992, pág. 23.

³⁰⁵ GALIANA MORENO, J. M.: “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, REDT, núm. 88, 1998, pág. 189.

³⁰⁶ AA.VV. (GARCÍA FERNÁNDEZ, M., Dir.): *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 115.

lo social, las cuestiones nucleares del mundo del trabajo”³⁰⁷. La cohesión social, junto con el progreso económico, conforman el núcleo del proceso de integración europea y los pilares complementarios del desarrollo sostenible; la Agenda de Política social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000, persigue el logro de una interacción positiva entre las medidas económicas, de empleo y sociales.

Como es lógico, la pugna por la consecución de estos objetivos se ha de plasmar también en la contratación administrativa³⁰⁸. La política de contratación pública no sólo está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica sino también al logro de metas sociales. En el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada³⁰⁹. Como con acierto se ha dicho, la política de la contratación pública debe compaginarse, pues, “con la consecución de otros objetivos, entre ellos los de la política social”³¹⁰. Es decir, su principal finalidad debe ser la institucionalización de un modelo de competencia funcional, eficaz y efectiva, el cual debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera³¹¹.

Es más, el propio Libro Verde de la contratación pública considera que uno de los objetivos del mercado interior y, por tanto, de la contratación pública es, precisamente, la creación de empleo³¹², razón por la cual para determinar la adjudicación de un contrato público a una determinada empresa se pueden manejar criterios que integren aspectos sociales como pudiera ser la minoración de las tasas de desocupación³¹³. Como con acierto ha precisado el Tribunal de Justicia

³⁰⁷ DUTHEILLET DE LAMOTHE, O.: “Du Traité de Rome au Traité de Maastricht: la longue marche de l’Europe sociale”, *DS*, núm. 2, 1993, pág. 195.

³⁰⁸ BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pág. 39.

³⁰⁹ BOSCO, G.: *Il mercato interno della Comunità Economica Europea*, Milán, 1990, pág. 3.

³¹⁰ Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos. COM (2001), 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 4.

³¹¹ GIMENO FELIÚ, J. M.: “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar los aspectos sociales y medioambientales”, en AA.VV. (GIMENO FELIÚ, J. M., Coord.): *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, 2004, pág. 67.

³¹² COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996, pág. 2.

³¹³ Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001.

de la Comunidad Europea, “la posibilidad de que los órganos contratantes utilicen como criterio una condición relacionada con la mejora o el incremento del empleo u otros aspectos de contenido social es plenamente admisible, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho Comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de prestación de servicios, y, cómo no, el principio de transparencia en la licitación”³¹⁴. Cabe recordar, además, que el segundo considerando de la Exposición de motivos de la Directiva 2004/18, únicamente señala que “la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el de no discriminación, el de reconocimiento mutuo, el de proporcionalidad y el de transparencia”³¹⁵.

Realmente, lo que el órgano judicial postula (y la Directiva refrenda) es la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de aquellas cláusulas o condiciones sociales que no operen como requisitos de admisión y/o exclusión de ciertas empresas en los procedimientos de contratación ni como criterios adjudicadores del contrato, pues nunca podrán suponer vulneración alguna de los citados principios comunitarios de igualdad y publicidad. Admite, pues, una condición exigible al adjudicatario y no al licitador, esto es, una condición de ejecución del contrato o –por lo que aquí interesa– un mero parámetro de desempate entre ofertas equivalentes a la hora de proceder a la encomienda del vínculo administrativo a favor de una determinada empresa³¹⁶.

Tal pronunciamiento judicial provocó, además, una retirada de la objeción a la utilización de criterios de desempate de contenido social por parte de la Comisión

³¹⁴ STJCE 26 de septiembre de 2000, asunto *Nord-pas-de-Calais*. En la doctrina, MORENO MOLINA, J. A.: *Contratos públicos. Derecho Comunitario y Derecho español*, Madrid, 1996, pág. 63 ó MELERO ALONSO, E.: “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, págs. 3 y ss. Con carácter más reciente, STJCE 346/06, de 3 de abril de 2008, asunto *Rüffert*, comentada por RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del dumping social?”, *RL*, núm. 15-16, 2008, págs. 83 y ss.

³¹⁵ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 19.

³¹⁶ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas”, *JÁ*, núm. 20, 2003, pág. 60.

Europea, que procedió a corregir, así, el Dictamen motivado de 21 de diciembre de 2001, a través de otro de fecha de 8 de febrero de 2002, en virtud del cual no cabe alegar ya ningún obstáculo al establecimiento de pautas sociales para deshacer el empate entre propuestas equivalentes, “siempre que la evaluación de las ofertas se efectúe desde una perspectiva económica y se respeten en todos los casos las normas de transparencia y el principio de no discriminación”. Criterio del que participan las más importantes instancias españolas, léase tanto el Consejo de Estado³¹⁷, como el Consejo Económico y Social³¹⁸, al entender que la adjudicación del contrato “no debe limitarse a una mera consideración presupuestaria sino que ha de venir integrada en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos..., pudiendo utilizar criterios adicionales una vez que las ofertas han sido valoradas y comparadas desde del punto de vista de los criterios de adjudicación y nos encontramos con ofertas equivalentes”³¹⁹.

No se trata, por tanto, de un requisito de aptitud cuyo incumplimiento inclina la exclusión de la licitación ni tampoco de un “criterio de adjudicación” determinante de la atribución del contrato, sino tan sólo de un mero “criterio de preferencia en la misma”³²⁰, en virtud del cual en los casos de equivalencia o igualdad de ofertas, el contrato debe adjudicarse a un licitador concreto que reúne unas características subjetivas específicas³²¹. Su fundamento es, pues, la prioridad entre proposiciones parejas desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación³²². En definitiva, ninguna tacha cabe efectuar a la disposición adicional aquí analizada, pues la preferencia que establece no es un criterio de adjudicación en sentido estricto, sino que representa un parámetro de definición para hacer una propuesta de adjudicación, en el supuesto de que, después de aplicar los criterios objetivos pertinentes, se produzca una igualdad de méritos entre diversas ofertas³²³, circunstancia de

³¹⁷ Dictamen 4468/1998, de 22 de diciembre.

³¹⁸ Dictamen 5/1998, de 27 de mayo.

³¹⁹ En este sentido, Informe 4/2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, e Informe 4/2002, de 5 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana.

³²⁰ Informes 44/98, de 16 de diciembre y 11/99, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; Recomendación 1/01, de 5 de abril e Informe 4/2001, de 23 de noviembre de la Junta Consultiva de Cataluña; e Informe 4/2002, de 27 de junio, de la Junta Consultiva de las Islas Baleares.

³²¹ SSTJCE de 20 de septiembre de 1988 (asunto *Beentjes*) y de 26 de septiembre de 2000 (asunto *Nordpas-de-Calais*).

³²² PLEITE GUADAMILLAS, F: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 56, 2006, pág. 6.

³²³ Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 1/2002, de 5 de abril.

la cual no cabe deducir un falseamiento de la competencia ni otro tipo de distorsión perniciosa en el mercado empresarial, máxime cuando el art. 126 de la LCSP exige, por imperativo del Derecho Comunitario, que los contratos administrativos no sólo se anuncien en el BOE (y, cuando proceda, en los Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias), sino también en el Diario Oficial de la Unión Europea, con el fin de que cualquier empresa establecida en un Estado miembro pueda licitar y optar a la adjudicación del contrato³²⁴.

3. SU COMPATIBILIDAD CON LOS DISTINTOS SISTEMAS DE ADJUDICACIÓN

Admitida la adecuación de lo previsto en la disposición adicional sexta de la LCSP con los principios de igualdad y competencia que presiden la contratación pública, pues el propio tenor literal de la misma convierte en determinante de la adjudicación el que exista una igualdad en la valoración de las proposiciones de los licitadores mediante la aplicación de los criterios objetivos que sirvan de base a la resolución del órgano de contratación³²⁵, cabe interrogarse, no obstante, si tales criterios sociales o pautas accesorias o adicionales de desempate podrán operar en los distintos sistemas de adjudicación previstos legalmente o si tal posibilidad queda vedada en algunos supuestos.

Antes de resolver esta cuestión, procede dejar claro que, desde un punto de vista formal, la reforma operada por la LCSP ha sido aprovechada para incorporar a esta nueva legislación la terminología comunitaria de la contratación, con el fin de facilitar, ya desde el plano semántico, la interoperabilidad de los sistemas europeos de contratación (Exposición de Motivos). Esto ha supuesto el abandono de ciertas denominaciones tradicionales en nuestro Derecho, que no de los correspondientes conceptos que subsisten bajo nombres más ajustados al contexto europeo. En particular, los términos “concurso” y “subasta” –que en la anterior legislación nacional se referían, de forma un tanto artificiosa, a “formas de adjudicación”– se subsumen ahora en la expresión “oferta económicamente más ventajosa” que remite, en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las propuestas de los licitadores en los diferentes

³²⁴ CASTRO CONTE, M.: “Art. 33. Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V., Dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona (Aranzadi), 2008, pág. 258.

³²⁵ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 1.216.

procedimientos abiertos, restringidos o negociados, ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua “subasta”) o ya se consideren una multiplicidad de ellos (“como el antiguo concurso”). Ahora bien, el concepto legal de “oferta económicamente más ventajosa” es más amplio que el manejado en la Directiva 2004/18, englobando tanto la noción estricta presente en la norma comunitaria –que presupone la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración–, como el criterio del “precio más bajo”, que dicha disposición distingue formalmente de la anterior; la nueva Ley ha puesto ambos conceptos comunitarios bajo una misma rúbrica para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar sea el precio, no fuese calificada como la “económicamente más ventajosa”), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación.

Tal proceder ha pretendido ayudar, pero sólo en apariencia, a solventar uno de los más importantes problemas que planteaba la disposición adicional 8ª de la LCAP y que se hubiera acrecentado, además, por el añadido de los dos nuevos párrafos (ya conocidos) en la disposición adicional 6ª de la LCSP. Pero tal loable intención no se puede materializar en la práctica, pues el establecimiento formal de una única forma de adjudicación (“la oferta económicamente más ventajosa” –art. 134 LCSP–) no impide que, de hecho, sigan funcionando las dos anteriores (art. 135 LCSP): “la oferta económicamente más ventajosa”, en cuya valoración se tendrá en cuenta una pluralidad de criterios objetivos (es decir, lo que antes venía siendo el concurso), y “el precio más bajo” (esto es, lo que anteriormente quedaba referido a la subasta)³²⁶.

Desde un mero punto de vista léxico, el nuevo texto legal ha solventado las dudas de compatibilidad de los distintos apartados de la disposición adicional sexta con las diferentes formas de adjudicación, pues éstas (que en el texto precedente eran la subasta y el concurso) han quedado reducidas a una sola (“la oferta económicamente más ventajosa”), en cuyo margen actuarán los cuatro supuestos de preferencia regulados en la mencionada disposición adicional. Ahora bien, en la realidad, el problema sigue siendo idéntico, no en vano la existencia de un único criterio de adjudicación es meramente semántica, operando en la práctica los dos mismos que antes (“oferta económicamente más ventajosa” –concurso– y “precio más bajo” –subasta–). Es necesario seguir distinguiendo, por tanto, las cuatro siguientes circunstancias:

³²⁶ VICENTE IGLESIAS, J. L.: “Reflexiones sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *La Ley*, núm. 6871, 2008, pág. 5.

1. Cuando se trata de empresas que cuenten en su plantilla con un porcentaje de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100 parece que sólo cabe admitir la presencia de esta cláusula de desempate en el supuesto de que el sistema de adjudicación tome en cuenta “la oferta económicamente más ventajosa”, pues el tenor literal de la disposición adicional sexta.1 de la LCSP (proposiciones que “igualen en sus términos a las más ventajosas”) utiliza los términos característicos y propios de este sistema. A esta misma conclusión podía llegarse, con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo texto legal, si se atendía a lo dispuesto, de un lado, en la Orden de 17 de diciembre de 2001, que aprueba la instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras, y, de otro, en la Orden de 25 de noviembre de 2002, por la que se aprueban los criterios de preferencia en la adjudicación de contratos a empresas licitadoras con personal discapacitado en su escalafón, pues en ambas disposiciones la aplicación de la cláusula social aquí analizada queda circunscrita expresa y únicamente al anterior sistema de concurso (en la actualidad, “oferta económicamente más ventajosa”).

En este mismo sentido se había pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que dejó claro cómo “la (anterior) disposición adicional 8ª de la LCAP no estaba pensando en el criterio único del precio en la subasta, sobre todo, si se tiene en cuenta que, para la igualdad de proposiciones en la subasta, el art. 87.2 RCAP contiene una prescripción que excluye preferencia alguna al determinar que ‘en las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen en las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación por sorteo...’³²⁷.”

2. En cambio, cuando se trate de empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, parece que sólo cabe admitir la presencia de esta cláusula de desempate cuando el criterio de adjudicación toma en cuenta el “precio más bajo”, pues es el mejor postor, el que ha ofrecido el montante económico más reducido a la Administración, quien debe obtener el contrato mediante la aplicación de la preferencia. Así, atendiendo a la redacción legal de la disposición adicional sexta. 2 de la LCSP (“en igualdad de condiciones con las –ofertas– que sean económicamente más ventajosas”), resulta evidente que esta adjudicación preferencial se refiere al único criterio que preside la adjudicación en este caso (el mejor precio), incorporando una pauta de desempate entre propuestas económicamente iguales.

³²⁷ Informe núm. 6/2003, de 20 de junio.

3. Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro, la cuestión se complica todavía un poco más, pues la disposición adicional sexta. 3 de la LCSP comienza con la expresión “en la misma forma y condiciones”, sin aclarar si se remite al primer párrafo o al segundo. Ello se debe a que el legislador ha procedido a copiar literalmente la anterior disposición adicional octava de la LCAP, limitándose a introducir un nuevo párrafo segundo, el relativo a las empresas de inserción, y un nuevo apartado cuarto, referido a las organizaciones de comercio justo. De este modo, el apartado primero se refiere ahora (como antes) a las empresas que cuenten con un determinado porcentaje de trabajadores con discapacidad y el párrafo tercero (anteriormente el segundo) a las entidades sin ánimo de lucro. Es menester interpretar, por tanto, la aplicación del régimen preferencial aquí analizado en las dos formas de adjudicación que operan en la práctica bajo la apariencia formal de una sola (“la oferta económicamente más ventajosa” y “el precio más bajo”), quedando la Administración absolutamente vinculada por la Ley a seleccionar la oferta del sujeto privilegiado o preferido por el legislador tanto en la primera cuanto en el segundo, siempre que su finalidad o actividad tenga relación con el objeto de la contratación.

4. Si se trata de entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo, se puede llegar a la misma conclusión que se ha vertido en el primer supuesto de los cuatro mencionados (empresas con minusválidos en su plantilla), pues la expresión legal utilizada en el párrafo 4º de la disposición adicional sexta de la LCSP es idéntica: “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”.

Sea como fuere, a la vista de todas estas dificultades interpretativas, no cabe sino apostar porque, en una futura reforma, el legislador opte por utilizar una expresión más neutra como pudiera ser aquélla conforme a la cual las proposiciones sobre que pueda operar el desempate “estén en igualdad de condiciones”³²⁸, de forma que dicha preferencia no grave los criterios para la adjudicación, pudiendo utilizarse no sólo en las adjudicaciones en las que se tenga en cuenta “la oferta económicamente más ventajosa” sino también la referida “al precio más bajo”³²⁹.

En fin, no acaban aquí los problemas de aplicación de las cláusulas sociales hasta este momento estudiadas; antes al contrario, cabe plantearse, también, si la

³²⁸ Dictamen número 5, de 27 de mayo de 1998, del Consejo Económico y Social.

³²⁹ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003, pág. 51.

preferencia puede aplicarse en el procedimiento abierto, en el restringido, en el negociado y en el diálogo competitivo o, por el contrario, sólo en alguno de ellos. La solución a este interrogante exige aclarar que es abierto el procedimiento en el que todo empresario interesado puede presentar una proposición (arts. 141-145 LCSP); tiene carácter restringido aquél en el que sólo pueden realizar ofertas aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos (arts. 146-152); en el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empleador justificadamente elegido por el Ente público, previa consulta y negociación de los términos del vínculo con una o varias entidades productivas (arts. 153 a 162); y, por último, en el diálogo competitivo se inicia un diálogo con las empresas y los profesionales que hayan solicitado su participación y hayan sido seleccionados por el Ente contratante, diálogo mediante el cual los licitadores ofrecen las soluciones más idóneas para la satisfacción de las necesidades del poder adjudicador y sobre estas soluciones se invitará a los empresarios a presentar una oferta, pudiendo establecer primas o compensaciones para los participantes (arts. 163-167)³³⁰. Atendiendo a tales índices y, como es lógico, la preferencia aquí analizada parece descartada, por su propia naturaleza, en el procedimiento negociado y –cómo no– en el diálogo competitivo³³¹. Por si duda hubiere –permítase la reiteración–, las reglas contenidas en la disposición adicional sexta “resultarán de aplicación en el procedimiento abierto y en el restringido”³³².

4. OTROS POSIBLES CRITERIOS DE PREFERENCIA DE CONTENIDO SOCIAL

Como reza la disposición adicional sexta de la LCSP, la preferencia en la adjudicación de los contratos en los supuestos señalados en la misma deberá introducirse, como requisito *sine qua non*, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los cuales –como ya consta– definen el objeto y precio del negocio jurídico y, a tal efecto, incluyen los pactos y condiciones específicos del contrato a celebrar (art. 99 LCSP)³³³.

³³⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008, págs. 219 y ss.

³³¹ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.429.

³³² AA.VV. (CEPEDA MORRAS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C., Coords.): *Comentarios a la Legislación de Contratos del Sector Público*, Valencia, 2008, pág. 345.

³³³ SSTs, Cont-Admto, 13 mayo 1982 (RJ 3394) y 25 julio 1989 (RJ 6111).

Resulta incuestionable, pues, la necesidad de que la preferencia entre proposiciones iguales tenga que venir establecida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Cabe interrogarse, no obstante, la posibilidad de incluir en tales pliegos otros criterios sociales de preferencia, distintos de los expresamente mencionados en la disposición adicional aquí analizada, es decir, cabe plantear si los poderes adjudicadores pueden preferir a otros “entes sociales” (que no sean organizaciones productivas en las que prestan servicios minusválidos, empresas de inserción, entidades sin ánimo de lucro u organizaciones de comercio justo) para ser adjudicatarios de los contratos administrativos³³⁴.

En principio, parece que tal interrogante debe merecer una respuesta positiva (aun cuando no faltan opiniones en contra)³³⁵, pues nada impide que las Administraciones públicas queden habilitadas para incluir cláusulas sociales preferenciales distintas a las anteriormente mencionadas, siempre y cuando iguallen a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvieron de base para la adjudicación, tal y como reconoce el Consejo de Estado en su Dictamen número 4468/1998, de 22 de diciembre³³⁶. Así, la preocupación por la consolidación de un empleo de calidad, la minoración de la siniestralidad laboral y la búsqueda de unas condiciones de trabajo cada vez más dignas, sin ningún tipo de visos de discriminación, y que permitan contar con trabajadores motivados y bien formados, que puedan desarrollar todas sus capacidades, conjugándolas con el desarrollo de su vida personal y familiar, son todas ellas circunstancias que pueden ser potenciadas por el sistema de contratación administrativa a través de su consideración como criterios de desempate en los pliegos de condiciones.

³³⁴ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: “Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas”, cit., pág. 51.

³³⁵ Informe núm. 44/2004, de 12 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que exige la modificación de la entonces vigente Disposición Adicional 8ª LCAP, adicionando expresamente los supuestos pertinentes.

³³⁶ Así lo ha reconocido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña en su Informe 3/1998, en virtud del cual cabe considerar “viable y respetuoso con los requisitos generales de la contratación pública introducir un factor de adjudicación complementario que permita dar preferencia, en la adjudicación de los contratos, a las proposiciones presentadas por las empresas que, de manera justificada, se comprometan a emplear un porcentaje determinado de personas procedentes de empresas de inserción sociolaboral. En todo caso, estas proposiciones tendrían que igualar, en cuanto a los términos, las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvieran de base para la adjudicación (en la línea de lo que la –entonces– vigente LCAP expresaba en la disposición adicional octava, en relación con la contratación con empresas que tengan personas con discapacidad en su plantilla)”. En el mismo sentido se pronuncia la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana en su Informe 4/2002, de 5 de junio, al afirmar que la disposición adicional octava de la LCAP (a la que por cierto califica como norma no básica) “no impide que la Administración autonómica pueda establecer otros criterios adicionales de desempate que afecten a aspectos sociales, sin mermar la potestad del órgano de contratación de establecer criterios de desempate directamente vinculados con los criterios de adjudicación previamente establecidos”. *Contra*, Informes 16/2001 y 4/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares.

Dejando para un momento posterior las actuaciones tendentes al fomento de la estabilidad en el empleo, a la disminución de las estadísticas de accidentes laborales y a la minoración de la elevada precariedad existente en el mercado laboral, circunstancias a las que la LCSP dedica atención expresa a lo largo de su articulado, procede centrar ahora la atención en ciertas preocupaciones de naturaleza social de las que de forma más indirecta se puede hacer eco la Administración contratante como criterios de desempate entre ofertas empresariales equivalentes, tal y como sucede –en paradigmático ejemplo– con la preferencia establecida a favor de aquellas entidades que contribuyan a la eliminación de la discriminación por razón de sexo en la actividad profesional, a la potenciación de la conciliación de la vida laboral y familiar, a la lucha contra la violencia de género o al diseño de políticas de gestión del personal satisfactorias para los trabajadores en cuanto al disfrute de sus efectivas condiciones de trabajo.

4.1. La materialización del principio de no discriminación laboral por razón de sexo. La incidencia de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres

El derecho fundamental a la igualdad y no discriminación sin que exista ninguna clase de preterición por razón de sexo, raza, religión, convicciones ideológicas, políticas, sindicales o cualquier otra circunstancia social, recogido de forma genérica en el art. 14 de la Carta Magna e incorporado como derecho laboral en el art. 4 ET, constituye un principio angular y transversal del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social³³⁷. En efecto, no cabe negar que aun cuando los factores de discriminación laboral pueden ser diversos (raza, credo, ideología...) ³³⁸, el género se alza como motivo especialmente “odioso”³³⁹, máxime cuando el marco social que proporciona el contrato de trabajo constituye un ámbito específico donde la

³³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y no discriminación por razón de sexo*, Madrid, 1986, págs. 13 y ss. ó PARDELL VEA, A.: “La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV.: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2005, págs. 33 y ss.

³³⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *RL*, 1993, T. I, págs. 151 y ss. y “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV. (ALARCON CARACUEL, M. R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1991, pág. 165; BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27 ó ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., *et alii*: “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2001, pág. 264.

³³⁹ Siguiendo la expresión utilizada por QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, 1996, pág. 40.

existencia de discriminación real se hace patente con tanta frecuencia que casi llama al escándalo³⁴⁰: claramente disminuyen para las mujeres (madres reales o potenciales y, en demasiadas ocasiones, principales sujetos de las responsabilidades familiares) las posibilidades de conseguir y mantener un trabajo estable, digno y suficientemente remunerado; en paralelo, se incrementan las necesidades familiares que obligan a la mujer a aceptar trabajos precarios e incluso fuera del control legal a partir de los cuales ve perpetuada su crónica situación de desigualdad social³⁴¹.

Los datos estadísticos son claramente ilustrativos a este respecto: España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina (el 44,5%) en comparación con la tasa masculina (el 67,6%), encontrándose aún muy lejos de los objetivos fijados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010, establecidos en una tasa de actividad femenina del 60%³⁴². Es más, el índice de paro femenino sigue doblando al masculino (15,2% frente a 8%)³⁴³, el de temporalidad sigue siendo más de cinco puntos porcentuales superior (33,2% frente a 28,4%)³⁴⁴ y el salario medio mensual de las féminas continúa cifrado en un 24% por debajo al de los hombres³⁴⁵. Ello sin olvidar cómo el 93,20 de las mujeres abandona el trabajo por razones familiares (frente al 0,49 de los hombres)³⁴⁶, lo cual contribuye a incrementar la segmentación sexual del mercado laboral, tanto en la segregación ocupacional que llega a ser del 15%, como en la sectorial que alcanza el 18%³⁴⁷.

A fuerza de escuchar estos índices, nos hemos acostumbrado al hecho de que las mujeres sean una fuerza de trabajo secundaria, en la que tiene mayor incidencia

³⁴⁰ ELFFMAN, M.: "Discriminación en el empleo", en AA.VV. (BLANPAIN, R. Ed.): *XV Congreso mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Discriminación en el empleo*, Leuven, 1998, págs. 100 y 101.

³⁴¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y TASCÓN LÓPEZ, R.: "Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo (Comentario a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)", *La Ley*, núm. 5148, 2000, págs. 1 y ss.

³⁴² Resumen del Informe sobre *El empleo en Europa 2004*. (www.europa.eu.int/comm/employment-social/news/2004/sep/eie2004-en.html).

³⁴³ Fuente EPA. Cuarto trimestre 2006. INE (www.ine.es). Es más, la tasa de empleo femenino disminuye en 27 puntos cuando las mujeres tienen hijos pequeños (entre 20 y 44 años). AA.VV.: *Programa relativo a la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el período 2001-2005, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones*, COM (2000), 335 final.

³⁴⁴ Fuente: INE. Cuarto trimestre 2006.

³⁴⁵ Fuente: *Índice de Costes Laborales*, 2006.

³⁴⁶ Fuente: INE. Cuarto trimestre 2006.

³⁴⁷ www.eurofound.eu.int/working/reports/ESO403TRO1/ES403TRO1.htm.

el desempleo, a que desarrollen preferentemente su prestación de servicios en ocupaciones feminizadas (“de cuello rosa”) que, debido precisamente a ello, se consideran como poco cualificadas y se caracterizan en muchos casos por su inestabilidad y escasa retribución, cuando no caen de lleno en la economía informal o en el “trabajo negro”³⁴⁸. La diferencia retributiva con los empleados varones se mantiene, especialmente en el sector privado, en los empleos más cualificados a los que las mujeres llegan a acceder, sin que deba silenciarse, tampoco, la presencia de ese “techo de cristal” que provoca que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas³⁴⁹.

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención de las personas dependientes, entendiéndose por tales aquéllas que durante un período prolongado de tiempo requieren de ayuda para realizar ciertas actividades cotidianas (vestirse, comer, asearse...). Su cuidado conduce a la mano de obra femenina, en muchos casos, a optar entre su vida laboral o su vida familiar. Todo ello sin olvidar que la responsabilidad de atender a los hijos recae todavía principalmente sobre ellas (lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su carrera profesional)³⁵⁰.

No puede extrañar, por tanto, que la lógica de la igualdad por razón de género se haya proyectado como una idea-fuerza en el texto constitucional y en la legislación laboral de desarrollo, hasta el punto de que se ha convertido en afirmación reiterada, tanto en el plano general de los derechos constitucionales como en el sector estricto de las relaciones laborales. La CE vigente ofrece un ejemplo significativo “de enaltecimiento de la mujer a través del principio de igualdad para sacarla del terreno de las discriminaciones que históricamente ha sufrido”³⁵¹. Reiterados preceptos hacen clara esta tendencia: de un lado, los arts. 1.1, 9.2 y, de modo especial, el “tan traído y llevado” art. 14³⁵²; de otro, el art. 35, que recoge,

³⁴⁸ SÁNCHEZ, M. C.; SILVÁN, E. y URBANO, E.: “La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración”, en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*, Valencia, 2005, págs. 197 y ss.

³⁴⁹ ARGUELLES BLANCO, A. R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIAN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid, 2004, pág. 23.

³⁵⁰ CES: “Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, pág. 1.

³⁵¹ ALONSO OLEA, M.: “El trabajo de la mujer”, *RMTAS*, núm. 13, 1998, pág. 109.

³⁵² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E.: “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *RL*, 1993, Tomo I, págs. 151 y ss. En el mismo sentido, BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *RT*, núm. 65, 1982, pág. 27.

fuera ya del conjunto de derechos y libertades fundamentales, pero como uno de los derechos y deberes de los ciudadanos³⁵³, la igualdad de todos los españoles en el derecho al trabajo y en el deber de trabajar, mencionando el sexo como la única causa de discriminación expresamente prohibida, lo cual pone de manifiesto que el constituyente ha estimado necesario establecer una “sobrepotección” para los casos en que se produzcan discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral³⁵⁴.

Por su parte, el art. 17.1 ET reproduce en el plano de la legalidad ordinaria la prohibición constitucional de discriminación, llevándola al marco de las relaciones entre privados³⁵⁵, pues declara nulas y sin efecto las disposiciones legales, convencionales o pactadas que contengan “discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de jornada, retribuciones y demás condiciones de trabajo”³⁵⁶. Todo ello sin olvidar cómo la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH), diseña una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de género y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla en el marco del acceso al empleo, en la formación, en la promoción y en las condiciones laborales. Todos estos avances normativos no han evitado, sin embargo, que en el terreno de los hechos la igualdad real y efectiva entre ambos sexos no sea un objetivo totalmente alcanzado; por una parte, todavía existen ámbitos sociales en los que se mantiene una desigualdad notoria, aunque se aprecie su progresiva reducción (precariedad contractual, segregación ocupacional, minusvaloración salarial...); y por otra parte, el hecho de que los mecanismos jurídicos de la igualdad laboral redunden su mayoría en cargas económicas empresariales plantea en muchos casos la pregunta de si tales instrumentos

³⁵³ MARTÍN VALVERDE, A.: “La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 33, 1988, págs. 61 y ss.

³⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 389; MONTOYA MELGAR, A.: “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *RPS*, núm. 121, 1979, págs. 332 y ss.; MARTÍN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RPS*, núm. 137, 1983, págs. 134 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: “La discriminación salarial por razón de sexo”, *RL*, núm. 22, 1989, págs. 25-26 ó ALONSO LIGERO, M. S.: “Igualdad salarial”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 1º, Madrid, 1994, pág. 137.

³⁵⁵ GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986 ó BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Principio de igualdad y Derecho Privado”, en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Vol. II, 1991, págs. 1.584 y ss.

³⁵⁶ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: “Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al art. 17.1)”, *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 522.

de mejora de la condición femenina no pueden resultar a la postre factores disuasorios de la contratación de mujeres³⁵⁷. Al tiempo, la mayor flexibilidad de los mercados ha mejorado el nivel de ocupación del colectivo aquí analizado, pero ha acentuado su situación de desventaja, al afectarles desigualmente la ampliación del espacio de decisión empresarial y del nivel de temporalidad y precariedad y la erosión de la calidad de los empleos, que han perturbado mucho menos a los trabajadores varones ya ocupados que a las ingentes masas de mujeres que acceden al mercado de trabajo³⁵⁸.

El legislador debe ser consciente, por tanto, de que aun cuando el proceso de integración de la mano de obra femenina al mundo laboral ha ido en ascenso, “esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el empleo”³⁵⁹, no en vano “el mundo del trabajo productivo se ha considerado un mundo ‘extraño’ para las mujeres, lo cual ha conducido a que la elaboración de las normas laborales se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, por tanto, dedicado en exclusividad a ‘su’ trabajo”³⁶⁰.

Es, además, necesario no perder de vista que existen diferencias entre los sexos legítimas como son, en paradigmático ejemplo, las biológicas, capaces de imponer un tratamiento distinto y en ocasiones no neutro para no incurrir en un trato discriminatorio, ya sea directa o indirectamente. Precisamente, la posibilidad natural o social de desigualdad biológica debe ser –y de hecho lo es–, en sí misma considerada, causa última de determinadas normas jurídico-sociales, en tanto, sobre todo, la situación de maternidad de la mujer actuará como factor determinante de la necesidad de un tratamiento específico, habida cuenta en tal supuesto la

³⁵⁷ MONTOYA MELGAR, A.: “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas”, *REDT*, núm. 129, 2006, pág. 6.

³⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer”, *RL*, núm. 8, 2006, pág. 8.

³⁵⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

³⁶⁰ PÉREZ DEL RÍO, T.: “La Ley 39/1999, de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *TL*, núm. 52, 1999, pág. 41. En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C. L. y FABREGAT MONFORT, G.: “Discriminación laboral de género: un enfoque constitucional”, *Tirant on Line*, 636199.

protección no puede ser en modo alguno trasladable al varón³⁶¹, como no puede serlo tampoco la condición de gestante, exclusiva del sexo femenino³⁶². A la función biológica de la procreación se le vinculan, así, necesariamente diferencias legítimas que la legislación laboral debe contemplar y que se traducen básicamente en un tratamiento favorable al hecho social de la procreación y a evitar y compensar efectos negativos en el pleno ejercicio y disfrute por las mujeres de sus derechos³⁶³.

En este sentido, no cabe caer en un absurdo e injustificable salto al vacío y pasar de una desigualdad discriminatoria a un igualitarismo asimismo inaceptable³⁶⁴, porque tampoco cabe considerar jurídicamente de forma absolutamente igual a dos individuos en situaciones diferentes y, a nadie escapa, el factor sexo (junto con otros a él más o menos vinculados) ampara un trato desigual entre hombre y mujer que permite considerar aquel hecho biológico diferencial para así proteger, en situaciones específicas y con determinadas ventajas, a la mujer-madre, precisamente con la finalidad última de salvaguardar de forma adecuada su estado de salud y el de su hijo³⁶⁵, conforme bien señalan tanto el Tribunal Constitucional (“la maternidad y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”³⁶⁶) como el Tribunal Supremo (“el descanso maternal es una situación que no se identifica con la incapacidad temporal para el trabajo –que puede afectar igualmente a hombres y mujeres– y que, siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una

³⁶¹ Ello sin olvidar que la maternidad es una causa igualmente de diferenciación entre mujeres, esto es, entre una embarazada y otra que no lo está. STSJ, Social, Madrid 13 septiembre 1995 (Ar. 3310).

³⁶² HERNÁNDEZ, S.: “Età lavorativa, età pensionabile e principio di parità tra i sessi”, *Il Dir. Lav.*, núm. 6, 1996, pág. 528.

³⁶³ RUANO RODRÍGUEZ, L.: “Fortaleza física y discriminación por sexo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)”, *RL*, núm. 13, 1998, pág. 30.

³⁶⁴ RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La igualdad de los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, *RL*, núm. 22, 1998, pág. 8.

³⁶⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B.: “Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?”, *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998, pág. 5.817.

³⁶⁶ STCo 109/1993, de 25 de marzo. En parecido sentido, SSTCo 173/1994, de 7 de junio, 136/1996, de 23 de julio, 20/2001, de 29 de enero, 41/2002, de 25 de febrero, 17/2003, de 30 de enero y 182/2005, de 4 de julio.

diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación”³⁶⁷).

Insistiendo sobre la misma idea, sería un error gravísimo en el terreno del análisis jurídico-laboral de la discriminación sexual negar toda relevancia a ciertas diferencias entre los miembros de uno u otro sexo, atendiendo, obviamente, a la capacidad de procreación como diferencia sexual inmutable con traducción, directa e inmediata, en el derecho positivo³⁶⁸. No toda diferencia de trato entre varones y mujeres merece ser tachada, por tanto, de inconstitucional por discriminatoria (entendida la discriminación como toda diferencia de trato arbitraria o carente de justificación objetiva y razonable)³⁶⁹; antes al contrario, son plenamente acordes con el tenor constitucional las normas que contienen medidas específicas de protección de la mujer en razón de su maternidad (embarazo, parto y puerperio)³⁷⁰, así como aquellas disposiciones de carácter favorable para el sexo femenino que deban –y deben– adoptarse y mantenerse transitoriamente en un Estado social y democrático de Derecho con el propósito de remover los obstáculos (anclados en los papeles tradicionalmente atribuidos a las mujeres) que se oponen a la igualdad real de oportunidades en el mercado de trabajo.

De todas formas, es preciso que los poderes públicos sean cautos en esta tarea, pues las normas protectoras para las mujeres pueden verse acompañadas en la práctica por un contraproducente –e indeseable– efecto “boomerang”³⁷¹, no en vano, aun partiendo del interés de proteger al colectivo femenino, terminan por

³⁶⁷ STS, Social, 23 marzo 1995 (Ar. 2179).

³⁶⁸ SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994, págs. 24-26.

³⁶⁹ Entre muchas, SSTCo 22 y 42/1981, de 2 de julio y 22 de diciembre; 75/1983, de 3 de agosto; 6/1984, de 24 de enero ó 72/1985, de 13 de junio.

³⁷⁰ No cabe tachar de discriminatorias las medidas de protección de la maternidad, pues lo relevante no es el sexo del sujeto protegido. Idea compartida por la unanimidad de la doctrina; entre otros, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GÓZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid, 1995, págs. 179 y 230; JACQMAIN, J.: “¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?”, *RL*, núm. 5, 1997, pág. 98; SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid, 1984, págs. 62 y 63; PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1984, pág. 103; BALLESTER PASTOR, M^a. A.: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa ‘protectora’ de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en la minas”, *TS*, núm. 27, 1993, pág. 50; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia, 1997, pág. 278 ó GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, 1997, pág. 42.

³⁷¹ Término que se gestó en el Derecho Norteamericano con ocasión de la interpretación que el Tribunal Supremo Federal fue elaborando del concepto de discriminación de los grupos protegidos por la Civil Rights Act de 1964, en cuyo título se cristalizó la distinción entre la discriminación intencional o “tratamiento des-

retraer su contratación por los empresarios, lo cual no deja de ser peligroso sobre todo si, como ocurre, el ordenamiento jurídico español se muestra particularmente inoperante a la hora de acometer el esfuerzo parificador en el momento de la contratación³⁷², limitándose a encomendar a los servicios públicos de empleo, a sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación sin fines lucrativos, velar específicamente para evitar las discriminaciones en el acceso al trabajo, considerando atentatoria frente al principio de igualdad la oferta de colocación referida exclusivamente a uno de los sexos (disposición adicional 17ª LOIEMH)³⁷³.

Aun admitiendo que las normas tuitivas tienen una finalidad del todo lícita, un exceso de protección –que partiría de una ubicación no igual sino inferior de la mujer trabajadora³⁷⁴– puede conducir a una posición alejada del objetivo deseado, incrementando el coste de la mano de obra femenina y, a la postre, traducándose en una clara preferencia por el trabajo masculino y una mayor dificultad de la mujer de acceder al empleo³⁷⁵. De ahí la importancia que en el desarrollo e impulso de las políticas de fomento de la igualdad laboral puede tener la colaboración de las Administraciones públicas, tal y como reconoce el art. 34.1 LOIEMH, en el cual se prevé que el Consejo de Ministros, anualmente, y a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determine los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. En dicho Acuerdo podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de la actividad donde se generen las prestaciones.

igual” y el “impacto desigual”. CABEZA PEREIRO, J.: “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Comentario a la STC 58/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)”, *RL*, núm. 20, 1994, pág. 49.

³⁷² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E.: “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, pág. 924.

³⁷³ MERCADER UGUINA, J. R.: “La ‘parte general’ de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, pág. 29.

³⁷⁴ RUIZ MIGUEL, A.: “Discriminación inversa e igualdad”, en AA.VV. (VALCÁRCEL, A., Comp.): *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994, págs. 77-113.

³⁷⁵ Y es que “todo exceso de protección se vuelve contra el sujeto protegido”. PÉREZ DEL RÍO, T.: “El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad”, en AAVV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985, pág. 828.

Si bien esta medida merece una valoración positiva, lo cierto es que pierde buena parte de su efectividad al quedar sujeta a la adopción cada año del correspondiente Acuerdo por el Consejo de Ministros, circunstancia que ni se produjo en el 2007, ni se ha producido en 2008. *De lege ferenda* hubiera sido deseable que el propio precepto legal hubiera determinado qué concretos contratos deben incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, así como indicar las características de esas condiciones de ejecución³⁷⁶.

Por su parte, el art. 34.2 de la LOIEMH dispone que los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices relativas a la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el contrato de trabajo, “siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava (entonces vigente) de la LCAP” (ahora disposición adicional 6ª LCSP).

Ya el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se adoptaron medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, publicado mediante Orden de Presidencia de 7 de marzo, se propuso la introducción de la técnica de la incorporación de cláusulas en los pliegos de condiciones generales que favorecieran la contratación de mujeres en las empresas que concursaran a contratos públicos, pero ahora se le da cobertura legal, estableciendo un parámetro de desempate para graduar ofertas equivalentes en cuanto a los criterios objetivos que sean la base de la adjudicación³⁷⁷.

La enorme trascendencia de incluir la perspectiva de género en el sector de la contratación pública de la mano de la LOIEMH puede justificarse en diversos factores, pero quizás el más contundente sea el de su peso económico, cifrado en el año 2006 en el 16 por 100 del Producto Interior Bruto de la Unión Euro-

³⁷⁶ BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, cit., pág. 250.

³⁷⁷ CABALLERO SÁNCHEZ, R.: “La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales”, en AA.VV. (MONTAYA MELGAR, A., Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres)*, Madrid, 2007, pág. 241.

pea³⁷⁸. La posibilidad de que la cláusula de género se introduzca como criterio de selección en los contratos administrativos obliga a interrogarse sobre los cauces reales y las manifestaciones concretas a través de los cuales la Administración podrá comprobar que efectivamente la posible empresa adjudicataria promueve la demandada igualdad laboral. Alguna pista en este sentido puede deducirse del propio articulado de la LOIEMH:

1. Esta Ley contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 LOIEMH). Para la concesión del mismo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la paridad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 Ley Orgánica 3/2007)³⁷⁹. Sin duda, la posesión de tal distintivo puede ser considerado por la Administración como acreditación empresarial para aplicar el criterio social de desempate.

2. Invita a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada a procurar incluir en su Consejo de Administración, en los nombramientos que se vayan produciendo a medida que venza el mandato de los actuales consejeros, un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada entre ambos sexos en un plazo de ocho años (art. 75 Ley Orgánica 3/2007)³⁸⁰. La mayor o menor diligencia en el cumplimiento de tal previsión por parte de la empresa puede suponer también un claro indicio en su favor a la hora de licitar.

3. Incorpora un nuevo mandato en el art. 85.1 ET, de conformidad con el cual, y “sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los con-

³⁷⁸ SOLER VILAR, A. y OLLER RUBERT, M.: “Art. 33”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J. I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, 2007, pág. 298.

³⁷⁹ BAZ TEJEDOR, J. A.: “Responsabilidad social empresarial laboral: especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *RDS*, núm. 41, 2008, págs. 95 y ss.

³⁸⁰ LUJÁN ALCARAZ, J.: “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, *AS*, núm. 12, 2007, pág. 22.

venios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad”. Así pues, las alternativas son dos: o se negocia un plan de igualdad o se negocian “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”, existiendo en este sentido un deber de negociar que, para ser constitucional, debe ser respetuoso con la libertad de las partes a la hora de “determinar el contenido de los convenios colectivos”, por lo que no habrá obligación de llegar a un acuerdo en ninguno de los dos sentidos, pero sí un deber inexcusable de negociar de buena fe sobre estas cuestiones³⁸¹.

La importancia de los planes de igualdad no debe ser minusvalorada, no en vano a través de los mismos se canalizará el conjunto de medidas de acceso al empleo, clasificación y promoción profesional, formación, retribuciones y ordenación del tiempo de trabajo, tendentes a alcanzar en la organización productiva, después de realizar un diagnóstico de situación, la igualdad entre mujeres y hombres y a eliminar las discriminaciones por razón de sexo (art. 45 LOIEMH). Los planes de igualdad tendrán tres partes: 1) la fijación de los objetivos a alcanzar; 2) la estrategia y prácticas a adoptar para su consecución; 3) el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados (art. 46.1 LOIEMH)³⁸².

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

³⁸¹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Comentario de urgencia de sus aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Tirant on Line*, núm. 1044019, pág. 8.

³⁸² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, *RL*, núm. 9, 2007, págs. 61 y ss.

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

En suma, el cumplimiento escrupuloso de todas estas previsiones por una determinada empresa puede servir, igualmente, como pauta a tener en cuenta por la Administración para el desempate en la licitación, no en vano la consecución de la deseada paridad entre sexos en las relaciones laborales no es sólo un derecho fundamental de la mujer, ni sólo un valor superior del ordenamiento, es también un requisito y exigencia para lograr una sociedad más justa y una economía más dinámica y competitiva³⁸³.

No cabe olvidar, al tiempo, cómo el art. 49 de la LCSP tipifica, como causa determinante de la prohibición de contratar con la Administración, el hecho de ser sujeto pasivo de una sanción firme por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en la LISOS. Así, entre las infracciones que pueden constituir causas de inhabilitación para contratar con la Administración por trasgresión de las obligaciones relacionadas con la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cabe mencionar las incluidas en los apartados 12 (“decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas... favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción o demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo...”, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación... o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de no discriminación”), 13 bis (“el acoso por razón de... orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo,

³⁸³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer”, *RL*, núm. 8, 2006, pág. 1.

siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”) y 17 (“no elaborar o no aplicar el plan de igualdad o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de elaborar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del art. 46 bis –esto es, como sanción accesoria a un previo incumplimiento–) del art. 8 de la LISOS, pero no la referenciada en el art. 7.13 (“no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el ET o el convenio colectivo que sea de aplicación”) por tratarse de una infracción grave³⁸⁴.

4.2. La sensibilidad empresarial en materia de conciliación de la vida laboral y familiar

La familia es la forma natural de organización de la especie humana, no en vano el hombre es un ser social que mantiene y ha mantenido siempre a lo largo de la historia relaciones (estables o esporádicas) de convivencia, protección, dependencia y ayuda con sus semejantes. La importancia indiscutible del fenómeno humano de agrupación familiar, así como la cantidad y variedad de cuestiones que plantea (tanto la propia institución social como las relaciones entre sus miembros) explican el relevante papel que desempeña la realidad familiar en el conjunto del ordenamiento jurídico³⁸⁵.

Partiendo del dictado del art. 39.1 CE, la familia es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas, que responden a las distintas perspectivas desde las que puede observarse esta institución. Dentro de este amplio punto de vista, debe quedar delimitada la vertiente específicamente sociolaboral de esta política, constituida –obviamente– por el conjunto de medidas que los poderes públicos arbitran para la protección de la familia en relación con la dispensa de la actividad profesional³⁸⁶.

Sin duda, la incorporación de la mujer al trabajo y los efectos que ello ha provocado en la sociedad marcan un nuevo rumbo en el modo de concebir la institución

³⁸⁴ PÉREZ DEL RÍO, T. y ZAMBONINO PULITO, M.: “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas”, RDS, núm. 43, 2008, pág. 58.

³⁸⁵ BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Pamplona, 2003, pág. 19.

³⁸⁶ Sobre políticas públicas de protección a la familia, ABRAHAMSON, P. et alii: *Comparing Social Welfare Systems in Nordic Europe and France*, Copenhagen Conference, V. 4, París, 1998, págs. 141 y ss.; KAUTTO, M. et alii: *Nordic Social Policy*, Londres, 1999, págs. 54 y ss.; LOPEZ LÓPEZ, T.: *La protección a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea*, Bilbao, 1996, págs. 64 y ss. ó FLAQUER, LL.: *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Barcelona, 2000.

nuclear básica de nuestro sistema social: la familia. La relación mujer-familia-economía muestra nuevas líneas de actuación que tratan de romper con arquetipos tradicionales que han vinculado el trabajo productivo de la mujer al “salario familiar” (nivel retributivo suficiente que permite al hombre mantener esposa e hijos), cuya perversa aceptación ha justificado una gran flexibilidad de la mano de obra femenina, más fácilmente excluida del mercado laboral en periodos de recesión, y una injusta división sexual del trabajo asentada sobre el rol doméstico de esta última³⁸⁷. Es sabido que la organización del mundo productivo surgida de la profunda mutación que configuraría la sociedad industrial, en la que inicialmente se produjo una masiva incorporación de las mujeres al trabajo en condiciones carentes de regulación legal y mayoritariamente penosas, se asentó sobre un modelo social de distribución de cometidos según género: los hombres se ocuparían de las que se conocen como tareas “productivas”, en el ámbito público y privado de las empresas, a través de relaciones funcionariales y de trabajo asalariado con unas condiciones contractuales crecientemente reguladas a través del naciente Derecho del Trabajo y a través de la negociación colectiva entre los actores sociales; por su parte, las mujeres se ocuparían de las llamadas tareas “reproductivas” y comunitarias (no mercantiles), en el ámbito privado de la familia, regidas por el Derecho Civil, muy poco reguladas y con escaso reconocimiento de derechos³⁸⁸.

La consolidación de este modelo social de organización del trabajo supuso la retirada (o expulsión) mayoritaria de las féminas del mercado laboral y su confinación en el trabajo propio del ámbito doméstico (el cuidado del hogar familiar y la educación de los hijos) sin obtener contraprestación económica alguna a cambio. Por contra, el papel tradicional de los hombres ha sido el de producir bienes (si cabe menos esenciales o en cierta medida “de lujo” o mejora³⁸⁹, pero en todo caso fuera del hogar familiar) a cambio de una remuneración³⁹⁰; “o bien, dicho de otro modo y con mayor contundencia, un modelo social en el que el hombre prácticamente se desentendía de cualquier tipo de obligación familiar y, de asumir

³⁸⁷ Ampliamente, CARRASCO BENGOA, M. C.: *El trabajo doméstico. Un análisis económico*, Madrid, 1991.

³⁸⁸ CASAS BAAMONDE, M. E.: “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 11, 1998, pág. 2.

³⁸⁹ DEX, S.: *La división sexual del trabajo. Revoluciones conceptuales en las ciencias sociales*, Madrid, 1991, pág. 120.

³⁹⁰ WILLIAMS, C. L.: *Gender differences at work. Women and men in non-traditional occupations*, California, 1989.

alguna, lo hacía en clave intensamente subalterna, de ayuda ‘generosa’, siempre subordinada a lo que le permitieran sus ‘deberes’ de carácter profesional”³⁹¹.

Esta concepción tradicional parece estar, sin embargo, en proceso de crisis, debido, principalmente, al acceso de la mujer al trabajo fuera de la sede familiar como consecuencia de un doble cúmulo de factores³⁹²: de un lado, la mejor y mayor formación de las mujeres, concretada en el acceso de las mismas a los niveles superiores de estudios, que les ha permitido competir en mejores condiciones dentro del mercado de trabajo; de otro, la aparición de técnicas más avanzadas en la realización de las tareas domésticas, que han favorecido el ahorro de tiempo y esfuerzo³⁹³. Ahora bien, aun cuando el proceso de integración de las mujeres al mundo laboral ha ido en ascenso proporcionando independencia económica a la erróneamente denominada “clase débil”, “esa incorporación, sin embargo, no ha sido precisamente fácil, ni se viene realizando de manera fluida; al contrario, no han dejado de plantearse importantes problemas para su acceso y permanencia en el empleo”³⁹⁴, lo cual ha repercutido en la consideración de la familia a nivel social, provocando un cambio sustancial en su configuración, una verdadera “revolución sociofamiliar”, cuyo alcance se deja traslucir ciertamente a partir del resquebrajamiento de la familia tradicional y la consiguiente emergencia de nuevas formas de estructura familiar³⁹⁵.

En primer lugar, la desestructuración de muchas familias tiene su origen en una vida laboral exagerada, compulsiva y estresante de padre y madre, agobiados por el trabajo y el hogar. En la mayoría de los casos, el varón es absorbido por las responsabilidades laborales de una carrera profesional que exige todo el tiempo del mundo y una dedicación y disponibilidad para la empresa absolutamente ilimitada (almuerzos y cenas de trabajo, reuniones hasta altas horas de la tarde y de la noche, viajes constantes, trabajo en casa a través de las tecnologías de la co-

³⁹¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, *RMTAS*, número extraordinario, 2000, pág. 71.

³⁹² En este sentido, en España, se ha pasado de una tasa de actividad femenina del 13,4 por 100 en 1970 a un 40 por 100 en el año 2006, si bien es cierto que todavía estamos lejos de las tasas de ocupación femenina de países como Reino Unido donde se valoran cifras entre el 70 y el 80 por 100, tal y como demuestran las Encuestas de población activa del INE.

³⁹³ MORGADO PANADERO, P.: “La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral”, *RL*, núm. 23-24, 2002, págs. 19 y ss.

³⁹⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *REDT*, núm. 97, 1999, pág. 729.

³⁹⁵ IBÁÑEZ PASCUAL, M.: “Construcción de pareja, individualización y cambio familiar”, *Abaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, núms. 29/30, pág. 64.

municación durante los fines de semana...); por su parte, la madre trabajadora se encuentra esclavizada por la doble jornada, la de la empresa y la del hogar. Estos padres, agotados y sobrepasados por un ritmo imparable y por el hábitat tenso y duro de la gran ciudad (tráfico, ruido, consumo masivo...), se reencuentran con la familia poco y mal, al final de cada día, cuando los hijos duermen, resintiéndose claramente la educación y cuidado de la prole. La pareja, ese delicado tejido de relaciones sentimentales que sostienen el amor y la convivencia, sufre y se rompe con los desgarros de una vida descompensada y compulsiva³⁹⁶.

En segundo término, es notable el incremento de familias monoparentales claramente feminizadas³⁹⁷, consecuencia de la fragilidad de la familia biparental por el aumento contemporáneo de separaciones y divorcios³⁹⁸, en los cuales el régimen legal y judicial opta claramente por la atribución de la custodia de los hijos a la madre³⁹⁹; la condición de progenitora soltera; la convivencia *more uxorio* de personas del mismo sexo; el retraso de las parejas en contraer matrimonio; la caída de la natalidad; el incremento de las “familias extensas” o “colaterales”, fruto de las uniones entre varones y mujeres divorciados que dan lugar a una amplia red de los denominados “hermanastros políticos”; y un largo etc.⁴⁰⁰, constituyen en la actualidad situaciones frecuentes en nuestro propio entorno a cuyo desencadenamiento no es extraño en absoluto el decidido abandono del hogar por parte de la mujer, que trata de acceder así con una mayor facilidad al mercado de trabajo y desprenderse –sin conseguirlo– al mismo tiempo de ese rol doméstico-familiar que desde antiguo se le ha venido asignando⁴⁰¹.

³⁹⁶ JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTO GARCÍA, J. I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia, 2004, pág. 498.

³⁹⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales”, *La Ley*, núm. 6382, 2005, págs. 1 y ss.

³⁹⁸ Las estadísticas muestran el aumento de hogares unipersonales por el incremento del número de personas que viven completamente solas fuera de una familia, muchas de ellas anteriormente casadas, divorciadas o viudas, que no acceden a un segundo matrimonio, dado el porcentaje bajísimo de mujeres divorciadas o viudas que vuelven a casarse frente a la cota relativamente elevada de viudos o divorciados que sí vuelven a casarse. A ello se une la frecuencia de familias monoparentales, generalmente mujeres, a cuyo exclusivo cuidado están los hijos, y que plantean problemas sociales de especial relevancia. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Seguridad Social, maternidad y familia”, *RL*, núm. 14, 2000, pág. 4.

³⁹⁹ GOÑI SEIN, J. L.: “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *TL*, núm. 82, 2005, págs. 11 y ss.

⁴⁰⁰ ALBERDI ALONSO, I. *et alii*: *Informe sobre la situación de la familia en España*, Madrid, 1995, pág. 472 ó BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J.: “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”, en AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.): *Seguridad Social y familia*, Madrid, 1999, pág. 19.

⁴⁰¹ MIÑAMBRES PUIG, C.: “La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *RMTAS*, núm. 19, 1999, pág. 15.

Mención especial merecen, además, las nuevas realidades familiares derivadas del fenómeno migratorio, producido por la salida de numerosas personas de los países en vías de desarrollo y con graves carencias en términos políticos, económicos y sociales, que llegan a destino sin medios para subsistir, realizando en precario numerosos trabajos y tareas que no son deseadas por los nacionales y planteando nuevas necesidades de protección de las novedosas formas de convivencia que traen consigo. Es más, puede afirmarse que, en apenas dos decenios, España ha pasado de ser emisor a ser un país receptor de considerables flujos migratorios, en los cuales se está produciendo un gran aumento de la feminización de los mismos, pues, junto a las mujeres que emigran para unirse con su pareja, cada vez son más numerosas las que se desplazan de forma independiente con vocación de inserción en el mercado laboral de la sociedad de acogida⁴⁰².

Esta “revolución silenciosa dentro de los muros del espacio doméstico”⁴⁰³ derivada del conjunto de circunstancias anteriores, sin embargo, no se ha hecho extensiva ni ha alcanzado en igual medida a la redistribución de las tareas del hogar entre los miembros de la unidad familiar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian –todavía al día de hoy– sus trabajos “reproductivo” y “productivo”, actuando los hombres únicamente de forma supletoria⁴⁰⁴.

Así las cosas, el principal perjudicado por esta falta de coherencia no ha sido sólo, pese a lo que pudiera creerse, el colectivo femenino que trabaja y atiende, por añadidura, las necesidades familiares y de los hijos, sino que el desequilibrio de la balanza ha calado, sobre todo, en la propia concepción de la familia y su pretérito modelo. El reconocimiento tardío de un nuevo sistema social no masculinizado ha ocasionado, pues, un freno a la familia como institución y, también, a las nuevas responsabilidades familiares que de la misma derivan para los miembros de aquélla⁴⁰⁵. Es por ello por lo que, desde el Derecho Laboral, dotado de un marcado carácter tuitivo o compensador, se han empezado a articular mecanismos jurídicos capaces de armonizar el desarrollo de un trabajo asalariado o autónomo, fuera del hogar, con aquel que tradicionalmente ha sido asignado a la mujer, llevado a cabo en el entorno familiar. Para cumplir tal objetivo son

⁴⁰² CES: “Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española”, núm. 3, 2003, pág. 30.

⁴⁰³ MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Madrid, 1999, pág. 9.

⁴⁰⁴ LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *TL*, núm. 67, 2002, pág. 69.

⁴⁰⁵ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia, 2001, pág. 15.

numerosas las normas legales (entre las cuales procede hacer referencia como la más emblemática a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar –LCVLF–) que se han encargado de regular cuestiones como el descanso por maternidad, los permisos para el cuidado de hijos o familiares, las reducciones de jornada por la misma razón, las prestaciones de Seguridad Social destinadas a paliar el descenso de recursos económicos por estas causas, etc. A todo ello, procede añadir el reconocimiento, de la mano de la LOIEMH, de que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Sin olvidar tampoco cómo el Real Decreto 259/2009, de 6 de mayo, establece el régimen jurídico a aplicar a las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. En definitiva, estas normas abogan por conseguir (la realidad viene a demostrar muchas veces su fracaso) la tan necesaria igualdad entre hombres y mujeres, de la que nuestro ordenamiento jurídico tantas veces se ha hecho eco, siendo el Derecho del Trabajo un claro exponente en esta lucha, no en vano la corresponsabilidad entre varones y féminas en la atención de la familia ha de ser el punto de partida de las políticas públicas de protección familiar dentro de un modelo social fundado en la igualdad de trato y de oportunidades⁴⁰⁶.

En los términos apuntados con carácter general, la observancia estricta de tal normativa de tutela de la conciliación de la vida familiar y laboral, no oponiendo obstáculo alguno a los trabajadores (y, probablemente, sobre todo, a las trabajadoras) para el disfrute de todas las prerrogativas y facultades diseñadas en las Leyes, constituye el referente primero a tener en cuenta por la Administración a la hora de aplicar los criterios de desempate en la adjudicación de los contratos a favor de aquellas empresas que demuestren cierta sensibilidad con los problemas de compatibilización entre la prestación de servicios profesionales y el cuidado de la familia. Sin embargo, el nivel legal no ha de constituir en modo alguno el máximo infranqueable; antes al contrario, la instrumentación por parte de la organización productiva de una política de conciliación de la vida laboral y familiar de sus trabajadores que mejore los contenidos normativos y trate de facilitar el desarrollo vital de los empleados debería constituir un parámetro todavía más efectivo. Así, parece apropiado tener en cuenta que la empresa adjudicataria haya elaborado un plan específico de actuación en esta materia, el cual –en los términos vistos y tras la reforma incorporada en la Ley Orgánica 3/2007– habrá de quedar incorporado al “plan de igualdad”, dotado de sustantividad propia (al menos en empresas de

⁴⁰⁶ LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, cit., págs. 45 y ss.

más de 250 trabajadores), debiendo además constituir un contenido sometido a debate en la negociación del convenio colectivo, reforzando una línea de asuntos de la norma paccionada que, aun cuando ha empezado ya a dar frutos, todavía adolece de ciertas carencias. Cada vez es más frecuente que los convenios colectivos incorporen cláusulas o previsiones destinadas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar (sobre todo mediante el aumento y la mejora de los permisos parentales previstos a nivel legal) y a proteger eficazmente a la mujer trabajadora embarazada, lo cual no debe pasar desapercibido para la Administración como criterio primordial a la hora de articular el desempate en el proceso de licitación⁴⁰⁷, pero tal contribución todavía es muy relativa, pues no ha llegado a ser una pauta constante de todas las normas profesionales.

Así, las previsiones convencionales tendentes a la mejora del régimen jurídico-laboral de protección a la familia deberían ser valoradas por la Administración como criterio social de desempate a la hora de adjudicar un contrato, pero la ausencia de norma paccionada tampoco debe ser óbice para que la Administración no tenga reparos a la hora de tomar en consideración otros comportamientos empresariales como pudieran ser, sin ánimo exhaustivo, los siguientes:

1. La no minoración del salario en los supuestos de reducción de jornada por razones familiares o la facilitación de la adaptación y distribución de la jornada laboral, con el fin de conseguir un equilibrio adecuado entre la vida profesional y la familiar, permitidas por el art. 34.8 ET. El hecho de que la empresa acoja la idea de que las políticas de *work-life balance* o de *individual flexitime* (implantadas en los diversos países de nuestro entorno europeo)⁴⁰⁸ demuestran su beneficio tanto para los trabajadores como para la propia organización productiva (al evitar la producción de accidentes laborales derivados de la prolongación del tiempo de actividad en períodos excesivamente rígidos, además de lograr una mayor presencia femenina en el mundo productivo⁴⁰⁹, no en vano la posibilidad de trabajar más horas un día a cambio de reducir las de otro, facilita decisivamente la con-

⁴⁰⁷ GARCÍA MURCIA, J.: “Igualdad y discriminación por razón de sexo: la negociación colectiva”, en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral*, Pamplona, 2006, pág. 83.

⁴⁰⁸ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral” (I), *TS*, núm. 197, 2007, pág. 23.

⁴⁰⁹ CHACARTEGUI JAVEGA, C.: “Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo”, *RL*, núm. 19, 2006, pág. 117.

ciliación de la vida laboral y familiar⁴¹⁰), que debe ser tenido en cuenta por la Administración a la hora de aplicar el criterio social de desempate.

El Ente público adjudicador del contrato debe ser consciente de que la distribución de la jornada laboral es un aspecto determinante de las posibilidades de compatibilización de la vida laboral y familiar. La falta de coincidencia entre los horarios escolares y los laborales, y la necesidad de invertir gran cantidad de tiempo en los desplazamientos a los lugares de trabajo, son algunas de las manifestaciones cotidianas de la dificultad para armonizar las responsabilidades de trabajo y hogar. Aun cuando la jornada laboral con horario fijo para la entrada y la salida es la más habitual en España, y sólo un mínimo porcentaje de trabajadores disfruta de horarios flexibles con la condición de cumplir un determinado número de horas, lo cierto es que si la empresa atribuye al empleado la posibilidad de organizar el propio tiempo de trabajo, tomando algún día u hora libre para atender a la familia, sin disminuir el cómputo global de horas dedicadas al desempeño de la actividad productiva, ello produciría enormes ventajas a la hora de facilitar la ansiada conciliación⁴¹¹ que la Administración contratante no debe minusvalorar.

2. No debería pasar desapercibido tampoco el ofrecimiento por parte de la entidad productiva de una fórmula ya tradicional a la hora de conciliar los intereses laborales y personales del trabajador cual es el desempeño del trabajo a tiempo parcial, con el fin de permitir en cada caso la precisión del número de horas que, por sus circunstancias personales, un operario desea trabajar⁴¹². La doctrina ha venido ponderando las ventajas de trabajar a jornada parcial, señalando que constituye un eficaz medio para contribuir a resolver los problemas familiares en ciertas etapas de la vida de los trabajadores (o mejor, trabajadoras, en cuanto principales destinatarias de esta medida), en las cuales precisamente por los cuidados que requieren los menores, minusválidos o parientes, les resulta difícil compatibilizar los deberes profesionales y familiares⁴¹³.

⁴¹⁰ DE LUIS CARNICER, M. P. *et alii*: "La flexibilidad de la empresa y la conciliación de la vida laboral y familiar", *Boletín Económico del ICE*, núm. 2741, 2002, pág. 42.

⁴¹¹ CES: "Conciliación entre la vida laboral y familiar", *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 45, 2006, pág. 2.

⁴¹² VALDÉS DAL-RE, F.: "Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial", *RL*, 1994, T. II, págs. 47 y ss. ó FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Pamplona, 2006, págs. 34 y ss.

⁴¹³ VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid, 1999, pág. 35.

En este sentido, procede destacar cómo la normativa laboral contiene diversas fórmulas flexibles⁴¹⁴, que virtualmente permiten cualquier clase de duración o distribución de la jornada de trabajo⁴¹⁵ (quedando su anómala extensión a través de las horas complementarias condicionada al eventual acuerdo entre las partes)⁴¹⁶, así como la posible conversión de un contrato a tiempo parcial en otro a tiempo completo, por acuerdo entre trabajador y empresa (nunca de forma forzosa, ni siquiera por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET)⁴¹⁷, contemplando, a su vez, una preferencia para el retorno a la situación anterior, para lo cual el empleador debe informar de cuantas vacantes se produzcan (*ex art.* 12.4). Tales opciones han de servir a la empresa responsable, por ejemplo, para permitir (tanto mejor si de común acuerdo con los representantes de los trabajadores) que sus empleados puedan desarrollar durante un cierto tiempo servicios a jornada parcial tras reincorporarse después del disfrute de una excedencia o en momentos justificados de necesidad familiar⁴¹⁸, siempre y cuando el trabajo a tiempo parcial no sea una imposición empresarial tendente a “invalidar la promoción y carrera profesional del trabajador, de precarizar sus salarios y de fomentar la inestabilidad y marginalidad laboral”⁴¹⁹. La empresa que facilite el pacto novatorio de un contrato a tiempo completo en uno a tiempo parcial o viceversa, acompañado de ciertas garantías como la asistencia de un representante unitario⁴²⁰, previa creación de un registro de trabajadores que deseen cambiar su modalidad contractual o bien incrementar o reducir su jornada

⁴¹⁴ CASAS BAAMONDE, M. E.: “Los contratos de trabajo a tiempo parcial, contrato fijo discontinuo y contrato de relevo y la jubilación parcial”, *REDT*, num. 100, 2000, págs. 415 y ss. ó AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Madrid, 2003, págs. 32 y ss.

⁴¹⁵ ALFONSO MELLADO, C. L.: *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial*, Madrid, 2000, págs. 19 y ss.

⁴¹⁶ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, 1999, págs. 84 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y CALVO GALLEGOS, J.: *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Valencia, 2000, págs. 82 y ss. ó RIVERA SÁNCHEZ, J. R.: *Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial*, Pamplona, 2003, págs. 125 y ss.

⁴¹⁷ ALFONSO MELLADO, C. L.; SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Sobre la posibilidad de conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial”, *RL*, 1995, T. I, págs. 1.383 y ss.

⁴¹⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, Madrid, 2008, pág. 194.

⁴¹⁹ VILCHES ARRIBAS, M. J.: “La acción positiva como instrumento para la igualdad de oportunidades: una perspectiva sindical”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995, pág. 37. Por extenso, FERRANDANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Dificil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, cit., págs. 83 y ss.

⁴²⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, 2003, pág. 423.

a tiempo parcial por razones familiares⁴²¹, debería tener cierta preferencia en el desempate a la hora de obtener un contrato público.

3. Otra fórmula que la Administración debería valorar pasa porque las empresas faciliten la prestación del conocido como “teletrabajo”. Se trata de un término genérico, que bajo ésta u otras denominaciones semejantes (“empresa virtual” o “*elusive office*” –fijándose en la empresa, “teletrabajo doméstico” o “*flexi place*” atendiendo al trabajador–), alude a una forma de trabajo a distancia en la que la utilización de la tecnología de la información constituye el elemento fundamental de la actividad productiva⁴²², permitiendo una mejor adaptación de la vida laboral y la personal.

Este modelo de prestación de servicios permite ahorrar gran cantidad de tiempo y esfuerzo, evitando los desplazamientos al centro de trabajo y otorgando la posibilidad al trabajador de pasar más horas en su domicilio y combinar el trabajo con la atención de hijos y familiares. Como efecto reflejo, reducirá también el disfrute de excedencias por motivos parentales, las cuales, como es bien conocido, traen aparejados unos efectos no deseados para ambas partes de la relación: para el empresario, la necesidad de encontrar un sustituto cualificado y temporal para quien ostenta el derecho de reserva; para el trabajador, una importante reducción de ingresos que no siempre la economía familiar podría llegar a soportar y una salida del mercado de trabajo no siempre deseada sino más bien forzada⁴²³.

El único aspecto que la empresa debería evitar, y así lo debería acreditar ante la Administración contratante, es la implantación de un sistema de vigilancia extrema, pues cuando el teletrabajador opera con un vídeo-terminal incluido en una red informática capaz de permitir un diálogo interactivo entre la computadora central y los terminales externos (*on line*) se encuentra expuesto a una “subordinación virtual” o “telesubordinación” capaz de atentar, en algunas ocasiones, contra su intimidad⁴²⁴. La empresa debe justificar, por tanto, que ha realizado un importante esfuerzo “por separar física y temporalmente la vida personal y familiar de la

⁴²¹ FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Dificil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, cit., pág. 206.

⁴²² THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Madrid, 2000, págs. 65 y ss.; SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del trabajo en España*, Pamplona, 2001, págs. 56 y ss. ó SANGUINETTI RAYMOND, W.: *Teletrabajo y globalización*, Madrid, 2003, págs. 19 y ss.

⁴²³ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 196.

⁴²⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid, 1997, pág. 34.

profesional del trabajador”⁴²⁵, de modo que el teletrabajo ha quedado convertido en un instrumento de “inserción laboral” que permite a ciertos trabajadores la compatibilidad entre la atención a la familia y la ocupación profesional⁴²⁶. Así, la Administración podría tener en cuenta la correcta utilización empresarial del teletrabajo como criterio de desempate entre las distintas ofertas equivalentes.

4. La articulación de ventajas y beneficios sociales concretos destinados a facilitar a los trabajadores, desde distintos puntos de vista (entre los cuales el económico, ciertamente, no es el menos importante), la atención que pueden dispensar a su familia, debe de ser tomado en consideración también por la Administración a los efectos aquí analizados. En este sentido, podría tenerse en cuenta, de un lado, la dotación de una guardería incorporada al propio centro de trabajo, pues tal medida, amén de suponer un considerable ahorro de dinero al trabajador, sirve para homogeneizar de modo completo el horario laboral con el de atención a los hijos, al menos durante los primeros años de vida⁴²⁷. La importancia de esta medida no debe ser minusvalorada porque el recurso a familiares y personas de confianza para el cuidado de los menores no siempre es posible. Es más, el hecho de acudir al mercado en busca de profesionales especializados es una opción cada vez más frecuente en las familias en las que los dos cónyuges trabajan y, por supuesto, en las monoparentales, pero tal posibilidad tiene también graves inconvenientes. Tanto es así, que una parte importante de quienes querrían dedicar más tiempo al trabajo declaran no poder hacerlo a causa de las condiciones de los servicios de cuidado de niños imperantes en el mercado de trabajo. La primera circunstancia que disuade a los padres es el coste, pues la diferencia entre lo ganado y lo que hay que pagar por el cuidado de los hijos no es suficiente para animarles a implicarse más en el trabajo extradoméstico. La escasez de esos servicios y la falta de calidad de los mismos es la segunda causa aducida por quienes, deseándolo, no trabajan más tiempo, de ahí que la existencia de servicios de guardería proporcionados por la empresa se revela aún como una de las claves más importantes para abordar el problema de la conciliación⁴²⁸.

⁴²⁵ RAY, J. E.: “Le droit du travail à l’épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur”, *DS*, núm. 2, 1996, pág. 531.

⁴²⁶ BRAUN, G.: “Le télétravail”, *DS*, núms. 7-8, 1981, pág. 573.

⁴²⁷ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 197.

⁴²⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y AGRA VIFORCOS, B.: *La conciliación de la vida laboral y familiar. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León*, Valladolid, 2007, págs. 53 y ss.

De otro, no debería descartarse tampoco la valoración de otros tipos de ayudas de corte económico dispensadas por la empresa, como, por ejemplo, las destinadas a sufragar (en todo o en parte) los gastos de estudios de los hijos a cargo de los empleados, los premios por natalidad o nupcialidad, los beneficios económicos a favor de aquellos trabajadores que tengan hijos discapacitados o los auxilios para la adquisición de vivienda o vehículo⁴²⁹.

En fin, todos estos factores pueden ser tenidos en cuenta por el Ministerio de Trabajo a la hora de conceder el certificado de “empresa familiarmente responsable”, lo cual, sin duda, permitirá a la entidad empresarial que lo obtenga acreditar ante la Administración contratante, de una forma fehaciente, su buen desenvolvimiento en este campo a la hora de obtener un vínculo contractual público con carácter preferente frente a otras ofertas equivalentes.

4.3. La tutela de la violencia de género

Los poderes públicos deben ser conscientes de que las empresas privadas no pueden considerarse un espacio completamente cerrado a las consecuencias de aquellas vicisitudes que influyen tan profundamente en la vida de sus trabajadoras como sucede con la violencia de género⁴³⁰. Así, con el fin de imponer a la organización empresarial una racionalidad adicional a la meramente profesional, para incluir en sus decisiones la toma en consideración de circunstancias puramente personales de las trabajadoras víctimas de maltrato a su servicio, que afectan a su rendimiento laboral o que pueden aconsejar cambios en su prestación, la Administración puede introducir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, un criterio de desempate a favor de aquellas empresas que prioricen de alguna manera la tutela de la mujer trabajadora víctima de violencia sexista frente a las necesidades de la entidad productiva.

Nadie puede poner en duda que el maltrato ejercido sobre las mujeres por parte de quienes han mantenido o sostienen con ellas una relación afectiva es un pro-

⁴²⁹ GALA DURÁN, C.: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, 1999.

⁴³⁰ MARTÍN VALVERDE, A.: “Disposiciones laborales y sociales de la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *TS*, núm. 174, 2005, págs. 56 y ss.

blema real –hoy más vigente que nunca–⁴³¹ necesitado de soluciones efectivas⁴³². Sólo por esta razón ya resulta indudable la oportunidad y el valor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), sobre todo, porque su promulgación tiene lugar en un momento en el cual las frecuentes y trágicas situaciones de violencia en el seno de las parejas o unidades de convivencia no parecen circunscribirse a ciertos sectores, áreas geográficas, grupos de edad, niveles de renta u otros parámetros similares, sino que se manifiestan como un fenómeno transversal que ha cobrado protagonismo a la vista de la frecuencia y de la brutalidad con que se manifiesta y que se ha convertido, sin lugar a dudas, en una nueva “cuestión social”⁴³³.

Ante una realidad que muestra la deplorable subsistencia de relaciones de desigualdad y subordinación y, más en concreto, de un sistema de roles arcaico y desfasado, la virtualidad de esta Ley Orgánica radica fundamentalmente en su punto de partida: pretende atacar el problema desde sus orígenes y para ello adopta medidas integrales y radicales en todos los ámbitos jurídicos y sociales. En este intento de dar una respuesta global al problema de la violencia de género, la LPIVG aborda aspectos preventivos (estableciendo medidas cautelares, detección e intervención en diferentes ámbitos), educativos (fijando las obligaciones del sistema pedagógico para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y de igualdad entre varones y féminas), publicitarios (subrayando la obligación de respetar la imagen de la mujer y la igualdad de trato), sanitarios (diseñando protocolos para la actuación de los profesionales frente a las agresiones), sociales (reconociendo derechos de información, asistencia social y asistencia jurídica gratuita a las mujeres víctimas de violencia), laborales (concediendo determinados derechos sociales, de Seguridad Social y en materia de empleo), administrativos (creando una Delegación especial del Gobierno contra la Violencia y un Observatorio estatal de Violencia frente a la mujer, ambos dependientes del

⁴³¹ El dato de mujeres muertas por violencia de género es desolador: En el año 2004, 72 mujeres fueron asesinadas (34 por su cónyuge, 5 por su excónyuge, 14 por su compañero sentimental, 6 por su excompañero sentimental, 8 por su novio y 5 por su exnovio). En el año 2005, 60 mujeres fueron asesinadas (21 por su cónyuge, 3 por su excónyuge, 12 por su compañero sentimental, 6 por su excompañero sentimental, 12 por su novio y 6 por su exnovio). En el año 2006, los asesinatos a mujeres ascendieron a 68 (31 por su cónyuge, 4 por su excónyuge, 15 por su compañero sentimental, 9 por su excompañero sentimental, 4 por su novio y 5 por su exnovio). En el año 2007 la cifra de mujeres muertas ascendió a 86. En fin, en 2008 alcanzó la cifra de 90. www.redfeminista.org.

⁴³² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La violencia de género sobre la mujer trabajadora: problemas jurídicos pendientes de solución”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de las Islas Baleares*, 2007, págs. 9 y ss.

⁴³³ QUINTANILLA NAVARRO, B.: “Violencia de género y derechos sociolaborales: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *TL*, núm. 80, 2005, pág. 13 ó BLASCO RASERO, C.: “La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género: perspectiva social”, *REDT*, núm. 128, 2005, pág. 529.

Ministerio de Trabajo), penales (esbozando tipos delictivos específicos agravados) y procesales (creando los Juzgados de Violencia contra la Mujer dentro de los Juzgados de Instrucción y la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer)⁴³⁴. La respuesta global al problema pasa, así, por el establecimiento de una serie de medidas de sensibilización, prevención y detección (título I), por la consagración de unos derechos de las mujeres víctimas de violencia de género (título II) y por la regulación de una específica tutela institucional (título III), penal (título IV) y judicial (título V)⁴³⁵.

Desde tan amplia perspectiva, una respuesta multidisciplinar al fenómeno de la violencia de género no podía prescindir –por lo que aquí interesa– de la valoración de los efectos que esta lacra social produce sobre la relación de empleo de la víctima ni eludir la adopción de medidas que permitan atenuar o eliminar el impacto que sobre el cumplimiento y el desenvolvimiento de la relación laboral puede derivarse de estas situaciones⁴³⁶, máxime cuando, en estas circunstancias, la necesidad de garantizar la independencia económica de la mujer se hace más patente y cuando, por tanto, la posibilidad de tener que renunciar a un trabajo o ver extinguida la relación laboral por decisión del empresario constituiría un auténtico castigo que agravaría injustamente las consecuencias de la situación vivida⁴³⁷.

Las bajas, el absentismo, las incapacidades y el descenso de la productividad que se da entre las mujeres víctimas de malos tratos hicieron necesaria la articulación de toda una serie de medidas legislativas específicas para, por un lado, hacer efectiva la protección de este colectivo, y, por otro, sensibilizar a los empresarios y a los interlocutores sociales sobre la magnitud del problema, con el fin último de

⁴³⁴ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “Las reformas laborales, de empleo y de Seguridad Social efectuadas por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE del 29 de diciembre de 2004)”, *Tirant on Line*, núm. 526384, pág. 2. Por extenso, PALOMAR OLMEDA, A.: “El principio de igualdad y la interdicción de la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva constitucional”, en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español. Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Valencia, 2005, págs. 96 y ss.

⁴³⁵ LÓPEZ ÁLVAREZ, A.; GONZÁLEZ DE HEREDIA, M. R. y ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Reflexiones multidisciplinarias acerca de la violencia de género y doméstica”, *La Ley*, núm. 6440, 2006, págs. 15 y ss.

⁴³⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: “Las dimensiones socio-laborales de la lucha contra la violencia de género. A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –BOE de 29 de diciembre–”, *RTSS (CEF)*, núm. 264, 2005, pág. 18.

⁴³⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *RL*, núm. 6, 2005, pág. 94.

evitar que se sucedieran los despidos o la imposición de otro tipo de sanciones⁴³⁸, no en vano de todos es sabido que “el trabajo remunerado mejora la posición de las mujeres en la familia, les hace menos dependientes social y económicamente y reduce su situación de vulnerabilidad ante la violencia”⁴³⁹.

Como orientación general, la LPIVG viene a apuntar dos líneas básicas de actuación relacionadas con los derechos sociolaborales⁴⁴⁰: La primera está dirigida a facilitar el acceso a una actividad profesional a las víctimas de violencia de género. Con ello se pretende hacer posible el logro de unos recursos económicos propios y, por tanto, de una autonomía personal en los diversos ámbitos de la vida, así como aprovechar el papel “socializador” del desempeño de dicha actividad, en la medida en que viene a facilitar las relaciones con otras personas, la adquisición de cierta cualificación y, en última instancia, a mejorar la autoestima de las mujeres maltratadas en el marco de un proceso de normalización de su entorno de vida. La segunda pretende responder al objetivo de facilitar la continuidad de la actividad profesional de las trabajadoras víctimas de violencia sin olvidar la necesidad de paliar los efectos que en el desarrollo de la misma pudieran ocasionarse por dicha circunstancia. Las diversas medidas que se apuntan en este sentido atienden a las repercusiones que pueden causar en la prestación de servicios las alteraciones en la salud física o psicológica ocasionadas por la situación de maltrato, así como la adaptación de ciertas condiciones de trabajo como instrumentos para garantizar la seguridad de las víctimas o para facilitar el acceso de éstas a los servicios de apoyo, asesoramiento, e incluso, la tramitación de denuncias o de procedimientos de separación o divorcio, entre otras gestiones relacionadas con las situaciones de agresión.

Resulta muy acertado, por ende, que en una Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se aborden aspectos laborales y de protección social, modificando el ET y la LGSS, a fin de facilitar a las trabajadoras afectadas la posibilidad de continuar su relación laboral, conciliándola con su derecho a la asistencia social integral y a la efectividad de la orden de protección, a través del reconocimiento del derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo,

⁴³⁸ BLASCO JÓVER, C.: “La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *RL*, núm. 21, 2005, pág. 104.

⁴³⁹ ALBERDI, I. y MATAS, N.: *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Barcelona, 2002, pág. 34.

⁴⁴⁰ QUINTANILLA NAVARRO, B.: “Violencia de género y derechos sociolaborales: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *cit.*, pág. 31.

movilidad geográfica, cambio de centro de actividad, suspensión de la relación laboral y, en último término, extinción voluntaria del vínculo contractual⁴⁴¹.

No se puede negar que la toma en consideración de la situación laboral de la víctima como un factor a tener en cuenta a la hora de ofrecerle una protección eficaz y completa, tiene una trascendencia innegable⁴⁴², pero no cabe olvidar tampoco que la regulación de los derechos laborales de las mujeres maltratadas, combinada con un catálogo nada escueto de reglas en materias de protección social o de ayudas económicas de otra naturaleza, serviría bien poco si no estuviera acompañada de una colaboración por parte de la empresa⁴⁴³. La Administración puede compensar, así, a aquellas organizaciones productivas que acrediten tener contratado un determinado porcentaje de víctimas de violencia de género, a través de su preferencia, respecto de otra oferta equivalente, a la hora de conseguir un contrato administrativo. Para la empresa no será difícil, por lo demás, probar tal situación, pues para ello debe considerarse suficiente el hecho de que se haya acogido a las bonificaciones previstas en el art. 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (125 euros/mes –1.500 euros/año– durante cuatro años por la contratación indefinida de este tipo de mujeres o 50 euros mes –600 euros anuales– por la contratación temporal durante toda la vigencia del vínculo contractual, tal y como establece el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inversión sociolaboral para las mujeres víctimas de violencia de género)⁴⁴⁴ o algunos de los incentivos a la contratación de este colectivo previstos por las Comunidades Autónomas⁴⁴⁵.

Cuando no se trate de nuevas contrataciones, sino de empleadas al servicio de la empresa, la prueba se torna un poco más complicada, pues para ello será necesario aplicar la regla general prevista en el art. 23 LPIVG: aportar la preceptiva orden

⁴⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en AA.VV. (MUERZA ESPARZA, J., Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Pamplona, 2005, págs. 87 y ss.

⁴⁴² MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. y VELASCO PORTERO, T.: “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2005, pág. 9.

⁴⁴³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete, 2005, pág. 23.

⁴⁴⁴ RUBIO DE MEDINA, M. D.: “El programa de fomento de empleo aprobado por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio”, *Información Laboral*, núm. 30, 2006, pág. 4.

⁴⁴⁵ A título meramente ejemplificativo, cabe hacer referencia al “Plan Dike” en Castilla y León, regulado, en la actualidad, por la Orden 150/2007, de 23 de enero, que procede a convocar una serie de subvenciones, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, destinadas a sufragar los gastos de aquellas contrataciones superiores a seis meses, temporales e indefinidas, a tiempo completo o a jornada parcial, de mujeres víctimas de violencia de género.

de protección en favor de la víctima (regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio) o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de haber sufrido violencia de género. Probablemente, se trata de una previsión tendente a evitar potenciales abusos y a incentivar indirectamente a las víctimas de violencia de género para que utilicen los mecanismos legalmente dispuestos para luchar contra esta lacra, pero deja desprotegidas algunas situaciones. Una de las singularidades más perversas de la violencia de género es precisamente que acontece en un marco íntimo, entendido éste en el sentido más amplio del término, referido tanto a que las agresiones suelen producirse en la privacidad del hogar, cuanto a la relación que une a la víctima con el agresor, que es la persona con quien convive o ha convivido o con la que aun sin convivir mantiene, o ha mantenido, una relación de afectividad, con quien en su caso comparte hijos, y de la que a menudo depende económica, social y/o afectivamente⁴⁴⁶. Todos estos factores se convierten en una “espada de Damocles” que dificulta la denuncia de la agresión, con frecuencia silenciada o “invisibilizada”, con el consiguiente riesgo de reiteración⁴⁴⁷. Esta situación de la víctima, que termina desarrollando una sorprendente capacidad de resistencia a la violencia, sólo puede combatirse con el diseño de mecanismos que efectivamente faciliten la denuncia, mediante la garantía del expeditivo alejamiento del agresor y la atención ágil, eficaz e integral de las necesidades económicas, sociales, civiles y físicas de la persona agredida⁴⁴⁸.

Es más, para el otorgamiento de una orden de protección (art. 23 LPIVG), el juez deberá examinar las circunstancias del caso y llegar a la convicción de que concurren indicios de la comisión del delito o falta denunciada y no meras sospechas (apariencia de buen derecho)⁴⁴⁹ y, en caso afirmativo, de que existe un riesgo real de reiteración, un peligro para la víctima de que el acto violento se repita y de que tal amenaza sólo puede desaparecer o mitigarse con la adopción de las medidas cautelares contenidas en dicho instrumento (art. 544 ter.6 Ley En-

⁴⁴⁶ MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. y VELASCO PORTERO, P.: “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, cit., pág. 20.

⁴⁴⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *AL*, núm. 7, 2005, pág. 750. En el mismo sentido, DELGADO MARTÍN, J.: “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, pág. 39.

⁴⁴⁸ BOLDOVA PSAMAR, M. A. y ARUEDA MARTÍN, M. A.: “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género)”, *La Ley*, núm. 6146, 2004, págs. 1 y ss.

⁴⁴⁹ DELGADO MARTÍN, J.: “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, pág. 41.

juiciamiento Criminal)⁴⁵⁰. Si este juicio de peligrosidad o pronóstico de peligro (situación objetiva de riesgo para la víctima) no es positivo, el órgano judicial no podrá decretar orden de protección alguna aun cuando existan indicios de que se ha cometido el delito⁴⁵¹.

Como señala el propio precepto, la orden de protección no es el único título habilitante para dar cobertura jurídica a la mujer víctima de violencia de género, pues, con el objetivo de favorecer la tutela laboral de la mujer trabajadora, también constituye documento válido el informe del Ministerio Fiscal en el que se haga constar la existencia de indicios de que la demandante de la referida orden es, efectivamente, víctima de violencia machista. Pese a esta alternativa, el problema se plantea, igualmente, porque para que el Ministerio Fiscal libere informe favorable es exigible que se constate una situación de riesgo objetivo para la víctima, juicio que se obtendrá tras efectuar el oportuno pronóstico de la peligrosidad del denunciado, atendidas las circunstancias personales de la víctima, los condicionantes de hecho del imputado, así como cuantos datos consten en las actuaciones que puedan alertar sobre la posibilidad de reiteración en la conducta agresiva. De manera expresa se recomienda que cuando no concurren los referidos presupuestos, se informe negativamente la condición de víctima de violencia de género de la solicitante. Es más, este informe excepcional sólo se emitirá en los supuestos en que no haya sido posible tramitar la orden de protección, porque la eficacia del mismo frente a terceros, actuando como medio de prueba de la condición de víctima de violencia de género, aconseja un régimen excepcional de adopción, únicamente cuando las circunstancias que concurren hagan previsible una demora en la resolución judicial de dicha orden de protección⁴⁵².

Una mayor ductilidad en la acreditación de la situación de maltrato no debe demorarse por más tiempo, pues ello facilitaría a la Administración el conocimiento fehaciente de la sensibilidad de una empresa licitadora hacia el problema de la violencia de género, con el fin de aplicar un *prius inter pares* a la hora de adjudicar el contrato.

⁴⁵⁰ CARRETERO SÁNCHEZ, A.: “La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación”, *La Ley*, núm. 6023, 2004, págs. 1 y ss. ó CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P.: “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 5871, 2003, págs. 69 y ss.

⁴⁵¹ CARRASCO GÓMEZ, J. J.: “Psicopatología del maltratador doméstico”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Madrid, 1999, pág. 116 ó GANZENMÜLLER ROIG, J. F.; ESCUDERO MORATALLA, J. F. y FRIGOLA VALLINA, J.: “La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica”, *Actualidad Penal*, núm. 16, 1999, págs. 343 y 344.

⁴⁵² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia, 2008, págs. 132 y ss.

4.4. El diseño de una política responsable en materia de gestión de personal

Las profundas transformaciones habidas en la organización del trabajo y de las empresas, derivadas del tránsito de una economía productiva a otra predominantemente de servicios, del progreso tecnológico y de la globalización de los mercados, influyen decisivamente en la gobernabilidad del complejo empresarial en su conjunto. Dicho con simplicidad, la reducción de la escala de las organizaciones empresariales (*downsizing*), el rediseño de la ingeniería de los procesos de producción (*lean production*), los sistemas flexibles de distribución de suministros y productos (*just in time*), los múltiples indicadores de mejora de la calidad y la externalización de la fabricación (*outsourcing*)..., han obligado a buscar un nuevo equilibrio entre la lógica empresarial y la lógica social que no debe pasar desapercibido, sobre todo en época de crisis, para la Administración contratante a la hora de aplicar criterios de desempate entre ofertas equivalentes, en tanto en cuanto contribuye a mejorar las condiciones laborales de la población activa, a saber:

1. Una de las premisas principales para medir el grado de compromiso social entre la empresa y sus trabajadores, aparte del ya analizado de la flexibilidad en la distribución horaria, viene dado por el establecimiento de unos parámetros adecuados de retribución. Mucho podría discutirse acerca de cuál es el nivel de remuneración idónea y justa. Desde luego, parece claro que no lo es el fijado por la libre confluencia de las fuerzas del mercado, tal y como hubo ocasión de comprobar en los albores de la revolución industrial cuando el incipiente proletariado quedó condenado a unos “salarios de miseria”, motivando (junto con otras circunstancias bien conocidas) un intervencionismo estatal que, con el correr de los tiempos, provocaría el surgimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica autónoma⁴⁵³, en la cual cobra una importancia destacada el establecimiento, año tras año, por Real Decreto, del salario mínimo interprofesional, por debajo del que es ilícito trabajar por cuenta de otro⁴⁵⁴. Dos rasgos esenciales, que se exteriorizan en su misma denominación, caracterizan esta institución: el ser una garantía de ingreso irreductible y su extensión interprofesional. De una parte, el calificativo de “interprofesional” aplicado al salario mínimo quiere decir tanto como que la cifra fijada se hace sin referencia alguna a sectores o ramas productivas determinadas y sin consideración de oficios, profesiones o categorías laborales; en principio, por tanto, afecta a cualquier trabajador por cuenta ajena,

⁴⁵³ Por todos, ALONSO OLEA, M.: “Las raíces del contrato de trabajo”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 21, 1989, págs. 389 y ss.

⁴⁵⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, M.: *El salario mínimo legal*, Málaga, 1986, págs. 43 y ss.

sea cual sea la empresa en la que trabaje y la categoría que en ella ocupe. De otra, la fijación de una cuantía mínima para el salario significa que la convenida a través de la negociación colectiva y la establecida en el contrato de trabajo pueden ser superiores. En la medida en que los convenios colectivos establecen, prácticamente sin excepción, un montante retributivo por encima del salario mínimo para los trabajadores incluidos en su respectivo ámbito de aplicación, cuando exista norma convencional de aplicación, lógicamente, la escala salarial allí fijada resulta el suelo mínimo imposible de desconocer⁴⁵⁵.

Sin embargo, una organización que pretenda destacar por ser socialmente responsable con sus trabajadores no ha de limitarse a abonar el salario mínimo interprofesional o el salario establecido en convenio colectivo sino que ha de tratar de adaptar e individualizar las retribuciones percibidas por sus empleados a través de una operación capaz de ponderar diversas variables: por una parte, el nivel de dificultad y cualificación requerida por las tareas desarrolladas por cada empleado en su puesto o categoría, así como el rendimiento obtenido en su desempeño; por otra, la antigüedad y fidelidad del trabajador a la empresa; en fin, la situación económico-financiera de la compañía, valorando como criterio definidor el montante de los beneficios obtenidos, en tanto logrados con el esfuerzo y sacrificio de todos⁴⁵⁶.

Consecuencia del modelo abierto de empresa que se ha desarrollado a lo largo de las últimas décadas y de la necesaria motivación de los trabajadores como requisito para la obtención de los niveles de rendimiento óptimos en un sistema cada día más competitivo, el igualitarismo ha venido dando paso progresivamente a sistemas más justos en los cuales para la determinación del salario se tiene en cuenta la aportación del individuo a la organización. La flexibilización de la estructura salarial hacia una compensación basada en “competencias”⁴⁵⁷ cuenta con una serie de fórmulas que pueden agruparse en las tres siguientes: los sistemas que establecen una relación directa entre la retribución del trabajador y su participación en las mejoras de la productividad colectiva (*gain sharing*) y los de participación en los beneficios propiamente dichos (*profit sharing*) o los sistemas indirectos de

⁴⁵⁵ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 17ª edición, Madrid, 2008, págs. 606 y ss.

⁴⁵⁶ TASCÓN LÓPEZ, R.: *La responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 157.

⁴⁵⁷ MERCADER UGUINA, J. R.: “Nuevos rumbos en materia salarial”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, 2004, pág. 349.

participación en ganancias empresariales a través de la retribución por objetivos de grupo (*goalsharing*)⁴⁵⁸.

De esta manera, la Administración contratante debe tomar en consideración, a la hora de proceder al desempate, el hecho de que un determinado empresario venga asignando unas retribuciones teóricamente superiores a las de mercado si las mismas responden a la justicia de la situación real de los trabajadores y de la organización, sobre todo teniendo en cuenta cómo dicho proceso provoca una saludable satisfacción laboral de los operarios, mejora el clima laboral y aumenta la productividad de una plantilla motivada⁴⁵⁹.

2. El establecimiento de sistemas de clasificación profesional más abiertos, que faciliten una mayor movilidad del trabajador y una mayor intercambiabilidad de las funciones entre más de un grupo o la posibilidad de desarrollar tareas correspondientes a dos o más, siempre acompañados de instrumentos efectivos y eficaces de promoción interna, deberá constituir otro de los criterios determinantes para valorar el compromiso social de una empresa licitadora con sus trabajadores. La configuración de sistemas de ascensos bien definidos, que resulten lo más objetivos posible y en los cuales no quepa apreciar indicio alguno ni de discriminación ni de favoritismo puede redundar, sin duda, en la consecución de un elevado grado de satisfacción de los trabajadores al ver recompensado su esfuerzo, lo cual no puede pasar desapercibido en un proceso de contratación pública a la hora de establecer pautas para el desempate entre ofertas empresariales equivalentes.

La Administración puede manejar un claro indicio de que una determinada empresa cuenta con un óptimo plan de promoción con el sólo hecho de tener en consideración si ésta se muestra generosa a la hora de favorecer las actividades formativas de sus empleados, en tanto la capacitación es un elemento fundamental en la mejora y dinamización del capital humano⁴⁶⁰. En este sentido, las opciones a valorar pasan básicamente por las dos siguientes: una, porque la empresa haya organizado sus propios recursos formativos, instrumentando un departamento de formación que se ocupe de planificar e impartir un programa completo; otra, porque haya concertado con entidades educativas públicas o

⁴⁵⁸ MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas tendencias de ordenación salarial*, Pamplona, 1996, págs. 199-200.

⁴⁵⁹ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Productividad y salarios en la experiencia española más reciente de negociación colectiva de trabajo" *AL*, núm. 1, 1989, pág. 9.

⁴⁶⁰ TASCÓN LÓPEZ, R.: *La responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 199.

privadas la impartición de cuantos elementos resulten apropiados⁴⁶¹. Cualquiera de estos dos modelos puede ser valorados por la Administración como criterio de desempate.

3. En fin, una última característica básica, que puede servir de parámetro al órgano competente para valorar la calidad social de una empresa como criterio de desempate en la adjudicación del contrato, previa inclusión –cabe recordar– en los pliegos de condiciones particulares, radica en el grado de participación de los trabajadores en las decisiones de la propia entidad empresarial. La búsqueda de “vías para la corresponsabilización participativa de todos los sujetos implicados en el proceso productivo”⁴⁶², que lleve a una “cooperación activa” del trabajador y una “implicación negociada” en la problemática empresarial no debe ser olvidada⁴⁶³.

Si la participación figura como uno de los “pilares de la bóveda” de la entidad empresarial, constituyendo un “elemento central de la actividad sindical” en la empresa⁴⁶⁴, sin duda el empleador parte de la idea de que los recursos humanos constituyen uno de los elementos más preciados del capital, cuya valoración requiere elaborar las reglas de trabajo más cerca de los propios trabajadores⁴⁶⁵. Que la empresa abandone el viejo principio del “*menagement*”, o simple dirección o manipulación, para acercarse al nuevo del “*empowerment*”, o implicación en los asuntos que atañen de cerca a la actividad de cada trabajador⁴⁶⁶, hace que los empleados “considerados hasta hace relativamente poco tiempo meros portadores de fuerza de trabajo al proceso productivo, y como tales excluidos de la gestión de la organización, pasen a estar ahora integrados en el mecanis-

⁴⁶¹ PÉREZ AMORÓS, F. “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *RDS*, núm. 32, 2006, págs. 45 y ss.

⁴⁶² ORTIZ LALLANA, M. C.: “La supervivencia del Derecho del Trabajo”, *AL*, núm. 42, 1999, pág. 835.

⁴⁶³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El Derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000, pág. 258.

⁴⁶⁴ DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Madrid, 1997, pág. 15.

⁴⁶⁵ SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, pág. 196.

⁴⁶⁶ IGLESIAS CABERO, M.: “El Derecho del Trabajo para el siglo XXI”, *DL*, núm. 53, 1997, pág. 60.

mo de toma de decisiones”⁴⁶⁷, aprovechando “sus capacidades cada vez más amplias”⁴⁶⁸.

Tal aptitud empresarial demuestra una seria preocupación por conseguir una mejora del clima laboral en la empresa, que puede servir también a la hora de proceder a deshacer el desempate para la adjudicación.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F: “La participación de los trabajadores en la empresa”, *RPS*, núm. 121, 1979, pág. 419.

⁴⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 1999, pág. 119.

IV | SOBRE LA POSIBILIDAD DE INCLUIR PARÁMETROS SOCIALES EN OTRAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Como ya consta, la promoción y la estabilidad en el empleo, sobre todo de los colectivos más desfavorecidos, la contratación de servicios de empresas de economía social o con organizaciones de comercio justo, son propósitos de las políticas públicas que, en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, se incorporan al ordenamiento positivo, de forma paulatina y a través de diversas técnicas acogidas por la legislación de contratos del sector público en su disposición adicional sexta como criterios de desempate entre ofertas equivalentes. Es más, al margen de lo previsto en tal disposición, nada impide a la Administración pública introducir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, otros criterios sociales de preferencia distintos de los anteriores (entre propuestas igualmente ventajosas) con el fin de dar prioridad a la contratación con empresas especialmente sensibles hacia temas sociales tan importantes como la no discriminación en el empleo, la conciliación de la vida laboral y familiar, la erradicación de la violencia de género o la implantación de sistemas de gestión de personal satisfactorios para los trabajadores.

Ahora bien, pese a todos estos avances en aras de la tan ansiada justicia social, lo cierto es que la incidencia de dichos parámetros de desempate a la hora de proceder a la adjudicación de un determinado contrato administrativo, previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, va a quedar muy relegada en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, no en vano en una valoración en la que se incluyen décimas o centésimas de puntos resulta bastante imposible un efectivo equilibrio técnico entre distintas propuestas que justifique la aplicación de los criterios sociales mentados para justificar la oportuna inclinación de

la balanza a favor de una de las ofertas⁴⁶⁹. Como con acierto se ha dicho, “en una licitación pública el empate es casi imposible (se desciende hasta un valor infinitesimal sin perder nunca de vista la discrecionalidad de que gozan los tribunales y mesas de contratación), de modo que es más que dudoso que exista un solo caso que dichas cláusulas de desempate hayan llegado a dirimir de forma efectiva una contratación”⁴⁷⁰. Cobra pleno sentido, por tanto, la posible introducción de las consideraciones sociales en otros momentos del proceso de licitación, singularmente en dos siguientes fundamentales habilitados expresamente por la nueva LCSP: como criterios de valoración de las ofertas y como condiciones especiales de ejecución del contrato.

1. COMO CRITERIOS DE VALORACIÓN

La evaluación de las ofertas para la adjudicación de un contrato público debe realizarse en virtud de criterios directamente relacionados con el objeto del vínculo contractual, que respondan a la finalidad de seleccionar la mejor y la más ventajosa propuesta, en nombre de la transparencia, la competencia y la no discriminación. Ha de lograrse, en definitiva, la mejor atribución posible⁴⁷¹. No puede extrañar, por tanto, que la incorporación de las condiciones sociales como criterios de adjudicación en los concursos públicos haya sido mayoritariamente rechazada por los posibles efectos discriminatorios que son capaces de generar y por entender que pueden no tener relación directa con el concreto objeto del contrato. Desde esta perspectiva, las condiciones sociales como criterios de adjudicación se han considerado ajenas al interés público que se persigue con la ejecución de la contratación administrativa e, incluso, se ha estimado que su integración en el proceso de licitación podría llegar a ser contraproducente para conseguir el fin esencial del contrato, no en vano pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea

⁴⁶⁹ LESMES ZABALEGUI, S.: *Manual para la aplicación de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de riesgo de exclusión social*, Pamplona, pág. 63. (www.gaztelan.org).

⁴⁷⁰ LESMES ZABALEGUI, S.: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 70. En este mismo sentido se manifiesta el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 1/2005, de 11 de marzo de 2005.

⁴⁷¹ VERNIA TRILLO, S.: “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002, pág. 439.

cuyas respectivas legislaciones no se acomodan a las categorías de la legislación interna, alterando las reglas de la competencia empresarial⁴⁷².

Retrotrayendo la vista atrás aunque ello suponga reiterar alguna de las afirmaciones anteriormente vertidas, cabe recordar que la trascendental Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 20 de septiembre de 1988⁴⁷³, entre otras cuestiones se ocupó de rechazar la posibilidad de excluir a un licitador de un concurso por la incapacidad de dicho empresario para emplear trabajadores en paro prolongado. El tenor de la respuesta dada por el Tribunal fue el siguiente: “la circunstancia de estar la empresa licitadora en condiciones de emplear a desempleados de larga duración no guardaba relación ninguna con los criterios de adjudicación del contrato, pudiendo, además, infringir el principio de no discriminación por razón de nacionalidad consagrado en el apartado 2 del art. 7 del Tratado”.

Muy significativo es también el hecho de que durante los trabajos de preparación de la Directiva 1993/37, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, los Estados miembros se manifestaran explícitamente en contra de la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico para la adjudicación de los contratos⁴⁷⁴. Años más tarde, la Comunicación de la Comisión, de fecha 11 de marzo de 1998, titulada “la contratación pública en la Unión Europea”, dedicó el apartado “contratación pública y aspectos sociales” a poner de manifiesto la importancia que la política social tiene para la Unión Europea y a exponer el conjunto de posibilidades existentes para tener en consideración dichos aspectos en la contratación pública, pero, de una forma radical, no admitió que se tuvieran en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos, siguiendo la misma tesis que la sentencia anteriormente mencionada⁴⁷⁵.

La Comisión anunciaba, además, su intención de clarificar este extremo en una futura Comunicación interpretativa, que tuvo lugar en fecha 15 de octubre de 2001, en la cual se partía de la base de que las entonces vigentes Directivas sobre

⁴⁷² NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 315.

⁴⁷³ Asunto *Beentjes*. Con un carácter más permisivo, SSTJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto *Nord-Pas de Calais*, y de 17 de septiembre de 2002, asunto *Concordia Buys Finland Oy*.

⁴⁷⁴ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 375.

⁴⁷⁵ DE SOLAS RAFECAS, J. M. y SASTRE BECEIRO, M.: “Art. 86. Criterios para la adjudicación del concurso”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. III, Granada, 2004, pág. 414.

contratos públicos (Directivas 1992/50, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 1993/36, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 1993/37, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras) no contemplaban “expresamente la posibilidad de que se persiguieran objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público..., no en vano estos aspectos no contribuyen a seleccionar la oferta económicamente más ventajosa”. Así pues, la Comisión Europea tampoco se ha mostrado partidaria de incluir este tipo de cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos⁴⁷⁶, pues una y otra vez reafirma los planteamientos restrictivos al respecto, admitiendo únicamente la inclusión de las cláusulas sociales como meros criterios de desempate entre ofertas equivalentes (anteriormente analizados) o como condiciones de ejecución contractual a realizar por la empresa adjudicataria (a los que posteriormente se hará referencia)⁴⁷⁷.

Es más –y siguiendo con esta línea restrictiva–, la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, sólo admite dos criterios de adjudicación: el precio más bajo y la oferta económicamente más ventajosa. Así, atendiendo al tenor literal de esta norma europea, que por su claridad merece la pena transcribir: “la adjudicación del contrato debe efectuarse basándose en criterios objetivos que garanticen el respeto de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, así como la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva. Por consiguiente, conviene admitir únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa” (considerando 46).

Únicamente posibilita la introducción, cuando se utilice el segundo sistema, de criterios adicionales (características medioambientales pero no criterios sociales)⁴⁷⁸, en todo caso vinculados al objeto del contrato: “sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relativas a la remuneración de determinados servicios, los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores

⁴⁷⁶ COM (2001) 566 final.

⁴⁷⁷ MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, E: *Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, Madrid, 2003, pág. 380.

⁴⁷⁸ STJCE 220/251, de 17 de diciembre de 2000.

para adjudicar los contratos públicos serán: a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate, por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las condiciones medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio postventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de ejecución; b) o bien solamente el precio más bajo” (art. 53.1)⁴⁷⁹.

Ahora bien, aun cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la Comisión Europea y ahora también la Directiva 2004/18, se esfuerzan en dejar claro que los criterios de adjudicación sólo pueden ser pautas objetivas relacionadas directamente con el objeto del contrato y que no tienen cabida, por tanto, las cuestiones sociales, lo cierto es que han ido surgiendo interpretaciones doctrinales que apuestan por la introducción de estos objetivos sociales entre los criterios de adjudicación de determinados contratos públicos dentro del sistema español de contratación administrativa, no en vano “la adjudicación es justamente el momento más importante a la hora de calibrar la calidad social de las empresas”⁴⁸⁰.

Para fundamentar tal arriesgada teoría, los autores favorables a la misma han venido tomando como punto de partida el hecho de que, en nuestro ordenamiento interno, la enumeración de los criterios que efectuaba el anterior art. 86 de la LCAP (precio, fórmula de revisión, en su caso, plazo de ejecución o entrega, coste de utilización, calidad, rentabilidad, valor técnico, características estéticas o funcionales, posibilidad de repuestos, mantenimiento, asistencia técnica, servicio postventa u ‘otros semejantes’), era meramente enunciativa, entendiéndose que tal relación tenía carácter de *numerus apertus*⁴⁸¹, susceptible de ser ampliada con otros parámetros con el fin de evitar la inacción de las políticas públicas⁴⁸². La utilización de la expresión “otros semejantes” era clara en este sentido.

⁴⁷⁹ AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos públicos (2008-2009)*, Madrid (Ediciones Francis Lefebvre), 2007, pág. 570.

⁴⁸⁰ ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 204.

⁴⁸¹ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/1996, de 22 de julio y 11/1999, de 30 de junio. En el mismo sentido, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 4/1997, de 6 de mayo, e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña 4/2001, de 23 de noviembre. En la doctrina judicial, STSJ, Cont-Admtivo, Madrid 30 mayo 2003 (TOL 423349).

⁴⁸² LESMES ZABALEGUI, S.: *Manual de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de las Administraciones públicas como herramienta de inserción sociolaboral para personas en situación o riesgo de exclusión social*, Pamplona (documento virtual), pág. 61 ó AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 419.

Este sector de la doctrina venía entendiendo, en contra de reiterados pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁴⁸³, que el órgano de contratación, a la hora de establecer en el pliego de cláusulas administrativas tales criterios de valoración gozaba de una amplia facultad de decisión, pues podía elegir no sólo alguno de los consignados expresamente en el art. 86 LCAP, sino, según ese mismo artículo señalaba, “otros semejantes”, con la sola limitación de que la elección de tales postulados estuviera presidida por la lógica satisfacción del interés público que persigue todo contrato administrativo, de manera que los mismos fueran coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del vínculo contractual⁴⁸⁴. Consideraban, así, que aquella relación que preveía el legislador nacional, en el citado art. 86.1 de la LCAP, nunca podía ser cerrada en la medida en que, como indicaba el legislador comunitario, en el art. 36 de la Directiva 1992/50, en el art. 26 de la Directiva 1993/36 y en el art. 30 de la Directiva 1993/37 (actualmente sustituidas por la Directiva 2004/18), los criterios a tomar en consideración únicamente han de tener una directa e innata relación con el correspondiente contrato⁴⁸⁵, razón por la cual, cumpliendo tal requisito, la Administración podría incluir como parámetros todos aquellos que considerara adecuados para la adjudicación del correspondiente vínculo contractual⁴⁸⁶.

Es más –y en apoyo de esta tesis–, el Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea, de 26 de abril de 2002, ha determinado con toda claridad que “a la hora de evaluar la calidad de las ofertas, los poderes adjudicadores podrán con toda legitimidad tomar en cuenta consideraciones de carácter social o medio ambiental –siempre y cuando se respete al mismo tiempo el principio de igualdad de trato–..., (de modo que) los criterios sociales también deberían desarrollarse de manera específica como criterios de adjudicación del contrato”.

En esta misma línea, el Consejo de Estado español en su Dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre, relativo al ya derogado Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecían medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo, ha señalado

⁴⁸³ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 13/1998, de 30 de junio, 44/1998, de 16 de diciembre, 11/1999, de 30 de junio, 44/2004, de 12 de noviembre y 42/2006, de 30 de octubre, en virtud de los cuales “entre los criterios de adjudicación a la proposición económicamente más ventajosa no aparece ninguno que haga referencia a las características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato”.

⁴⁸⁴ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 716.

⁴⁸⁵ STJCE de 16 de septiembre de 1999, asunto C-27/98.

⁴⁸⁶ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 363.

que “la lectura del (entonces vigente) art. 86 LCAP hace ver que los criterios que pueden sentarse en los concursos para la adjudicación del contrato son variables y acomodables a cada caso, y además no prohíben que una Comunidad Autónoma que haya asumido competencias de desarrollo legislativo en materia de contratos, haga uso, dentro del marco de la legislación básica, de su facultad normativa, como ahora lo hace, sin contravenir las bases de la regulación para todo el Estado, para establecer criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos, como los indicados en el presente proyecto de Decreto; criterios estos que, por lo demás, no dejan de ser objetivos ni de estar referidos a la oferta más ventajosa para los intereses públicos, porque una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación..., para seleccionar al contratista que corresponda y precisamente para proteger los intereses públicos presentes en la oferta más ventajosa, dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa, y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado”⁴⁸⁷. Considera, en suma, que el órgano de contratación podrá concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operan tales criterios y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

Por seguir con esta misma argumentación favorable al establecimiento de pautas sociales como criterios de adjudicación del contrato administrativo, cabe mencionar también que el Consejo Económico y Social, en su sesión ordinaria de 27 de mayo de 1998, establece cómo los criterios con arreglo a los cuales se verifica la adjudicación del contrato con la Administración no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que han de venir integrados con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. En concreto, fines como la promoción del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, la estabilidad en el puesto de trabajo o la contratación con empresas de economía social, son factores que han de poder ser manejados para evaluar la solvencia y calidad de las ofertas de contratación. Ciertamente, la Ley no ha de imponer en todos los pliegos la consecución de tales factores, pero tampoco ha de ser un obstáculo para que en cada caso, y por cada Administración, se puedan configurar esos aspectos a la hora de confeccionar los criterios de valoración del contratista⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 216.

⁴⁸⁸ El parecer del CES fue rebatido en el voto particular formulado por uno de sus consejeros (Sr. Pastor Rodríguez-Ponga), quien expresa su opinión afirmando que “no se trata en modo alguno de ir contra objetivos tan respetables como la promoción y estabilidad del empleo, la seguridad y salud de los trabajadores y

En fin, de esta incipiente línea interpretativa tampoco se apartan algunos pronunciamientos de los órganos judiciales internos que han sentado cómo en el supuesto de que “los criterios de selección se encuentren directamente relacionados con el objeto del contrato, sean objetivos y aplicables a todos los participantes, no cabe apreciar vulneración de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación por el hecho de que no todos los interesados puedan cumplir con los mismos”⁴⁸⁹.

Cierto es, pues, que el órgano de contratación debe adjudicar el contrato “de conformidad” a los criterios establecidos, sin tener en cuenta nuevas pautas no previstas en el pliego o que no se deduzcan de una interpretación y aplicación razonable de los mismos. No menos cierto resulta tampoco que, en ningún caso, podrá el pliego ni el órgano de contratación en interpretación del mismo introducir criterios de carácter personal, no objetivo o discriminatorio. Ahora bien, de conformidad con la interpretación doctrinal anteriormente transcrita, refrendada por el Consejo Económico y Social de la Unión Europea, por el Consejo de Estado Español, por el Consejo Económico y Social y por algún pronunciamiento de la jurisdicción interna, es posible incluir, entre los criterios cualitativos de adjudicación, aquellos que tengan por fin satisfacer “necesidades sociales” propias de categorías especialmente desfavorecidas (discapacitados, excluidos, mujeres, jóvenes o parados de larga duración, por ejemplo) o tendentes al bienestar general siempre que tengan relación con la finalidad del contrato⁴⁹⁰.

el medio ambiente..., sino que el alcance del voto particular tiene su razón de ser en los siguientes argumentos: A) Al no estar definido jurídicamente, en nuestro Derecho, qué son las empresas de economía social, sobra cualquier referencia a las mismas, máxime cuando algunas de esas empresas (consideradas como tales desde una perspectiva política) son grandes organizaciones que no merecen, en modo alguno, mayor protección que el resto de las pequeñas y medianas que no se califican de economía social. B) Por otro lado, es más que dudoso que la normativa de la Unión Europea sobre contratación, posibilite el establecer un sistema de preferencias en la adjudicación de los contratos por razón de los caracteres subjetivos de las empresas (que sí pueden, en cambio, ser tenidas en cuenta en la fase de admisión). C) Finalmente, desde la perspectiva de política de empleo, debe tenerse muy presente que si bien las nuevas técnicas pueden llegar a producir una innecesidad de mano de obra directa, no menos cierto es que en la creación y producción de estas técnicas se emplea otra mano de obra cualificada, que podría verse seriamente perjudicada por la concesión de preferencias a otros sectores de trabajadores. De ahí que se considere que debería haber sido eliminada del Dictamen del CES toda referencia a esa cláusula social”.

⁴⁸⁹ STSJ, Cont-Admto, Cataluña 28 mayo 2004 (TOL 475055). Por su interés cabe hacer referencia también a la STS, Cont-Admto, 27 junio 2006 (rec. 337/2004), en virtud de la cual ha de entenderse que “una determinada estabilidad de la plantilla de una empresa, valorada mediante una ponderación prudente de la baremación total de una oferta (el 20 por 100 en el caso concreto) no puede calificarse como criterio ajeno a los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación de un contrato, ni ser calificado de invaluable o susceptible de aplicación arbitraria...; antes al contrario, la naturaleza del empleo de la empresa tiene su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada, o en los aspectos de conocimientos técnicos y experiencia... y, en definitiva, pueden ser perfectamente valorados por la Administración a la hora de determinar la oferta más ventajosa”. En el mismo sentido, STSJ, Cont-Admto, 30 mayo 2003 (TOL 423349).

⁴⁹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Actuaciones preparatorias, tramitación de expedientes de contratación y adjudicación de los contratos”, en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pág. 463.

Afortunadamente esta propuesta ha sido recogida por el legislador español, en el nuevo art. 134 de la LCSP, cuyo tenor literal establece: “para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que responsan 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, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes; cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

La diferencia respecto de lo previsto en el anterior art. 86 de la LCAP es, pues, abismal. Ahora, por fin, se cuenta ya con el reconocimiento expreso, en la legislación básica, de los criterios sociales como aptos para ser incluidos entre los baremos de adjudicación. De este modo, la consideración de los valores sociales debe entenderse, no como un elemento ajeno y que puede perjudicar la ejecución del contrato, sino como una aportación más que puede influir, de forma positiva, en la elección de la oferta más ventajosa y en la concreta ejecución del vínculo contractual.

En todo caso, los parámetros sociales deberán de ser objetivos y su aplicación uniforme a todos los empresarios, de modo que no podrán ser discriminatorios ni restrictivos del principio de concurrencia de las licitaciones públicas⁴⁹¹. Es claro que la oposición empresarial a este tipo de cláusulas no tiene otro fundamento que el sacrosanto principio de la libre competencia. Pero, con la debida transparencia, estas cláusulas sociales en poco dañan a este postulado. Debidamente publicitadas, todas las empresas serán conocedoras de los criterios a utilizar por la Administración a la hora de adjudicar el contrato, y todas podrán acomodar a los mismos su política de gestión laboral para concurrir en igualdad de condiciones con las demás⁴⁹².

⁴⁹¹ STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00.

⁴⁹² ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 210.

Ahora bien, pese a estos importantes avances, derivados de la nueva redacción del art. 134 LCSP, la introducción de las cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación del contrato no llega a alcanzar la cota más deseable, pues la obligada relación con la prestación demandada no siempre es fácil de justificar⁴⁹³. El problema reside, sobre todo, en el hecho de que el “esnobismo europeo” vuelve a dar señales de vida como consecuencia de las expresiones limitativas copiadas, cómo no, de los criterios de la Comunidad Europea, no en vano la promoción de la contratación de los colectivos con problemas de inserción laboral, la estabilidad en el empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales o la contratación con empresas de economía social, son factores objetivos que pueden influir en la selección del contratista más adecuado, situándose entre los fines prioritarios de actuación de los poderes públicos en atención a las demandas sociales, pero, al tiempo, pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la normativa patria, lo cual impediría (o al menos dificultaría) la acreditación de la concurrencia de los requisitos exigidos en el pliego respectivo⁴⁹⁴. Sólo, desde esta perspectiva, cabe entender las tres restricciones a la utilización de las exigencias sociales como pautas de valoración de las ofertas, que el art. 134 de la LCSP menciona:

1. En primer lugar, que, reconociendo abiertamente la aplicabilidad de los criterios sociales, se hable al mismo tiempo de “oferta económicamente más ventajosa”, en lugar de “oferta más ventajosa”, sin más adjetivos ni adverbios restrictivos. Como con acierto ha afirmado la doctrina, la oferta más ventajosa no debe ser únicamente la más barata en precio. Puede serlo también la que genera mayores ventajas en creación de empleo de calidad, en inserción laboral de sectores desfavorecidos, en prácticas contra la discriminación por razón de sexo o en cualesquiera otras líneas de política social. Así –y a título meramente ejemplificativo–, no cabe duda de que una mayor estabilidad en el mercado laboral ocasiona menos gastos en prestaciones por desempleo; más presencia de discapacitados en las plantillas de las empresas conlleva menos gastos en auxilios dinerarios y sanitarios (no se olvide la tremenda repercusión que el desempeño de un trabajo normal puede, psíquicamente, suponer para una persona también normal pero que por su discapacidad ha llegado a ser tratada como distinta); una más acentuada preocu-

⁴⁹³ GIMENO FELIÚ, J. M.: “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 14, 2006, pág. 33.

⁴⁹⁴ Informe 44/1998, de 28 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Con un razonamiento idéntico para los criterios medioambientales, Informe 73/04, de 11 de marzo de 2005, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

pación por la prevención de riesgos laborales conduce al consiguiente ahorro de prestaciones económicas y reparadoras de la salud de los trabajadores; una mayor tasa de ocupación de personas en situación de exclusión social acarrea un menor gasto en servicios sociales...; en fin, la lista podría ser interminable.

2. En segundo término, que se insista en que los criterios estén directamente “vinculados al objeto del contrato”⁴⁹⁵, condicionando tales parámetros a la calidad de la prestación como tal, lo cual, a veces, es difícil de materializar, pues normalmente los aspectos sociales son más bien elementos propios del sujeto y no del objeto contractual⁴⁹⁶. Esta limitación olvida, además, que el concepto de calidad de la oferta sólo tiene sentido como tal en los suministros ordinarios, cuyas cualidades técnicas preexisten a la propia propuesta; circunstancia que no se da en los contratos de obras o servicios, porque, en estos últimos, la mayor o menor probabilidad de una ejecución idónea sólo puede presumirse en función de la experiencia previa y la idoneidad de los medios humanos y materiales a disposición de la empresa. La posibilidad de que la utilización de criterios relacionados con la experiencia y características de la organización productiva se reduzca así (y de forma bastante limitada) a los procedimientos restringidos, en los que resulta imposible rechazar ofertas de multinacionales y de grandes empresas, porque siempre pueden contrarrestar sus fallos y fraudes con la acreditación de otras prestaciones correctas y con el peso de su propia imagen, perjudica a la pequeña empresa y a la entidad de carácter social, que, por lo demás, son las únicas que verdaderamente van a correr el riesgo de ser expulsadas en un procedimiento restringido⁴⁹⁷.

De este modo, la vinculación de las posibles cláusulas sociales con el objeto del contrato las hace prácticamente inviables en la fase de adjudicación, lo cual parece contradecir lo dispuesto en diversos preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. En efecto, este Tratado señala, entre sus objetivos, el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir un nivel de ocupación elevado y duradero, luchando contra las exclusiones (art. 136). Para alcanzar tales objetivos, la Comunidad apoyará la acción de los Estados conducente, entre otros aspectos, a la integración de las personas excluidas del mercado laboral [art. 137.1.h)], a la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto a las oportunidades en el mercado laboral [art. 137.1.i)] o, en fin, a la lucha contra la

⁴⁹⁵ Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía número 453/2006, de 3 de octubre.

⁴⁹⁶ BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, cit., pág. 235.

⁴⁹⁷ PÉREZ- ILLZARBE, J. A.: “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, pág. 26.

exclusión social [art. 137.1.j)]. A poco que se detenga uno en ello, resulta evidente que las cláusulas sociales, como criterio de adjudicación de los contratos públicos, coadyuvan seriamente a la consecución de los objetivos del art. 136 del Tratado, y constituyen acciones de los Estados que la Comunidad debe apoyar según lo dispuesto en el art. 137, razón por la cual la exigencia de que estas cláusulas tengan que estar necesariamente vinculadas al objeto del contrato puede estar violentando nada menos que las previsiones del Derecho Comunitario⁴⁹⁸.

3. Y, en tercer lugar, que la satisfacción de las exigencias sociales deba responder 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, supone también una grave limitación (más aún, si cabe, que las anteriores) que el legislador no debería haber impuesto, pues será preciso identificar en cada caso este tipo de necesidades. En ciertas ocasiones dicha tarea resultará sencilla, tal y como sucede cuando la Administración, que paga una renta mínima o un ingreso mínimo de inserción, contrata con empresas que dan empleo a perceptores actuales o potenciales de dicho subsidio o cuando la Administración, que proporciona ayudas directas o indirectas a personas en situación o riesgo de exclusión social, contrata con empresas que tengan a su servicio personal de este tipo. Pero en otros muchos supuestos –la mayoría– la cuestión puede complicarse en exceso.

Es más, esta restricción puede chocar con ciertas previsiones comunitarias, señaladamente y al menos para determinados colectivos, con la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁴⁹⁹.

La primera de estas dos normas dispone, en su art. 7, bajo el sugestivo título de “acción positiva y medidas específicas”, lo siguiente: “1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos relacionados en el art. 1 (religión o convicciones, discapacidad, edad u orienta-

⁴⁹⁸ ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario”, cit., pág. 310.

⁴⁹⁹ ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario”, cit., pág. 310.

ción sexual). 2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

La segunda de las Directivas mencionadas, también bajo el título de “acción positiva”, dispone que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el art. 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la realidad la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”. Dicho precepto es todavía más elocuente en su literalidad: “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá en ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

En fin, vistas las previsiones de estas dos Directivas, cabe llegar a la conclusión de que la inclusión de las cláusulas de calidad social entre los criterios de adjudicación de los contratos no constituye sino una acción positiva a favor de ciertos colectivos que no debe ser limitada sino potenciada, no en vano intentan acelerar el proceso de igualación de oportunidades y compensar una situación histórica y tradicional de inferioridad⁵⁰⁰. La LCSP (pese al avance que supone al incluir “la satisfacción de exigencias sociales” entre los criterios de valoración de las proposiciones) debería haber sido más consecuente con el planteamiento efectuado en su Exposición de Motivos y haber establecido los mecanismos necesarios para la incorporación de “consideraciones de tipo social” en el proceso de contratación pública, configurándolas como verdaderos criterios de valoración de las ofertas sin otro tipo de cortapisas distintas a la garantía del principio de libertad de establecimiento y prestación de servicios exigidos por la normativa comunitaria. Y es que la demanda social de nuevas formas de hacer políticas sociales debería de haber traído consigo la posibilidad de que “en toda licitación pública se pueda discriminar positivamente o favorecer a quien más aporta a la sociedad en su conjunto, como un criterio de valoración transversal y general”⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pág. 200.

⁵⁰¹ ROMÁN VACA, E.: “El pliego de cláusulas administrativas generales de calidad social en la contratación pública del Ayuntamiento de Sevilla”, cit., pág. 222.

2. COMO CONDICIONES DE EJECUCIÓN

La posibilidad de supeditar las adjudicaciones de los contratos públicos a la colaboración del adjudicatario en determinadas políticas sociales se muestra ya con claridad en el Libro Verde de la Contratación Pública de la Unión Europea, el cual en su apartado 5.42 establece la imposición, como condición de ejecución de los contratos administrativos adjudicados, del respeto de las obligaciones de carácter social, encaminadas, por ejemplo, a fomentar el empleo de las mujeres o a favorecer la protección de determinadas categorías desfavorecidas⁵⁰². La respuesta común formulada por la Comisión Europea a las preguntas escritas E-0816/00 y E-0817/00⁵⁰³ se manifiesta, igualmente, a favor de “plantear, como condición de ejecución de contratos públicos ya adjudicados, el respeto de obligaciones de carácter social..., (pues ello no supone sino) un compromiso de los licitadores para adoptar determinadas medidas si se les adjudica el vínculo contractual”.

También la Comunicación Interpretativa, de 15 de octubre de 2001, determina con claridad que: “es ante todo en la fase de ejecución, es decir, una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del mismo que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas a favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo... En particular, pueden tener por objeto favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras, las obligaciones –aplicables a la ejecución del contrato– de contratar a desempleados de larga duración o de organizar acciones de formación para los desempleados o los jóvenes; la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o a evitar la diversidad racial o étnica; de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT o de contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional”.

En este mismo sentido –y utilizando prácticamente idénticos términos–, el considerando 33 de la Directiva 2004/18 reitera que “las condiciones de ejecución de

⁵⁰² COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro*, presentado el 27 de noviembre de 1996.

⁵⁰³ DOCE C-374E, de 28 de diciembre de 2000.

un contrato serán compatibles con la presente Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En particular, pueden tener por objeto especiales dificultades de inserción, combatir el paro o proteger el medio ambiente. Como ejemplo se pueden citar, entre otras (y reiterando casi textualmente lo dispuesto por la Comisión Interpretativa), las obligaciones –aplicables a la ejecución del contrato– siguientes: a) Dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación. b) Aplicar medidas destinadas a promover la diversidad racial o étnica, o la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. c) Respetar en lo esencial las disposiciones de los convenios de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional. d) Contratar a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo⁵⁰⁴.

En el Derecho interno –y siguiendo este modelo–, el art. 33 LOIEMH establece que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebre, “podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”⁵⁰⁵. Cabría incluir, así, la adopción de cualesquiera de las medidas mencionadas en los arts. 43, 45, 48, 73 o 75 de la LOIEMH en clara referencia, respectivamente, a la promoción de la igualdad en la negociación colectiva, elaboración y aplicación de planes de igualdad, prevención del acoso sexual y por razón de género en el trabajo, acciones de responsabilidad social de las empresas en materia de paridad sexual y participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles⁵⁰⁶.

Con carácter más general, el art. 102 de la LCSP va a permitir, también, que se supedite la adjudicación de contratos al cumplimiento, por parte de quien resulte adjudicatario, de consideraciones de tipo social “con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eli-

⁵⁰⁴ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, cit., pág. 234.

⁵⁰⁵ Admitiendo la utilización de un criterio de discriminación positiva a favor de la mujer en la contratación pública, TOBLER, C.: “Encore: women’s clauses in public procurement under Community Law”, *European Law Review*, núm. 6, 2000, págs. 618 y ss.

⁵⁰⁶ PÉREZ DEL RÍO, T. y ZAMBONINO PULITO, M.: “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de las cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 52.

minar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo definida en el art. 125 del Tratado constitutivo de la Unión Europea o garantizar el respeto de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo”.

Este reconocimiento expreso de la posibilidad (no obligatoriedad) de aplicar criterios sociales en la fase de ejecución del contrato proporciona un plus importante de seguridad jurídica, pues, hasta este momento, venía siendo necesario ampararse en el conocido precepto general de la legislación de contratos según el cual “la Administración podrá concertar los pactos... que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración” (art. 25 LCSP). Ahora ya no habrá inconveniente alguno en establecer criterios objetivos como pudiera ser exigir a la empresa adjudicataria la contratación de parados de más de cuarenta y cinco años o con más de uno o dos años en situación de desempleo, jóvenes sin empleo hasta determinada edad, personas con minusvalías, víctimas de violencia de género, excarcelados, ex internos de centros tutelares de menores, personas en rehabilitación por toxicomanías o alcoholismo, perceptores de rentas mínimas o de inmigrantes que aún no han cumplido el período previo de empadronamiento exigido para ello, pertenecientes a minorías étnicas o personas incluidas en programas para eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral. También se le podrá requerir al contratista el desarrollo de una adecuada política formativa de los trabajadores, la garantía de unas condiciones de trabajo dignas⁵⁰⁷ y seguras⁵⁰⁸, el respeto al principio de igualdad de trato u otras actuaciones tendentes a la satisfacción de otras exigencias sociales consideradas prioritarias por parte de la Administración contratante. Únicamente es necesario que tales condiciones de ejecución sean compatibles con el Derecho Comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el propio contrato⁵⁰⁹. Basta, en principio, con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir el requi-

⁵⁰⁷ En relación con el fomento de la estabilidad en el empleo, Dictamen 1/2003, de 20 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana.

⁵⁰⁸ En su Recomendación de 17 de diciembre de 2002, la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia propone la inclusión de cláusulas por las cuales el órgano de contratación se reserve la potestad de exigir al contratista cuanta documentación y datos estime oportunos sobre el personal contratado y que preste sus servicios en centros y dependencias de aquél, para garantizar la adecuación a la normativa vigente especialmente en materia de prevención de riesgos laborales.

⁵⁰⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 514/2006, de 25 de mayo, y Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 253/2007, de 16 de mayo.

sito previsto en el supuesto de que el vínculo contractual les sea adjudicado, de forma que la oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada⁵¹⁰.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, un pacto materializado en el pliego de condiciones particulares en este sentido implica una determinación específicamente convenida por ambas partes contratantes que ha de ser considerada como de aplicación preferente a la normativa legal genérica siempre que no contradiga la misma⁵¹¹. Es importante comprender, pues, que el contrato, en manos de la Administración, no es sólo un instrumento de intercambio de bienes y servicios sino, sobre todo, una herramienta de gestión de intereses públicos: la posición vicaria o ministerial de quien ostenta un *munus* u *officium* y que se ve asistido de potestades, peculiar posición jurídica mezcla de deber y derecho y, en consecuencia, irrenunciable para el sujeto que la recibe⁵¹².

Por supuesto que las condiciones de ejecución no deben ser directa o indirectamente discriminatorias, ni primar a los licitadores locales o nacionales, debiendo además señalarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, no en vano la cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato, pues se refiere a la ejecución de éste. Las empresas, al participar en una licitación, se comprometen, en consecuencia, a cumplir el requisito social señalado en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador que no aceptara la obligación en cuestión no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada⁵¹³. Por esta misma razón, en caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos, el órgano de contratación puede optar por resolver la contratación o por imponer penalidades, según disponga el pliego, sin que quede garantizado, no obstante, que lo así recaudado se destine a compensar a aquellas empresas perjudicadas por el incumplimiento de las cláusulas sociales aquí analizadas; antes al contrario, cada

⁵¹⁰ STJCE 243/1989, de 22 de junio de 1992, asunto *Storebaelt*, en la cual se deja claro que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de los licitadores.

⁵¹¹ STS, Cont-Admtivo, 15 marzo 1999 (RJ 1999/2289).

⁵¹² AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004, pág. 99.

⁵¹³ LESMES ZABALEGUI, S.: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 81.

Administración debe preocuparse de que así sea en el caso concreto⁵¹⁴, lo cual no es mucho decir, pues se deja en manos de los poderes públicos la reparación del daño causado a los licitadores a los que no se les adjudicó el contrato. De hecho, el examen de la doctrina del Consejo de Estado⁵¹⁵ y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵¹⁶ revela una manifiesta tendencia a favor del mantenimiento de los vínculos (sin proceder a la resolución de los mismos) al estimarse con carácter general que ésta es la solución que mejor defiende los intereses públicos a los que los contratos sirven siempre, sin perjuicio de la imposición al contratista de las sanciones que procedan y de la exigencia de responsabilidad por los daños que su incumplimiento haya ocasionado⁵¹⁷.

La cuestión principal queda, pues, situada en determinar las vías mediante las cuales puede la Administración verificar el efectivo incumplimiento por el empresario adjudicatario de sus compromisos sociales adquiridos como condiciones de ejecución. Sería necesario, por tanto, extremar el cuidado en garantizar que la organización productiva que ha obtenido el contrato administrativo quede sometida a la obligación de soportar auditorías sociales externas destinadas a acreditar el respeto a tales exigencias, información de la que luego se servirá la Administración para adoptar o no la decisión de mantener o extinguir los vínculos adquiridos⁵¹⁸. También sería interesante que el Ente público pudiera exigir el acceso directo a los centros de trabajo de sus adjudicatarios, para poder comprobar de primera mano (a través de técnicos en la materia) el respeto de los parámetros sociales recogidos en los pliegos, llegando incluso a reservarse la facultad de poder realizar entrevistas y encuestas privadas a los trabajadores que allí presten servicios para que, libre y anónimamente –ajenos a todo tipo de presión–, puedan describir la situación laboral realmente existente⁵¹⁹.

⁵¹⁴ PÉREZ-ILLZARBE, J. A.: “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006, pág. 29.

⁵¹⁵ Dictámenes 1191/1993, de 25 de noviembre y 3811/1998, de 8 de octubre.

⁵¹⁶ STS, Cont-Admtivo, 14 diciembre 2001 (RJ 1433).

⁵¹⁷ BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007, págs. 43 y ss.

⁵¹⁸ BAYLOS GRAU, A.: “Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de la exigibilidad judicial”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 66, 2004, págs. 272 y ss.

⁵¹⁹ ÁLVAREZ CIVANTOS, O. J.: *Mercado sostenible y responsabilidad social (Hacia la responsabilidad social de los actores sociales)*, Granada, 2006, pág. 142.

V | A MODO DE CAJÓN DE SASTRE: LA BATALLA POR LA JUSTICIA SOCIAL DESDE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

A través de las páginas precedentes se ha tratado de dar cuenta de algunas de las manifestaciones más evidentes de la preocupación por los aspectos sociales existente en la nueva legislación de contratos del sector público, atendiendo, al tiempo, a las implicaciones jurídico laborales derivadas de tal planteamiento y tratando de dar cuenta de los diferentes mecanismos que el Derecho del Trabajo diseña para llevar a la práctica tal compromiso, no sin dejar de detectar ciertas distorsiones o disfuncionalidades del ordenamiento jurídico entre normas laborales y normas administrativas.

Sin embargo, por muy larga que fuera la lista incorporada al presente discurso, siempre podría el lector avezado encontrar nuevas formas de tutela social distintas a las mencionadas, no en vano en el intento por contribuir a la consecución del tan anhelado bienestar social, la LCSP incorpora también otra serie de medidas que, de una forma menos directa o más solapada, van dirigidas a mejorar la calidad de la relación entre la organización productiva adjudicataria de un contrato administrativo y sus empleados, a atender algunas demandas o expectativas sentidas por los trabajadores, a garantizar que el contratista contribuya a la consecución de un mejor clima laboral o, en definitiva, a frenar los fenómenos del desempleo y de la precarización gestados en el ámbito de la competencia empresarial, capaz de configurar dos tipos de trabajadores (los indefinidos, suficientemente protegidos, y los precarios, carentes de los estándares básicos de protección) y de empresas (con empleados de diferentes costes y fuerza reivindicatoria en atención a la naturaleza de sus contratos).

Así, en un intento de síntesis, cabe referirse ahora a la preocupación de la LCSP por otros aspectos de contenido social, distintos de los hasta este momento analizados, cuya consecución se va a impulsar en el nuevo tenor legal de una forma un tanto velada pero no por ello, en muchas ocasiones, menos efectiva para los intereses de los trabajadores (reales o potenciales) o de los demandantes de empleo:

1. LIMITACIONES EN EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN COMO MEDIDA DE FOMENTO DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Cuando la Administración comitente y el empresario contratista celebran un contrato administrativo, su ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos del adjudicatario al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del empresario contratista como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. No puede extrañar, por tanto, que el candidato a contratar con un Ente administrativo deba poseer más requisitos de capacidad que los exigidos al particular que quiere convenir un vínculo contractual con otro sujeto privado⁵²⁰, hasta el punto de que la capacidad de quien quiere optar al *status* de futuro contratista o concesionario público se encuentra absolutamente determinada, sobre todo, por dos tipos de factores⁵²¹:

1. Uno, de carácter subjetivo, pues tanto la naturaleza de la contraparte contratante que conviene con el empresario la ejecución de una prestación como el fin que la Entidad pública está obligada legalmente a perseguir influyen decisivamente en la regulación de las condiciones de capacidad exigidas a los aspirantes a contratistas o concesionarios de la Administración. Todo Ente público representa el interés general, de modo que la prestación del adjudicatario no se dirige a satisfacer las necesidades o deseos de una organización burocrática o administrativa, sino, ante todo, los de la propia sociedad civil en un ámbito concreto, sociedad que ha delegado previamente en la Entidad pública contratante la responsabilidad de realizar ciertas actividades beneficiosas e indispensables para toda la comunidad. Por ello, la debida protección del interés público exige, obligatoriamente, limitar el acceso

⁵²⁰ Sobre los requisitos de capacidad y las prohibiciones para contratar, MANTECA VALDELANDE, V.: "El derecho a ser contratista", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 40, 2005, págs. 33 y ss.

⁵²¹ GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, Madrid, 2000, págs. 155-156.

al mercado de la contratación, no pudiendo toda persona, física o jurídica, aspirar a la adjudicación de un contrato administrativo, en concreto aquellos sujetos sin la aptitud legal requerida o los que estén incurso en alguna de las diversas circunstancias que, de acuerdo con la normativa vigente, impiden el ejercicio de la facultad inherente a ser adjudicatario público.

2. Otro, de carácter objetivo, no en vano el específico objeto del contrato ofertado por la Administración también repercute –obviamente– en el régimen jurídico de la capacidad de los contratantes. Los contratos administrativos, esto es, aquellos que generalmente están vinculados al giro o tráfico específico de la Administración o satisfacen, directa e inmediatamente, una finalidad pública de la específica competencia de aquella, requieren unas especiales condiciones en la aptitud del adjudicatario a efectos de evitar, en la medida de lo posible, el riesgo de una ejecución defectuosa o tardía del contrato adjudicado en su momento o, en su caso, una paralización, por las causas que sean, de la prestación pactada.

Bajo tales hipótesis de partida, las reglas que establecen los presupuestos para la selección por las Administraciones públicas de los futuros contratistas o concesionarios no persiguen únicamente encontrar a personas solventes, que dispongan de los medios económicos y técnicos adecuados para realizar de forma correcta las prestaciones contenidas en los contratos. Junto al indispensable requisito de la solvencia, las Administraciones han de cuidar también que la elección del adjudicatario de la contrata o concesión se materialice dentro del marco de los principios constitucionales que rigen la actuación administrativa, no en vano la contratación con una Entidad pública puede entenderse como la participación indirecta en el ejercicio de funciones administrativas. En consecuencia, como desempeño de tales cometidos de interés general, la selección ha de satisfacer, por un lado, el parámetro de la objetividad e imparcialidad y, por otro, el “sometimiento pleno a la ley y al derecho”⁵²².

Estas premisas se han proyectado de forma tradicional en la normativa de contratos mediante la especificación de una serie de limitaciones para poder contratar con los poderes públicos (sin necesidad de remitirnos a antecedentes más remotos, arts. 15-19 LCAP y arts. 43 a 48 LCSP). Así, por un lado, la necesidad de velar por la objetividad y la imparcialidad origina la prevención de impedir que los adjudicatarios más cercanos a los funcionarios y a los altos cargos de la Administración se puedan beneficiar con las adjudicaciones de contratos. Por otro, la exi-

⁵²² FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997, pág. 71.

gencia de que los contratistas o concesionarios estén sujetos a la ley y al derecho, frena la posibilidad de que la Administración pueda contratar con personas que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico, que no gozan de una apariencia de honorabilidad o moralidad pública (art. 49 LCSP).

Por lo que aquí interesa, la intención de privar de la condición de licitador no sólo a quienes carezcan de la debida capacidad y solvencia económica, financiera y técnica, sino también a quienes estén inhabilitados para ello, cobra pleno sentido con el solo hecho de tener en cuenta cómo la celebración del contrato administrativo va a suponer la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del contratista, lo cual puede provocar la asunción de importantes consecuencias de responsabilidad laboral por parte de la Administración. Como con acierto se ha dicho, “es precisamente la prestación de los trabajadores de una empresa (el contratista o concesionario) para otra (la Administración) la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social”⁵²³. La condición pública del organismo que adjudica la contrata o la concesión administrativa no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, motivo por el cual su gestión indirecta no afectará a la responsabilidad frente a los trabajadores. Por ello, no puede extrañar que la LCSP se detenga en exigir a los posibles adjudicatarios la acreditación de que efectivamente se hallan al corriente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, pues en caso contrario quedarían marginados para la contratación [art. 49.1 d) LCSP]⁵²⁴. Es más, el licitador debe justificar no sólo estar al corriente en este tipo de obligaciones, sino también estar inscrito en el sistema de la Seguridad Social (y, si se trata de un empresario individual, estar afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad), haber afiliado y dado de alta a sus trabajadores, haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación (art. 14 RCAP)⁵²⁵. Todo ello redundará en el buen fin de la con-

⁵²³ GOERLICH PESET, J. M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL*, núm. 8, 1997, pág. 125.

⁵²⁴ BERMEJO VERA, J.: “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número monográfico, 2008, págs. 109 y ss.

⁵²⁵ MORELL OCAÑA, L.: “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, págs. 155-156.

cesión, salvaguardando los derechos del colectivo más débil involucrado en todo este proceso de descentralización de actividades públicas: los trabajadores.

La finalidad de tales previsiones no es sino la de evitar aquellas cargas y responsabilidades (por deudas salariales y con el sistema de protección social) que debería asumir la Administración respecto de los empleados del concesionario, no en vano las mismas derivan directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y el titular de la contrata o concesión administrativa; de hecho, de no haber exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador directo de los trabajadores afectados⁵²⁶. Por estas mismas razones, atendiendo a la relevancia que en la siniestralidad laboral juegan las contrata o concesiones administrativas, las cuales llevan aparejados, directa o indirectamente, un cúmulo de factores de riesgos que actúan sobre los empleados y determinan su mayor vulnerabilidad, no puede extrañar tampoco que de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 c) de la LCSP, quede vetada la contratación con la Administración de aquellas empresas sancionadas con carácter firme por “infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS)”.

La preocupación por garantizar la seguridad y la salud en el marco de las contrata y concesiones administrativas como salvaguarda del derecho a la vida y a la integridad (física, psíquica y moral) frente a los elementos vinculados a la prestación de servicios que pueden quebrantarla se pone de manifiesto también en el art. 45 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en virtud del cual “se podrán establecer limitaciones a la facultad de contratar con la Administración para las entidades productivas condenadas por la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo previsto en la LCAP” (hoy LCSP).

Tales prohibiciones, establecidas en dos textos legales, con similar tenor literal (no idéntico), vienen a demostrar cómo el grado de inobservancia de lo previsto en la normativa preventiva es tan elevado como para hacer caer en saco roto el esfuerzo normativo y colocar en una situación delicada a quien ha de poner en juego su integridad física en el desarrollo de un profesión u oficio. Ni siquiera la presencia de un amplio y completo elenco de responsabilidades [a saber: la

⁵²⁶ QUIRÓS HIDALGO, G.: “Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento”, AS, núm. 4, 2005, pág. 15.

administrativa –recogida en los arts. 11 a 13 LISOS–; la penal –a la que hacen referencia los arts. 316 y 317 CP–; la de Seguridad Social –a través de un recargo de prestaciones –art. 123 LGSS– y la civil –art. 14 LPRL–, todas ellas compatibles entre sí (salvo las dos primeras si se atiende al principio *non bis in idem*) y no asegurables para la empresa (con excepción de la última)], han supuesto un acicate suficientemente efectivo para conseguir el éxito en la aplicación de la normativa preventiva⁵²⁷. De ahí la importancia de una previsión como la incorporada al art. 45 de la LPRL anteriormente transcrita, en la cual es suficiente la condena derivada de la comisión de un delito relacionado con la seguridad y salud laboral o de una infracción administrativa muy grave para que una empresa no pueda contratar con la Administración⁵²⁸. Prohibición reiterada en el art. 49.1 c) de la LCSP para las empresas sancionadas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

Cabe destacar, no obstante, la existencia de una importante discrepancia entre la literalidad del art. 45 de la LPRL y la del art. 49.1 c) de la LCSP, pues el primero se refiere tanto a las condenas derivadas “de la comisión de delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo”, mientras el segundo alude exclusivamente a las sanciones “con carácter firme por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales”. Como puede comprobarse, el art. 49.1 c) de la LCSP no establece prohibición de contratar con la Administración para aquellas empresas que hubieran cometido delito en materia de seguridad y salud en el trabajo. Tal laguna puede quedar integrada, empero, si se atiende a lo previsto en el párrafo a) del art. 49.1 de la LCSP, en virtud del cual el impedimento de contratar con el sector público se extiende a quienes hubieran sido condenados mediante sentencia firme por la comisión de, entre otros, “delitos contra los derechos de los trabajadores”, debiendo entender incluidos los atentados constitutivos de un ilícito penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

No hubiera sobrado la mención expresa de esta prohibición en el apartado c) del art. 49.1 de la LCSP, pues, de un lado, la intervención sancionadora pública aparece como instrumento fundamental para perfeccionar el conjunto legislativo específico y asegurar el cumplimiento de las obligaciones generales y particulares en él contenidas, quedando amparado por los arts. 25 y 40 CE e inspirado en los principios de legalidad, irretroactividad, tipicidad, proporcionalidad, antijuridici-

⁵²⁷ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 219.

⁵²⁸ GIL IBÁÑEZ, J. L.: “Capacidad para contratar y clasificación de los contratistas”, en AA.VV. (GIL IBÁÑEZ, J. L., Dir.): *Contratación administrativa*, Madrid, 1995, pág. 273.

dad, culpabilidad y *non bis in idem*⁵²⁹, y, de otro, el fin más típico e inmediato de la responsabilidad penal es la reprensión pública de determinadas conductas, con el horizonte siempre de la ejemplaridad y la prevención general⁵³⁰, lo cual cobra pleno sentido en materia de seguridad y salud laboral por la importancia de los bienes en juego. Es más, no hay que desconocer tampoco que el procedimiento administrativo sancionador se suspende, entre otros motivos, si la infracción puede constituir delito. En tal caso, si el Tribunal penal condena ya no se sigue el procedimiento sancionador (no cabe doble sanción por el mismo hecho); pero si no hay condena penal, se reanuda la tramitación administrativa por si hubiera infracción social y sanción punitiva en esta segunda vía.

Procede abrir aquí un breve paréntesis para señalar cómo el Código Penal, al contemplar la posible responsabilidad por la comisión de un delito de riesgo o un delito contra la seguridad y salud laboral –incluidos en el título XIV, denominado “de los delitos contra los derechos de los trabajadores”–, establece una versión dolosa y otra culposa, diferencia que radica en el elemento subjetivo, pues el primero parte de la comisión voluntaria, intencionada o plenamente consciente de la infracción –no facilitar los medios de protección adecuados, aun conociendo la correspondiente obligación legal–, mientras que la segunda vertiente no nace de una intencionalidad propiamente dicha, sino de una imprudencia grave por parte del sujeto obligado⁵³¹, comportamiento que abarca la infracción de la normativa de prevención de riesgos y el resultado de peligro concreto y aquellos supuestos en que la improcedencia sólo se refiere a este resultado⁵³².

Así, de un lado, el art. 316 CP castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quienes, “con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física”; de otro, cuando el delito fuera cometido por imprudencia grave –calificación de imprescindible concurrencia, a valorar por el órgano competente–, será castigado con la pena inferior en grado (art. 317 CP). Además, pueden existir penas accesorias, conforme a lo establecido en los arts. 127 y ss. CP; entre ellas, cabe destacar la clausura de la empresa, la disolución de

⁵²⁹ STCo 8/1981, de 8 de junio.

⁵³⁰ ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1998, págs. 91 y ss.

⁵³¹ Por extenso, TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006.

⁵³² STS, Penal, 26 junio 2000 (RJ 7920).

la sociedad o asociación, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar actuaciones en el futuro y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores (art. 129 CP)⁵³³.

El tenor legal de los preceptos esbozados permite configurarlos como normas penales en blanco, al aludir a “infracción de las normas de prevención de riesgos laborales” y “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”⁵³⁴. Por tal motivo, para conocer los comportamientos concretos capaces de integrar el tipo, esta incompleta e indeterminada referencia habrá de entenderse hecha no sólo a la LPRL, sino también a todas las normas dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico⁵³⁵. No bastará, por tanto, cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque éste exige un adecuado nexo de causalidad entre la norma de seguridad infringida y la puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física. Ello envía a infracciones graves (“las más extremas y temerarias”) de la normativa laboral que lleven consigo la creación de un severo peligro⁵³⁶. Como con acierto ha sentado la doctrina de los Tribunales, “no toda infracción laboral o de seguridad en el trabajo es constitutiva de delito, pues si así hubiera querido legislarse, fácil hubiera sido construir el tipo penal”⁵³⁷. Otra concepción distinta extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica⁵³⁸. En definitiva, cabe inferir que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales solo debe materializarse en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel acentuado peligro. Tampoco puede resultar admisible, lógicamente, pretender encauzar por esta vía acciones criminales intencionadas pero ajenas al responsable de quien presta servicios⁵³⁹. Esta responsabilidad penal decaerá, lógicamente, en supuestos en los cuales acaezca un accidente laboral imprevisible⁵⁴⁰, cuando el re-

⁵³³ VALLE MUÑIZ, J. M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Comentario al art. 316”, en AA.VV. (QUINTEIRO OLIVARES, G., Dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª edición, Pamplona, 2001, pág. 1.506.

⁵³⁴ PURCALLA BONILLA, M. A.: “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica de los artículos 316 y 317 del Código Penal”, AS, núm. 22, 2006, págs. 43 y ss.

⁵³⁵ STS, Penal, 12 noviembre 1998 (RJ 7764) ó 26 julio 2000 (RJ 7920).

⁵³⁶ ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, cit., pág. 91.

⁵³⁷ SAP Valladolid 30 noviembre 2000 (JUR 2001/63831).

⁵³⁸ STS, Penal, 5 septiembre 2001 (RJ 8340).

⁵³⁹ STS, Penal, 29 julio 2002 (RJ 8826).

⁵⁴⁰ SAP León 10 junio 2003 (JUR 2004/14885).

sultado dañoso sea consecuencia única de la actuación del trabajador⁵⁴¹ o hubiera existido por parte del licitador un cumplimiento escrupuloso respecto de todas las medidas de seguridad⁵⁴², de modo que “no siempre que se haya producido un daño o lesión a un trabajador cuando estaba desarrollando su actividad laboral, necesariamente ha tenido que existir una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, pues en ocasiones sucede que el empresario ha puesto todos los medios que la normativa exige para evitar los riesgos y, sin embargo, ya sea por la única y exclusiva imprudencia del trabajador, ya sea por fatalidad, el accidente se produce, y no por ello hay que seguir un procedimiento penal por un posible delito contra los derechos de los trabajadores”⁵⁴³. Está claro, por tanto, que debería haberse previsto, en el art. 49.1 c) de la LCSP, la prohibición de contratar con la Administración no sólo a aquellos empresarios sancionados por la comisión de una infracción administrativa muy grave en materia de seguridad y salud, sino también a aquellos condenados en sentencia firme por un delito en esta materia, pues, en expresión sobradamente conocida, lo que abunda no daña.

Retomando el tenor literal actual, cabe alertar sobre la existencia de una simple diferencia de matiz entre la nueva LCSP y lo previsto en su precedente más próximo [el art. 20.1 d) LCAP], pues mientras éste se remitía a la LPRL, aquélla lo hace a la LISOS. Tal discrepancia tiene una clara justificación: en el momento en que se aprueba la LCAP, el régimen sancionador en materia de seguridad y salud en el trabajo se encontraba recogido en la propia Ley 31/1995; en el momento actual, sin embargo, es el Real Decreto Legislativo 5/2000, el que integra el conjunto de infracciones posibles en materia laboral, incluyendo –lógicamente– las relativas a la prevención de riesgos laborales.

No se alcanza a comprender, sin embargo, por qué el art. 49.1 c) de la LCSP [al igual que hay hacía el art. 20.1 d) LCAP] eleva la entidad de la infracción, capaz de hacer aplicable la prohibición de contratar con la Administración, de grave a muy grave cuando se refiere a la “materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales” y no para las infracciones, reseñadas también en el mismo párrafo, “en materia de disciplina de mercado..., profesional, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”, pues en estos últimos casos basta con que se trate de

⁵⁴¹ SAP Burgos 30 julio 2004 (JUR 2005/19817).

⁵⁴² STS, Penal, 6 noviembre 2001 (RJ 9829).

⁵⁴³ SAP Valladolid 13 octubre 2003 (JUR 2004/75194).

una infracción grave. La protección de derechos fundamentales tan importantes como la vida o la integridad física hacen del todo desaconsejable esta diferencia.

Por lo demás, se precisa sanción firme para que concurra la prohibición de contratar con la Administración, no en vano la responsabilidad administrativa tiene naturaleza pública, de ahí que dé lugar a la imposición de sanciones de esta misma naturaleza, consistentes, principalmente, en multas económicas de cuantía variable, caracterizadas por un incremento exponencial respecto a las sanciones previstas para el resto del orden social (art. 40.2 LISOS). Como toda norma punitiva, debe de ser objeto de una interpretación restrictiva, de forma que la simple existencia de un recurso contencioso-administrativo demora el nacimiento de la causa de prohibición y ello independientemente de los efectos suspensivos o no de la interposición del mismo⁵⁴⁴. El carácter firme exigido sólo se produce en el doble supuesto de que la resolución administrativa haya sido consentida por no haber sido objeto de la correspondiente impugnación en la vía jurisdiccional o porque, producida la misma, se haya resuelto en dicha vía sin posibilidad de ulterior recurso⁵⁴⁵. En todo caso, esta prohibición no surtirá efectos hasta su constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas clasificadas del Estado (art. 14 RDLCSP).

Se trata, ante todo, de apartar del tráfico jurídico a determinados sujetos que, por su conducta antecedente en el propio sector en que se desenvuelven, no cuentan con un nivel indispensable de credibilidad personal; y pueden crear, además, un riesgo adicional⁵⁴⁶. Tal inhabilitación tendrá una incidencia fundamental sobre aquellas empresas, cuya única actividad consista precisamente en suscribir vínculos contractuales con las Administraciones para la realización sucesiva de diferentes tipos de encomiendas públicas, pudiendo conllevar en muchos supuestos la desaparición de la entidad empresarial en cuestión, no en vano la prohibición transcrita producirá la suspensión de las clasificaciones que permiten contratar con las Administraciones que hubieran sido concedidas a las empresas afectadas, mientras dure la misma (cinco años con carácter general u ocho para las que tengan por causa la existencia de condena mediante sentencia firme –art.

⁵⁴⁴ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 49/1982, de 1 de julio, 91/1982, de 25 de noviembre y 44/1998, de 16 de diciembre.

⁵⁴⁵ NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 106.

⁵⁴⁶ MORELL OCAÑA, L.: “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 159.

50.2 LCSP—)⁵⁴⁷. Más importante aún, contribuirá a reducir los elevados índices de siniestralidad laboral obrantes en el desempeño de actividades públicas por empresas privadas, lo cual supondrá una clara mejora de las condiciones de los trabajadores ocupados en las mismas.

Aun cuando la conciencia de la necesidad e importancia que tiene respetar estas limitaciones se pone de manifiesto al comprobar que su incumplimiento está sancionado con la nulidad radical, de pleno derecho, del contrato administrativo, lo cierto es que la apreciación de que un concesionario está incurso en alguna de las circunstancias establecidas en la LCSP como prohibiciones para contratar, singularmente por haber incumplido la normativa de prevención de riesgos laborales en los términos anteriormente indicados, no resulta fácil en la práctica, pues normalmente el órgano de contratación sólo dispone de la documentación aportada junto a las correspondientes propuestas, en la cual es el propio licitador quien presenta las pruebas y acreditaciones pertinentes (art. 50 LCSP). Tal dificultad se complica, además, porque solamente la competencia para declarar la prohibición cuando se trata de condena por sentencia firme corresponde al Ministro de Hacienda, tras oír la propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y revestirá carácter general para todas las Administraciones públicas⁵⁴⁸, pero en los demás supuestos se declarará por la propia Administración contratante (art. 50 LCSP)⁵⁴⁹.

El mejor cauce para poder apreciar con verdadero conocimiento la concurrencia o no de la causa de prohibición aquí analizada sería contar con un adecuado y completo registro en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que consten todas las incidencias que afectan a los concesionarios, relativas a su posible inhabilitación, pero tal posibilidad resulta, sin duda, excesiva, pues el Registro oficial de licitadores y empresas clasificadas, pese a sus cuantiosos avances, todavía no está demasiado actualizado. Es muy difícil conseguir que, en paradigmático ejemplo, los jueces y tribunales que intervengan en un procedimiento concursal o admitan la existencia de un incumplimiento de la normativa tributaria, laboral o, por lo que aquí interesa, de seguridad e higiene en el trabajo, comuniquen la existencia del mismo a los posibles efectos de inhabilitar al concesionario. Se podría considerar una gran conquista que los distintos órganos de la Administración del Estado o de

⁵⁴⁷ GARCÍA MURCIA, J. y BERNARDO JIMÉNEZ, I.: “Art. 54”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., Coords.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, 2004, pág. 536.

⁵⁴⁸ DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. II, Madrid, 1998, pág. 655.

⁵⁴⁹ BENÍTEZ MORCILLO, G.: “Prohibiciones para contratar (arts. 20 y 21)”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003, pág. 131.

las Comunidades Autónomas trasladaran a la Junta Consultiva los incumplimientos laborales, la insatisfacción de determinadas deudas tributarias, las sanciones por distraer fondos de una subvención o –descendiendo al terreno aquí analizado– los delitos o infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues aun cuando es cierto que la LCSP (y antes también la LCAP) impone la obligación de las autoridades y órganos competentes de notificar a la Junta Consultiva de Contratación y a los órganos correspondientes autonómicos las sanciones y resoluciones firmes que se adopten (art. 50.5 LCSP y art. 21.4 LCAP), no lo es menos pensar que este deber se incumple sistemáticamente⁵⁵⁰.

Nuevas perspectivas abre, sin embargo, la promulgación del Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de sanciones administrativas impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, sanciones que se harán públicas en el Boletín Oficial del Estado o en el Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el correspondiente ámbito competencial, incluyendo, lógicamente, el nombre o razón social de la empresa sancionada y toda una serie de datos identificativos de la misma.

2. LA ACREDITACIÓN DE SOLVENCIA TÉCNICA Y SU INCIDENCIA EN LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Como en cualquier contrato, el carácter sinalagmático del vínculo público pone de manifiesto cómo forman parte de él necesariamente dos sujetos: el que insta la contratación pública, es decir, el llamado poder adjudicador, y el que ejecuta la prestación que es causa del contrato. Ahora bien, las diferencias más notables entre las contrataciones públicas y las privadas radica en la circunstancia de que, respecto a las primeras, el ordenamiento jurídico prescribe la forma según la cual han de dirigirse los poderes adjudicadores a los contratistas, los procedimientos de selección de éstos, así como –y por lo que aquí interesa– las particularidades jurídicas y de solvencia económica y técnica exigidas a los empresarios licitadores⁵⁵¹.

La libertad de concurrencia es uno de los principios tradicionales de la contratación de los Entes públicos y persigue una doble finalidad: de un lado, proteger los

⁵⁵⁰ FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., págs. 106-107.

⁵⁵¹ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 115.

intereses económicos de la Administración, suscitando en cada caso la máxima competencia posible; de otro, garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Entidad pública. Sin embargo, este principio admite excepciones respecto de las personas que pueden aspirar a convertirse en contratistas⁵⁵². Las reglas sobre capacidad y solvencia de las empresas aseguran la elección por parte de la Administración de colaboradores aptos para el desempeño de funciones públicas, lo cual equivale a rechazar al oportunista, a quien carece de la entidad necesaria para acometer una serie de prestaciones que se consideran esenciales para la satisfacción de necesidades generales con arreglo a estándares de eficacia⁵⁵³. Así, a los sujetos que quieran contratar con la Administración se les exige, aparte de la lógica capacidad de obrar, que acrediten su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, en el bien entendido sentido de que mientras la capacidad para contratar con la Administración es necesaria siempre, la solvencia, por el contrario, opera en función de la envergadura y condiciones específicas de cada contrato, debiendo justificarse documentalmente o de forma automática, mediante la oportuna clasificación, que puede ser objeto de suspensión o revisión según las cambiantes circunstancias de la vida de la empresa⁵⁵⁴.

Determinados contratos, de importante cuantía, no sólo requieren una persona capaz y solvente, sino que esa capacidad económica y técnica tenga indicios de permanencia y estabilidad, que en absoluto sea circunstancial. Así, desde la promulgación de la LCE se viene exigiendo, para adjudicar algunos contratos cuyo presupuesto exceda de determinada cantidad, que el contratista hubiera superado un examen sobre su capacidad técnica y empresarial, prueba rigurosa realizada de modo uniforme por un específico órgano administrativo, que supone su “clasificación” para poder beneficiarse de la adjudicación⁵⁵⁵. Con el previo examen que implica la clasificación se consigue que se conozca ya de antemano la idoneidad de los contratistas y, en consecuencia, se agilicen los trámites durante el procedimiento de adjudicación de los contratos al estar ya verificadas y analizadas las situaciones y características de la empresa. Hoy en día, la necesaria acreditación en cualquier contrato por todo contratista de su solvencia económica y técnica ha reducido en parte la importancia de la previa clasificación, aunque subsisten

⁵⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, cit., pág. 700.

⁵⁵³ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, cit., pág. 150.

⁵⁵⁴ MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de la contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de Concesión de Obra Pública)*, cit., pág. 143.

⁵⁵⁵ RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A.: “La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, págs. 117 y ss.

contratos cuya cuantía⁵⁵⁶ exige el cumplimiento de este requisito previo (arts. 54 y ss. LCSP)⁵⁵⁷.

Así, atendiendo al dato cierto de que “la Administración tiene en la solvencia el mejor instrumento para dominar el contrato, porque la misma no es sino sinónimo de idoneidad para su ejecución”⁵⁵⁸, no puede extrañar que en el contrato de obra [art. 65 c) LCSP], en el de servicios [art. 67 g) LCSP] y en el resto [art. 68 LCSP por remisión al anterior], aparezca, entre la enumeración de los medios para valorar la solvencia técnica, la obligación del titular de la organización productiva de efectuar una “declaración sobre la plantilla media anual de la empresa”, pues ello permite ofrecer una dimensión real de la actividad productiva al margen de desviaciones como pueden ser las contrataciones de personal a través de empresas de trabajo temporal o de sucesivos contratos *a termino* de escasa duración. Facilita, por tanto, una dimensión constante del volumen de empleo de la entidad empresarial por encima de los altibajos de las cargas de trabajo momentáneas⁵⁵⁹, lo cual repercutirá en una mayor eficacia de la prestación de la actividad pública a favor de los ciudadanos y, al tiempo, reducirá los índices de inestabilidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español.

Tal previsión pretende tener, pues, una repercusión directa sobre la estructura del mercado de trabajo, al tratar de reducir los índices de rotación de la mano de obra, introduciendo a tal fin una diferencia de hondo calado respecto de su precedente. En la anterior LCAP era necesario que, como requisito de solvencia técnica, el licitador hiciera referencia expresa al grado de estabilidad en el empleo [art. 17 d) para el contrato de obras; art. 18 c) para el contrato de suministros y art. 19 d) para los restantes contratos]. Esta previsión fue introducida entonces por el texto de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, como una cláusula social que actuaba única y exclusivamente a efectos de capacidad, pues no cabe duda que “la naturaleza del empleo de la empresa adjudicataria va a tener su repercusión indudable en los aspectos de calidad, eficacia técnica y garantía de la oferta presentada”⁵⁶⁰. Tal

⁵⁵⁶ Ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros (art. 54 LCSP).

⁵⁵⁷ FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, cit., págs. 43 y ss.

⁵⁵⁸ BELTRÁN GÓMEZ, A. I.: “Algunas consideraciones sobre la problemática práctica de la acreditación de la solvencia por los licitadores”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 2, 2002, pág. 5.

⁵⁵⁹ AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, cit., pág. 162.

⁵⁶⁰ STSJ, Cont-Admto, 30 mayo 2003 (TOL 423349).

exigencia planteaba algún problema de acomodo con lo previsto en el Derecho Comunitario, pues el criterio de estabilidad en el empleo no aparecía (ni aparece) recogido entre los requisitos de solvencia que, con carácter exhaustivo enumera hoy la Directiva 2004/18 y tampoco sus precedentes (las tantas veces mencionadas Directivas 92/50, 93/36 y 93/37)⁵⁶¹. Quizá por esta razón –y pese a la opinión en contra del Consejo Económico y Social–⁵⁶², la referencia expresa al grado de estabilidad en el empleo ha desaparecido del tenor legal de la LCSP. Es más, si lo que se pretende es asegurar que no se acrediten plantillas más o menos irreales a la hora de concurrir a una licitación pública (en el sentido de haberse efectuado las incorporaciones laborales necesarias) bastaría la remisión, como hace el texto actual, al promedio anual de la plantilla y no a la que pudiera existir en el momento concreto en que se presenta la proposición aunque en este específico lapso temporal fuera estable, pues el nuevo tenor respeta mejor el principio de libertad de competencia⁵⁶³. La expresión “promedio anual de la plantilla” utilizada ahora por la LCSP parece, pues, que se acomoda mejor a las exigencias del Derecho Europeo sobre contratación pública, en particular, con las libertades y principios de él derivados, tendentes a proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las Entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro.

De todos es conocido cómo uno de los mayores anhelos de cualquier persona consiste en alcanzar una situación de fijeza profesional que le permita desarrollar con unas mínimas garantías su proyecto vital⁵⁶⁴. Así, aun cuando del tenor legal actual ha desaparecido la referencia expresa a la estabilidad en el empleo como parámetro a aportar por el empresario en el momento de acreditar solvencia técnica que sí existía en el texto precedente, lo cierto es que la lucha no sólo por la creación de puestos de trabajo, sino por su mejora y por la reducción de las variantes portadoras de riesgo de discontinuidad sigue estando presente, si cabe con mayor firmeza, en el espíritu de la LCSP, que presenta, además, una redacción más depurada desde el punto de vista técnico. Esta Ley continúa, por tanto, la estela de la política dispensada, en los últimos tiempos, por los poderes públicos destinada a dar una respuesta integral a la precariedad y a la alta rotación laboral, intentan-

⁵⁶¹ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 145.

⁵⁶² CES: *Dictamen núm. 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pág. 16.

⁵⁶³ AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002, pág. 264.

⁵⁶⁴ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida”, *DL*, núm. 58, 1999, pág. 16.

do corregir sus deplorables efectos: descualificación, desmotivación, inseguridad profesional y personal, siniestralidad, disminución del consumo, etc.⁵⁶⁵.

Sin lugar a dudas, el carácter temporal de un porcentaje demasiado elevado de contratos de trabajo viene constituyendo uno de los principales obstáculos en orden a reconocer la calidad del modelo español de relaciones laborales⁵⁶⁶, al punto de ser considerado como una de las lacras más importantes a combatir por el legislador⁵⁶⁷. La archiconocida exigencia de una causa justificada como requisito para poder concertar alguna de las modalidades legales de contratos de duración determinada no casa en absoluto con un panorama general de contratación temporal (masiva y voluble, dado su volumen, absolutamente incontrolable)⁵⁶⁸, circunstancia capaz de demostrar que, en realidad, la temporalidad está siendo utilizada por los empresarios como fórmula para actuar a sus anchas de manera ilegal o fraudulenta bajo una sensación de impunidad⁵⁶⁹.

Más que un secreto pregonado a voces, constituye una evidencia (estadísticamente reafirmada una y otra vez) que el sistema de relaciones laborales vive en una permanente contradicción⁵⁷⁰: mientras que el diseño normativo ha ido cerrando las puertas a la contratación *a termino* y favoreciendo la de carácter indefinido; la realidad indica que la inmensa mayoría de los contratos de trabajo realizados cada año escapan de ese paradigma y se refugian en alguna de las categorías cuyo arco temporal está predeterminado *ab initio*⁵⁷¹. En particular, procede recordar cómo España padece de forma sistemática durante las dos últimas décadas una tasa de temporalidad superior al 30 por 100 (virtualmente el doble de la media

⁵⁶⁵ PASCUAL ALLEN, M. C.: “Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laborales y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, págs. 97 y ss.

⁵⁶⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Contratos temporales y principio de estabilidad en el empleo”, *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 32, 2002, págs. 31 y ss.

⁵⁶⁷ OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006, pág. 21.

⁵⁶⁸ COLINA ROBLEDO, M.: “La nueva regulación de los contratos temporales estructurales para obra o servicio determinado y de eventualidad, y los contratos de trabajo a tiempo parcial y de trabajadores fijos discontinuos”, *DL*, núm. 54, 1997, págs. 103 y ss.

⁵⁶⁹ DE LA VILLA GIL, L. E.: “¿Acabar con el trabajo precario? Notas de urgencia a la reforma laboral del 2006”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 11, 2006, pág. 4.

⁵⁷⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de causalidad en la contratación temporal”, *RMTAS*, núm. 33, 2001, pág. 120.

⁵⁷¹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales”, *RMTAS*, núm. 58, 2005, pág. 152.

europea)⁵⁷², algo que, amén de la frustración personal de quien no ve satisfechas sus expectativas, supone un índice ineludible de precariedad en el empleo⁵⁷³. Cabe detectar, pues, una clara “polarización” de la fuerza de trabajo, capaz de hacer retroceder de manera harto significativa el principio de igualdad de oportunidades al establecer una separación cada vez más perceptible y acentuada entre trabajadores “esenciales” o “núcleares” (*core workers*), relativamente seguros y bien pagados, y trabajadores “periféricos” (*periphery workers*), con bajos salarios y manifiesta inseguridad laboral⁵⁷⁴.

La situación descrita ha propiciado una importante reforma laboral (operada a través del Real Decreto 5/2006, luego ratificado por la Ley 43/2006), en virtud de la cual se revitaliza un nunca por completo abandonado principio de estabilidad en el empleo⁵⁷⁵, a través de dos grandes grupos de medidas destinadas a favorecer la contratación indefinida: una primera bien conocida y de dudosa eficacia; a saber, un amplio elenco de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social a los empresarios que transformen vínculos temporales de sus empleados en otros de carácter indefinido o tengan la valentía de contratar directamente con ese carácter, medida de fomento del empleo que ha adquirido ya la nada justificable condición de estructural, algo de dudosa justificación sobre todo cuando la coyuntura actual muestra una elevada tasa de desempleo⁵⁷⁶.

Otra, muy novedosa, casi se podría decir que espectacular y muy necesaria desde un plano “ético y estético”⁵⁷⁷ (aun cuando oculte algunas limitaciones que ponen en duda su eficacia de futuro), cual es la de modificar el art. 15.5 ET para asignar directamente la condición de fijos a aquellos trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con

⁵⁷² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2006 y la contratación temporal. La lucha contra el abuso de la contratación temporal: un análisis de urgencia”, *ÁL*, núm. 17, 2006, pág. 2.037.

⁵⁷³ BRITTON, A.: “Full employment in the industrialized countries”, *ILR*, Vol. 136, núm. 3, 2000, págs. 301-302.

⁵⁷⁴ Citando a HUWS, U., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: merma de sus garantías y la ‘crisis’ del trabajo subordinado”, *AS*, núm. 5, 2001, pág. 52.

⁵⁷⁵ DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Estabilidad en el empleo y contratos temporales”, *REDT*, núm. 2, 1980, págs. 135 y ss.

⁵⁷⁶ DE LA VILLA GIL, L. E.: “Do ut facias: en torno a los estímulos de contratación laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Ejemplar dedicado a Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagaray Bengoechea)*, núm. 23, 1999, págs. 567 y ss.

⁵⁷⁷ DE LA VILLA GIL, L. E.: “¿Acabar con el trabajo en precario? Notas de urgencia a la reforma laboral de 2006”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 11, 2006, pág. 7.

la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada⁵⁷⁸. Se trata, en definitiva, de erradicar una práctica muy extendida, conforme a la cual las empresas contratan a sus trabajadores a través de fórmulas temporales y les mantienen bajo vínculos de tal naturaleza durante largos períodos de tiempo, en los cuales se puede decir que el operario se encuentra plenamente a prueba (alargando de forma absolutamente injustificada el carácter temporalmente limitado de tal pacto *ex art.* 14 ET y tratando de asegurar así el ahorro derivado de una eventual futura extinción del contrato), alcanzando la consolidación en la empresa únicamente tras soportar una suerte de rito expiratorio como meritorio⁵⁷⁹.

Más allá de los parámetros fijados por la reciente reforma laboral, la LCSP trata de atender también, pero –como es lógico– de una forma harto diferente, a una expectativa tan elemental de los trabajadores como es la de su estabilidad laboral, incentivando que la propia empresa adjudicataria instrumente un sistema de contratación en el que se favorezca la provisión de puestos indefinidos. En el convencimiento de que la apuesta por la mejora de la productividad del trabajo y de la competitividad empresarial –dos de los grandes desafíos de futuro para la economía nacional– deben pasar necesariamente por alcanzar un mayor nivel de estabilidad en el empleo, la LCSP parece apostar porque el contrato indefinido vuelva a ser el verdadero paradigma, estableciendo, entre los posibles medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional, para aquellos contratos públicos en los que sea posible por su naturaleza, el dato relativo al promedio anual del personal de la empresa licitadora, circunstancia que se demostrará mediante certificado emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social⁵⁸⁰. Con tal medida, el legislador pretende conseguir un doble objetivo: reducir las tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado laboral español y garantizar la eficacia en la prestación del servicio de interés general que se encomienda a los adjudicatarios.

Con esta misma finalidad de fomentar el empleo de calidad y teniendo en cuenta que los trabajadores temporales sufren más accidentes que los fijos de plantilla⁵⁸¹,

⁵⁷⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: “Las medidas dirigidas a combatir el encadenamiento de contratos temporales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Coord.): *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*, Murcia, 2006, pág. 7.

⁵⁷⁹ TASCÓN LÓPEZ, R.: *Aspectos jurídico-laborales de la responsabilidad social corporativa*, cit., pág. 153.

⁵⁸⁰ BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005, pág. 48.

⁵⁸¹ Tan solo el 18,4 por 100 de los accidentes de trabajo en la construcción los sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6 por 100 en el caso de empleados temporales.

no hay que olvidar tampoco cómo la Ley 32/2006, de 18 de octubre, por la que se establece el régimen jurídico de la subcontratación para el sector de la construcción (LSC), establece un número mínimo de vínculos indefinidos para cuantas empresas se dediquen a ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras (privadas o –por lo que aquí interesa– públicas) en este sector de la actividad, cuyos índices de peligrosidad superan con creces los de cualquier otro⁵⁸² y en el cual la tasa de temporalidad es casi el doble que la del conjunto del empleo asalariado⁵⁸³. Resulta obligatorio, por tanto, para las empresas, que pretendan actuar en el sector de la edificación (de obras públicas *in casu*) como contratistas o subcontratistas, disponer de un nivel mínimo de empleo fijo en relación al volumen total de la plantilla (incluyendo tanto el personal que trabaja en oficinas como el que presta servicios a pie de obra)⁵⁸⁴. A tal fin se marcan unas referencias porcentuales proyectables al tiempo que va transcurriendo desde la entrada en vigor de esta Ley para facilitar la adaptación de las estructuras empresariales a la nueva organización del trabajo que las exigencias legales establecen⁵⁸⁵.

El pretendido incremento de trabajadores fijos de plantilla⁵⁸⁶ no debe hacer olvidar, sin embargo, las dificultades de aplicación práctica de dicha pretensión sobre todo en el ámbito público, no en vano se trata de un marco en donde la variación de las plantillas por efectos de la temporalidad es una característica implícita de la naturaleza de la actividad⁵⁸⁷. Por tal razón, la forma de cómputo que establece el

CALVO GALLEGU, J.: “La nueva Ley sobre Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *TL*, núm. 87, 2006, pág. 24.

⁵⁸² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El derecho de las contratas entre la licitud y la prevención”, *RDS*, núm. 36, 2006, pág. 52.

⁵⁸³ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P.: “La Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *RL*, 2007, Tomo I, págs. 815 y ss.

⁵⁸⁴ FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: “Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, *DL*, núm. 80, 2007, pág. 94.

⁵⁸⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid, 2007, pág. 70.

⁵⁸⁶ MERINO SEGOVIA, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción*, Albacete, 2006, pág. 56 ó GARCÍA BLASCO, J.: “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (DEL VAL TENA, A. L. y GARCÍA BLASCO, J., Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007, págs. 39 y ss.

⁵⁸⁷ SÁNCHEZ DE LA ARENA, M. A.: “Análisis de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *JS*, núm. 29, 2007, pág. 73.

desarrollo normativo de esta Ley, el cual tuvo lugar por Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, atiende a unos parámetros novedosos en el ordenamiento jurídico español, caracterizados por los dos siguientes aspectos: la flexibilidad en el cómputo, al tomar un período de referencia de doce meses con objeto de evitar exigencias desproporcionadas que resultarían de aplicar las reglas de forma diaria y mensual; y la estricta proporcionalidad que se mantiene en la exigencia del porcentaje, al tomar como base los días trabajados por los trabajadores temporales e indefinidos a lo largo de esos doce meses⁵⁸⁸. Su finalidad no es otra que terminar con la inveterada costumbre de crear empresas constructoras con una estructura material y laboral minimalista⁵⁸⁹.

Con mayor detalle, y de conformidad con lo previsto en el art. 11.3 del Real Decreto 1109/2007, se deben aplicar las siguientes reglas: a) Se tomarán como período de referencia los doce meses naturales completos anteriores al momento del cálculo. No obstante, en el supuesto de empresas de nueva creación se tendrán en cuenta los meses naturales completos transcurridos desde el inicio de su actividad hasta el momento del cálculo, aplicando las reglas siguientes en función del número de días que comprenda el período de referencia. b) La plantilla de la empresa se calculará por el cociente que resulte de dividir por trescientos sesenta y cinco el número de días trabajados por todos los trabajadores por cuenta ajena de la empresa. c) El número de trabajadores contratados con carácter indefinido se calculará por el cociente que resulte de dividir por trescientos sesenta y cinco el número de días trabajados por trabajadores contratados con tal carácter, incluidos los fijos discontinuos. d) Los trabajadores a tiempo parcial se computarán en la misma proporción que represente la duración de su jornada de trabajo respecto del tiempo de actividad de un trabajador a jornada completa comparable. e) A efectos del cómputo de los días trabajados previsto en las letras anteriores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación.

Es más, durante los doce meses siguientes a la entrada en vigor de este Real Decreto, para el cómputo del porcentaje mínimo de trabajadores contratados con carácter indefinido se tomará como período de referencia las mensualidades naturales

⁵⁸⁸ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: “La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *Tirant on Line*, núm. 1.126.932, 2007, pág. 8.

⁵⁸⁹ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P.: “El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (el RD 1109/2007, de 24 de agosto)”, *RL*, núm. 21, 2007, pág. 82.

completas transcurridas desde la entrada en vigor hasta el momento del cálculo, aplicando las reglas previstas en el art. 11.2 en función del número de días que comprenda el período de referencia. En todo caso, dicho período de referencia no podrá ser inferior a seis meses naturales concretos. En fin, el porcentaje mínimo de trabajadores indefinidos a que se hace referencia en el art. 11 se exigirá según la siguiente escala (disposición transitoria segunda): a) el 10 por 100 desde la entrada en vigor del Real Decreto hasta el 19 de octubre de 2008; b) el 20 por 100 desde el 20 de octubre de 2008 hasta el 19 de abril de 2010; c) el 30 por 100 a partir del 20 de abril de 2010 (art. 4.4)⁵⁹⁰.

Intentando sistematizar todas estas previsiones, cabe sentar cómo el mecanismo de cómputo se basa en dos cálculos relativamente sencillos y en la comparación de sus resultados. En primer lugar, se calcularía la dimensión laboral de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses anteriores al momento del cómputo. Y ello, por tanto, con independencia de si siguen o no trabajando para la empresa y del tipo de contrato o de su duración superior o inferior al año, si bien no parece que puedan computarse los cedidos por empresas de trabajo temporal. A estos efectos, se tendrán en cuenta, además, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar. En estos casos, debe tomarse en consideración lo dispuesto en el art. 106 LGSS y en el art. 13.2 del Real Decreto 2064/1995, del mismo modo que, para evitar fraudes, los trabajadores a tiempo parcial se computarán en proporción a su *ratio* de parcialidad.

Una vez obtenido este total, en segundo lugar, se calculará sobre el mismo el porcentaje que debería ser cubierto con trabajadores indefinidos, esto es, el 10, 20 o el 30 por 100 según las fechas de las que se trate. Y finalmente, como tercer paso, se comparará este dato con el resultado de dividir, nuevamente entre trescientos sesenta y cinco, la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos, durante el mismo período de tiempo de doce meses o el inferior específico para las empresas de nueva creación. En estos casos la principal duda sería cómo computar los días que durante ese período hayan trabajado aquellos empleados con contratos temporales posteriormente convertidos en indefinidos. El tenor literal de la norma parece apoyar el cómputo tan sólo de los días trabajados con esa última condición, pero quizás no sea esa la

⁵⁹⁰ GARCÍA NINET, J. I.: “La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector”, *TS*, núm. 191, 2006, págs. 7 y ss.

solución más adecuada atendiendo a la finalidad del precepto, pues impediría que una empresa pudiera rápidamente ajustarse a las exigencias de la norma. De ahí que parezca más razonable computar todos los días trabajados por esos empleados con independencia de que en el momento de prestar los servicios lo hicieran bajo una relación temporal⁵⁹¹. Desde esta misma perspectiva, tampoco podrán computar como trabajadores indefinidos los mal denominados “fijos de obra”, figura prevista en la negociación colectiva y que permite a un trabajador participar sucesivamente en varias obras durante un período máximo de tres años, o incluso más si los trabajos de su especialidad se prolongan más allá del citado plazo, dilatándose éste hasta la terminación de la última obra emprendida⁵⁹². Así pues, pese a su denominación, no se trata de trabajadores indefinidos y, por lo tanto, sólo pueden sumarse en la plantilla global de la empresa como trabajadores temporales⁵⁹³.

En definitiva, el paso dado por la LSC ha sido de gigante, y bien podría extenderse a todos los procesos de subcontratación de parcelas de la actividad privada o –por lo que aquí interesa– pública como avanzadilla para la lucha contra la precariedad y la temporalidad⁵⁹⁴. El beneficio social obtenido por la colectividad no sería nada despreciable.

3. LA OBLIGACIÓN DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL COMO GARANTÍA EN EL MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES LABORALES ANTE LA NOVACIÓN DEL ADJUDICATARIO

El arranque histórico de la concesión de servicio público como sistema de participación de los empresarios privados en el desarrollo de actividades administrativas permite explicar con suma facilidad la justificación y la existencia misma del establecimiento de sistemas reglados de selección de los concesionarios. En la medida en que la técnica concesional se basa en la finalidad pública de obtener la dotación de la infraestructura precisa para prestar un servicio de interés general, quedando facultado el concesionario –como contraprestación por su labor previa– a explo-

⁵⁹¹ CALVO GALLEGOS, F. J.: “El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *TL*, núm. 93, 2008, págs. 112 y ss.

⁵⁹² ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *RL*, núm. 2, 2008, págs. 21 y ss.

⁵⁹³ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *AS*, núm. 15, 2007, pág. 5.

⁵⁹⁴ ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Albacete, 2008, pág. 115.

tar durante un tiempo determinado dicho servicio, resulta claro el interés que asiste a la Administración en escoger al sujeto privado que mejores condiciones proponga para desempeñar la labor que se le va a encomendar. Por tal razón, no puede extrañar que la concesión haya sido calificada como una relación jurídica “*intuitu personae*”, trabada tras un laborioso sistema de selección, en la que el elemento subjetivo adquiere una importancia esencial⁵⁹⁵.

La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, y la necesidad de que en dicho adjudicatario concurren las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al principio de personalidad de la concesión y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no sólo el cumplimiento de las condiciones previstas, sino que efectivamente sea el propio sujeto seleccionado por ésta quien asuma la prestación de la actividad pública. La identidad del concesionario es, pues, una cuestión de máxima importancia para la entidad administrativa, pues “a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación”⁵⁹⁶.

Ahora bien, los extensos plazos de duración de muchas contrataciones y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar al sujeto que, como adjudicatario, está obligado a cumplir los deberes inherentes a ese contrato administrativo. Tal realidad no puede obstaculizar tampoco la pertinente aplicación del consolidado principio de continuidad en la concesión⁵⁹⁷, caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor. No puede extrañar, por ende, que la LCSP intente garantizar la prestación interrumpida del servicio con el fin de satisfacer su aprovechamiento por los usuarios en todo momento, estableciendo a tal fin la oportuna “subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente” (art. 209.3), siempre y cuando el órgano de contratación hubiera aprobado “expresamente y con carácter previo” la cesión de la concesión [art. 209.2 a)]. De este modo, la autorización de la transmisión del

⁵⁹⁵ SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, pág. 191.

⁵⁹⁶ MESTRE DELGADO, J. F.: “Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2ª edición, Madrid, 2003, pág. 1.492.

⁵⁹⁷ REBOLLO RICO, A.: “Derechos y obligaciones del concesionario”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, pág. 215.

vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que “ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiere la condición de concesionario”⁵⁹⁸. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario⁵⁹⁹.

Pocas novedades incorpora el nuevo texto legal respecto de su precedente, pues únicamente procede a suprimir el antiguo párrafo 4º del art. 114 LCAP (“la Administración no autorizará la cesión del contrato a favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar”), incorporando el sentido del mismo al actual art. 209.2 c) LCSP, el cual exige no sólo que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si ello fuera pertinente, sino también que no esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar. La finalidad de este nuevo precepto sigue siendo, pues, la misma: asegurar la subrogación del tercero en el lugar del adjudicatario.

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario⁶⁰⁰, no en vano el “principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa”⁶⁰¹ constituye

⁵⁹⁸ MESTRE DELGADO, J. F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 163.

⁵⁹⁹ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 512.

⁶⁰⁰ Entre muchos, RIVERO LAMAS, J.: *La novación del contrato de trabajo*, Barcelona, 1963, pág. 243 ó “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, *RPS*, núm. 55, 1962, pág. 32; CABRERA BAZÁN, J.: *La novación ilícita del contrato de trabajo*, Sevilla, 1963, pág. 29; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Transmisión de empresa en crisis y Derecho concursal (Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario)*, Granada, 1999, pág. 48; RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Encadenamiento de contratos y transmisión de empresa”, *RL*, núm. 15, 1996, pág. 8; CAMPS RUIZ, L. M.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Valencia, 1993, págs. 131-134; “Transmisión de empresas: efectos laborales según la jurisprudencia (I)”, *AL*, núm. 16, 1991, págs. 210 ó “La sucesión de empresa”, *RT*, núm. 81, 1986, pág. 76; ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Madrid, 1984, pág. 26; CAIROS BARRETO, D. Mª.: “La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad”, *AL*, núm. 11, 1996, pág. 297; GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F.: *Sucesión de empresas*, Madrid, 1996, T. V ó MONTOYA MELGAR, A. y DURENDEZ SÁEZ, I.: *La sucesión de notarios y sus efectos laborales*, Madrid, 1998, pág. 17.

⁶⁰¹ La intención tutelar de la estabilidad en el empleo ha sido reconocida tradicionalmente en los pronunciamientos de los Tribunales; entre otros, ya clásicos, SSTS 27 marzo y 19 diciembre 1980 (Ar. 1543 y

ejemplo paradigmático de la existencia de “un derecho del trabajador al puesto de trabajo desligado del empleador, vinculado a la organización productiva concebida como una comunidad de actividad que posibilita la desaparición y sustitución del empresario sin mengua de la vida de la comunidad”⁶⁰². En toda sucesión de empresa se produce, desde una perspectiva subjetiva, una novación contractual de carácter modificativo (art. 1203.2 y 3 Código Civil –CC–), en virtud de la cual, una vez acaecido el trueque de la persona del titular de la entidad, se origina al propio tiempo una manifiesta sustitución del acreedor del trabajo y del deudor del salario, dando lugar a una figura mixta de cesión de crédito y asunción de deuda que opera *ope legis*⁶⁰³. La continuidad de los contratos en la transmisión de la actividad empresarial y su asignación al adquirente, nuevo titular empresarial, debería ser, pues, un postulado clave del Derecho del Trabajo con el fin último de que la transmisión de la empresa no perjudique al trabajador, ni afecte a la subsistencia del contrato laboral⁶⁰⁴. Sería preceptivo, por tanto, imponer *ex lege* la continuidad, de forma que la persona del concesionario perdiera importancia, quedando vinculado el contrato a la titularidad de la contrata, permitiendo que el trabajador siguiera trabajando en y para la misma concesión con idénticos derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social independientemente del origen individual o colectivo de éstos, aunque –efectivamente– haya cambiado la persona del adjudicatario y correlativamente de la contraparte de los contratos de trabajo.

Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial (que inspira, como se ha visto, la regulación incorporada a la LCSP –y antes también a la LCAP–), es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. Es más, en aquellas circunstancias en las cuales sea preceptiva la aplicación del principio de la sucesión de adjudicatarios con el obligado respeto de los derechos de los trabajadores transmitidos por cumplirse los requisitos previstos en el art. 44 ET, van a surgir de inmediato

4956), 15 mayo 1981 (Ar. 2252), 15 marzo y 17 junio 1983 (Ar. 1155 y 3017), 18 julio 1986 (Ar. 4238), 26 enero, 3 y 9 marzo, 9 julio y 6 octubre 1987 (Ar. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834), 25 febrero y 12 julio 1988 (Ar. 948 y 5098), 30 septiembre y 15 diciembre 1997 (Ar. 7185 y 9180) y 15 diciembre 1998 (Ar. 437/1999) ó SSTSJ País Vasco 13 mayo 1991 (Ar. 1022) y La Rioja 24 febrero 1992 (Ar. 862).

⁶⁰² GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F.: “Cambio de titularidad-sucesión de empresa. Selección de jurisprudencia”, *RL*, núm. 10, 1995, pág. 72.

⁶⁰³ GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1997, pág. 506.

⁶⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004, pág. 211.

dudas de difícil solución con el exiguo marco normativo vigente en la actualidad, una insuficiencia que lleva a exigir la oportuna intervención legislativa tendente a aclarar un panorama que ha ido encontrando únicamente solución a través de los pronunciamientos judiciales capaces de propiciar en ocasiones notables contradicciones y un importante grado de inseguridad jurídica.

La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión “de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma” (art. 44.1 ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido “afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria” (art. 44.2 ET)⁶⁰⁵.

Teniendo en cuenta los presupuestos objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de “partes individualizadas” de la entidad empresarial⁶⁰⁶, “siempre que conserven su identidad”⁶⁰⁷ y “lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado”⁶⁰⁸, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la contrata o concesión frente a los usuarios. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ GÁRATE CASTRO, J.: “Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas”, AL, 2004, Tomo I, pág. 1.053.

⁶⁰⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad (Estudio del ordenamiento interno y comunitario)*, Madrid, 1999, págs. 71 y 77-78.

⁶⁰⁷ SSTS, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) ó 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

⁶⁰⁸ STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

⁶⁰⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 153 y ss.

Es sumamente importante que la unidad productiva a transmitir al nuevo adjudicatario constituya, pues, un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficiente autonomía funcional⁶¹⁰, quedando excluidos supuestos de transferencia de elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido⁶¹¹.

Es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa⁶¹², pues aun cuando la cesión lleva *per se* aparejada la entrega de la infraestructura pertinente, en realidad “no se transmite la organización empresarial básica para la explotación del servicio, lo cual... es condición necesaria para la actuación del artículo 44 ET”⁶¹³. Efectivamente, la sucesión de concesionarios en la mera actividad objeto del contrato administrativo no es subsumible, en principio, en el supuesto contemplado en el art. 44 ET, no en vano el cambio de titularidad en la concesión administrativa no suele ir acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva⁶¹⁴. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de concesiones administrativas no hay efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo⁶¹⁵. Cabe afirmar, por ende, cómo no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 ET, a no

⁶¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “El problema de la identificación del concepto de ‘unidad productiva autónoma’ ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, *TL*, núm. 32, 1994, págs. 53-55.

⁶¹¹ BELTRÁN MIRALLES, S.: “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 694 ó RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *RL*, núm. 24, 2000, págs. 13 y ss.

⁶¹² CAMPS RUIZ, L. M.: “Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades”, *PJ*, núm. 16, 1989, págs. 230-231.

⁶¹³ STS, Social, 22 abril 1997 (RJ 3581). En el mismo sentido, SSTS 5 abril 1993 (RJ 2906), 23 febrero y 14 diciembre 1994 (RJ 1227 y 10093), 9 febrero 1995 (RJ 789), 27 y 29 diciembre 1997 (RJ 9639 y 9641), 31 marzo y 29 abril 1998 (RJ 4575 y 3879), 26 abril y 1 diciembre 1999 (RJ 4532 y RJ 2000, 516) ó 11 abril, 22 mayo y 10 julio 2000 (RJ 3946, 4624 y 8295).

⁶¹⁴ ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: “La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)”, *REDT*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

⁶¹⁵ Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

ser –como lógica excepción– que dicha subrogación venga impuesta por el pliego de condiciones o por el convenio colectivo aplicable⁶¹⁶ (tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en el art. 23 del IV convenio colectivo general del sector de la construcción 2007-2011 para los trabajadores empleados en contratos de mantenimiento de carreteras o vías férreas)⁶¹⁷.

Con todo, esta tesis restrictiva debería ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual “dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción”⁶¹⁸, debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra⁶¹⁹. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a la conclusión de que “las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico –una unidad productiva en sentido funcional y técnico– encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el

⁶¹⁶ ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratos”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

⁶¹⁷ BOE núm. 197, de 27 de agosto de 2007.

⁶¹⁸ SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Sánchez Hidalgo y otros*; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto *Güney-Gorres y Demir*. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRÁN, M. C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005, págs. 17 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, E.: “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, AS, núm. 22, 2006, págs. 9 y ss. ó RAMOS QUINTANA, M. I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007, págs. 81 y ss.

⁶¹⁹ Con serias dudas, SSTS, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva”⁶²⁰.

Tal interpretación no ha sido asumida, sin embargo, por el Tribunal Supremo español, no en vano su línea mayoritaria sigue consistiendo en defender *a priori* (aun cuando con alguna matización en determinados supuestos)⁶²¹ cómo la aplicación del art. 44 ET queda condicionada a la ya conocida existencia de un mínimo soporte patrimonial constituido por una unidad organizada que permita prestar una actividad independiente al concesionario, porque la transmisión de unos meros servicios no constituyen por sí mismos ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma, si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura u organización⁶²² (si bien –en excepción ya conocida– las normas sectoriales o el pliego de condiciones pueden prever que el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de todo o parte del personal que prestaba sus servicios para el anterior, así como establecer una regulación específica respecto de las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto legal transcrito)⁶²³. Así, en palabras del Alto Tribunal, “en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de las mismas, sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aun cuando materialmente la contrata sea idéntica, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo si lo impusiere el pliego de condiciones –que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario– o se derive de normas sectoriales, si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 ET”⁶²⁴; esto es, se

⁶²⁰ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas”, *RL*, 1986, Tomo II, pág. 68.

⁶²¹ Significativamente, SSTS 17 octubre 2004 (RJ 2004, 7202) y 25 enero 2006 (RJ 2006, 2687).

⁶²² PEDRAJAS MORENO, A.: “Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa”, en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998, págs. 225 y ss.

⁶²³ ORTIZ DE SOLORZANO, C.: “La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y la jurisprudencia del TJCE)”, *REDT*, núm. 116, 2003, págs. 241 y ss.

⁶²⁴ Por todas, SSTS, Social, 6 febrero, 12 marzo, 17 junio y 10 diciembre 1997 (RJ 999, 2318, 4758 y RJ 1998, 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644) y 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 9100 y RJ 2000, 516) ó ATS, Social, 21 octubre 1998 (RJ 9299).

trataría del término de la concesión con la entrada de un nuevo empleador, quien no aparece vinculado con el precedente por ningún título traslativo respecto de elementos materiales y organizativos de la unidad productiva⁶²⁵.

En definitiva, pese a la línea interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que acentúa la protección de los intereses de los trabajadores más que los de los contratistas y de las empresas comitentes, la posición última a la que ha llegado el Alto Tribunal español⁶²⁶ considera que si no han sido transmitidos los elementos que configuran la infraestructura organizativa básica de la concesión o si el nuevo concesionario no se hace cargo, voluntariamente o porque así lo prevea el pliego de condiciones o el convenio colectivo de aplicación, de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del encargo público, no se produce sin más el efecto subrogatorio previsto en el art. 44 ET⁶²⁷. Siguiendo con tal razonamiento judicial, procede señalar cómo “la aplicación o no del artículo 44 a un supuesto de sucesión de concesiones administrativas se va a determinar... en función de las circunstancias concurrentes, de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se entregan los elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad cabe sostener la aplicación de este precepto”⁶²⁸. Con mayor detalle, “la adjudicación mediante concesión administrativa a una empresa de una determinada instalación o infraestructura

⁶²⁵ STSJ, Social, Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602).

⁶²⁶ RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 49.

⁶²⁷ ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratistas”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 271. En la doctrina judicial, SSTs, Social, 22 mayo 2000 (RJ 4624); en idéntico sentido, SSTs, Social, 29 abril 1998 (RJ 3879), 22 mayo 2000 (RJ 4624) y 14 junio 2006 (TOL 970175), 20 septiembre 2006 (RJ 6667) y 12 diciembre 2007 (RJ 2008, 460) ó SSTSJ, Social, Galicia 5 diciembre 2000 (AS 3972), 17 enero 2002 (JUR 72485) y 22 enero 2003 (AS 1962), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 23 febrero 2006 (TOL 849208), Murcia 10 abril 2006 (TOL 953358) y Valladolid 31 octubre 2007 (AS 2008, 488). Así ocurriría también cuando “no se trata de una mera continuidad en la prestación del servicio anterior por parte de la nueva adjudicataria, sino de una contrata nueva, con circunstancias completamente distintas a la precedente... no hay así transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, ni de elementos patrimoniales esenciales –maquinaria, herramientas y demás medios necesarios– para la prestación de los servicios propios de la concesión ni siquiera asunción de todo o una parte significativa del personal de la anterior contratista, sino que conforme al pliego de cláusulas administrativas y condiciones técnicas vigente en ese momento, la nueva empresa adjudicataria asumió la obligación de aportar ‘la totalidad de los elementos patrimoniales y personales necesarios para la realización del contrato’”, SSTSJ, Social, Galicia 2 abril 2004 (AS 2004, 1668) y Castilla y León/Valladolid 4 julio 2005 (JUR 175020).

⁶²⁸ STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2003 (ILJ 2584). En el mismo sentido, SSTs, Social, 26 octubre 2004 (TOL 550624) y 17 mayo 2005 (TOL 668429) ó SSTSJ, Social, Cataluña 6 octubre 2004 (TOL 542426) y Madrid 17 octubre 2008 (JUR 387385).

de titularidad pública puede tener muchas variantes distintas con consecuencias radicalmente diferentes en orden a determinar si debe o no operar el instituto de la sucesión empresarial que regula el art. 44 ET. Es perfectamente posible que la concesión comporte el derecho a la explotación comercial frente a terceros de la instalación pública, de forma que la actividad de la empresa adjudicataria consista precisamente en obtener beneficios económicos con cargo al precio que percibe de los terceros que utilizan esa instalación, a cambio de la suma correspondiente que debe abonar la Administración titular de la misma por la adjudicación. En estos casos, ninguna duda cabe que se produciría sucesión empresarial cuando la instalación pública se pone a disposición de la empresa con toda la infraestructura y elementos productivos necesarios para su explotación. Pero también es posible que lo adjudicado no sea la explotación comercial frente a terceros de la instalación, sino tan sólo el simple y mero mantenimiento de la misma, de forma que la empresa adjudicataria no sólo no basa su actividad económica en el precio que recibe de terceros por la utilización de tal instalación, pagando a cambio un determinado canon a la Administración, sino que, muy al contrario, es la Administración titular quien abona a la empresa una cierta cantidad en pago de sus servicios. En estos casos la instalación se pone a disposición de la adjudicataria, no para su explotación comercial, sino tan sólo para el mantenimiento y conservación de sus elementos, pero esta simple puesta a disposición de la instalación de titularidad pública no tiene por qué conllevar aparejada necesariamente la entrega de la infraestructura empresarial que se necesite para realizar los servicios de mantenimiento objeto de la concesión, siendo precisamente esta infraestructura la que ha de aportar la empresa a quien se le adjudica el servicio”⁶²⁹.

Es necesario, pues, estar al caso concreto, no pudiendo afirmar *a priori* la aplicación del art. 44 ET y, en consecuencia, del mecanismo subrogatorio en todos los supuestos de transmisión de una concesión administrativa; antes al contrario, la subrogación *ex lege* tendrá lugar únicamente cuando la nueva empresa adjudicataria va a quedar subrogada en la propiedad de todos los elementos de la cesante afectos a la concesión en cuestión y, por tanto, objeto de reversión, lo que puede implicar la devolución de cuantos bienes inmuebles y muebles estén sujetos al desarrollo de la contrata y que, a la postre, pueden llevar a la disolución de la empresa que pierde el concurso público y no puede continuar con su labor. En semejantes circunstancias, parece clara la aplicación de las previsiones establecidas en el art. 44 ET. En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el

⁶²⁹ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 20 febrero 2002 (TOL 484994). En el mismo sentido, STSJ, Social, Extremadura 14 septiembre 2004 (TOL 494525).

pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezcan expresamente la subrogación⁶³⁰.

Sin apartar la vista de lo previsto en el art. 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación la cláusula subrogatoria establecida por esta norma estatutaria al no concurrir los requisitos exigidos para ello, sería harto conveniente –y el legislador debe animar a ello con mayor contundencia que lo hace en la actualidad– que el pliego de condiciones de la contrata (una práctica que se está implantando cada vez más en el ordenamiento español pero sin alcanzar el rango de regla general) se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin “más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión”⁶³¹, todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores⁶³². Para materializar esta posibilidad, de momento facultativa, el art. 104 de la LCSP, de una forma un tanto tímida, dispone que “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste”, en clara referencia “a las personas que serán traspasadas, la antigüedad de las mismas, y su coste laboral actual, inclu-

⁶³⁰ “En ese sentido, es de destacar que el Tribunal Supremo viene entendiendo que a los efectos de considerar aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresas que sean prestatarias de servicios, que para ello es necesario, o bien que haya existido una transferencia de elementos patrimoniales, o bien que exista una expresa disposición convencional al respecto, o en otro caso, que en la convocatoria para la adjudicación del servicio, se aluda en el pliego de condiciones de un modo expreso a dicha obligación subrogatoria”, STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584), País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347) ó Cantabria 29 marzo 2006 (TOL 800515).

⁶³¹ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 julio 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SJS, 1, Menorca 5 abril 2005 (AS 428). De no establecerse nada al respecto el efecto jurídico es similar a la subrogación *ex lege*, “la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna”, STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 julio 2001 (AS 3472).

⁶³² SSTJ, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100), 11 abril 2000 (RJ 3946) y 14 octubre 2008 (JUR 380623).

yendo las partidas salariales y las extrasalariales”⁶³³. Se trata, pues, de “una garantía asumida por la empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido... en el pliego de condiciones [sobre] el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando... obliga a su debido cumplimiento”⁶³⁴, pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

4. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES IMPLICADOS EN UN PROCESO DE SUBCONTRATACIÓN

El relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública, no en vano la complejidad intrínseca al objeto contractual impone, en multitud de ocasiones, que determinadas partidas integrantes del mismo puedan ser encomendadas a terceros⁶³⁵. Es muy habitual, por tanto, que los adjudicatarios de las concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, “principal” de otros a efectos laborales⁶³⁶.

4.1. La permisividad administrativa

El imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado, al

⁶³³ Así lo ha considerado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en su Informe 33/2002, de 23 de octubre, al afirmar que “la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son sólo las propias relativas a la presentación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que provienen de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el art. 49 LCAP (actual art. 99 LCSP). Desde tal perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando servicios y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobran especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan, en los términos establecidos en el art. 79.1 de la Ley (actual art. 129 LCSP), el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición”.

⁶³⁴ STSJ, Social, Comunidad Valenciana 12 noviembre 2004 (AS 3875), con cita de la STS, Social, 6 junio 2001 (RJ 5490). En el mismo sentido, STS, Social, 3 mayo 2004 (TOL 463070).

⁶³⁵ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid, 2007, pág. 170.

⁶³⁶ STS, Social, 9 julio 2002 (RJ 10538).

que no son ajenas las Administraciones públicas y sus contratistas, impulsa a buscar estrategias de reducción de las dimensiones de las empresas concesionarias de servicios de interés general a través de la externalización de la producción (*outsourcing*)⁶³⁷, en aras de la mejora de la calidad y eficiencia del servicio⁶³⁸. Reducir la dimensión empresarial recurriendo al incremento de la contratación externa de parcelas de la actividad pública que antes eran realizadas directamente por el concesionario permite frenar costes en unidad de producto, adecuar las inversiones realizándolas allí donde sean necesarias y flexibilizar las estructuras de la empresa adjudicataria para responder a las incertidumbres del mercado y a la creciente globalización de la economía⁶³⁹. Se consigue así un modelo de actividad empresarial “escueta”, que permite reducir mano de obra y desplazar funciones⁶⁴⁰, con el consiguiente “adelgazamiento de las estructuras organizativas”⁶⁴¹ al minorarse su tamaño (*downsizing*) y rebajar costes productivos⁶⁴², “convirtiendo en variables los costes fijos en aquellas funciones consustanciales a la propia actividad (de la concesión) y transformando en fijos los costes variables que se relacionan con las funciones que por no ser constantes en el proceso productivo exigen un continuo redimensionamiento de la empresa mejorando la eficiencia y efectividad empresarial al aumentar su productividad y competitividad”⁶⁴³. Al mismo tiempo y al contrario de lo que generalmente se dice, la externalización productiva no es una simple técnica para reducir costes o para transformar costes fijos en variables con el objetivo de aumentar la eficiencia productiva de los concesionarios en aras del “buen orden” de la concesión. La descentralización es algo más: “busca aumentar la capacidad adaptativa de la empresa concesionaria; la excelencia; satisfacer al consumidor individualizando el producto y el servicio;

⁶³⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “*Outsourcing* y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, págs. 251-252. Por extenso, GIDRON, G. y RUEDA, B.: *Nuevos modelos de gestión empresarial (el outsourcing de procesos de negocios)*, Madrid, 1998.

⁶³⁸ DE QUINTANA PELLICER, J.: “La descentralización productiva (*outsourcing*). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial”, *AL*, núm. 10, 2000, pág. 163.

⁶³⁹ BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.: “La mundialización de la economía y el Derecho Internacional del Trabajo: realidades y desafíos”, *TS*, núm. 98, 1998, pág. 7.

⁶⁴⁰ PÉREZ DE LOS COBOS, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 19; CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *RTSS*, núm. 13, 1994, pág. 8. ó RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La situación de los trabajadores en empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la ‘crisis’ del trabajo subordinado”, *AS*, núm. 5, 2001, págs. 45 y ss.

⁶⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, 1995, pág. 25.

⁶⁴² ORTIZ LALLANA, M. C.: “La supervivencia del Derecho del Trabajo”, *AL*, núm. 42, 1999, pág. 821.

⁶⁴³ DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *RL*, núm. 20, 1999, pág. 19.

la especialización; la calidad; el precio y, sobre todo, dirigir y centrar el esfuerzo inversor de las empresas concesionarias hacia aquello que conocen mejor, el núcleo del negocio (*core bussines*)”⁶⁴⁴.

Exigencias de funcionamiento como las expuestas explican la progresiva tendencia a la fragmentación (u “horizontalización”) ⁶⁴⁵ del proceso de explotación de la concesión o de realización de la contrata en pequeñas unidades de producción –autónomas–, operada por mor de la especialización productiva, no sólo como técnica de gestión empresarial estratégica que permita adaptar la estructura de las empresas concesionarias a los cambios del entorno económico, sino también como mecanismo de flexibilidad externa, al constituir un paliativo menos drástico que las reducciones de plantilla o una técnica de exteriorización del empleo desde la cual el factor trabajo se analiza como un coste más en el proceso de explotación ⁶⁴⁶, es decir, como un elemento a transmitir o a modificar para el cual el ordenamiento jurídico laboral o la intervención de los interlocutores sociales son meros obstáculos que estas fórmulas descentralizadoras logran solventar mejor que otras técnicas alternativas, como serían los rígidos procedimientos de despidos colectivos (art. 51 ET), la cesión –por prohibida– de trabajadores (art. 43 ET) o las transmisiones de unidades productivas onerosas por serlo también de operarios y permitir identificar las carencias del proceso subrogatorio *ex art.* 44 ET ⁶⁴⁷. De ahí que elementos como la reducción del absentismo laboral, la disminución de los gastos en la contratación o en la formación de trabajadores y, sobre todo, el aumento de la flexibilidad en la gestión de la mano de obra sean argumentos que se reiteran en las ofertas de empresas *outsourcers* ⁶⁴⁸, en este caso, concesionarias de la gestión de servicios públicos o contratistas de obras públicas.

La descentralización de las concesiones administrativas debe ser contemplada, pues, no como un fenómeno patológico, sino como una estrategia de racionalidad para ajustar el volumen de empleo necesario según las variaciones de la explota-

⁶⁴⁴ GÓMEZ ALBO, P.: “Descentralización productiva, externalización y subcontratación”, *AL*, núm. 10, 2000, pág. 159.

⁶⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1999, pág. 10.

⁶⁴⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión externa”, *REDT*, núm. 94, 1999, pág. 168 ó MONEREO PÉREZ, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, 1995, pág. 28.

⁶⁴⁷ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión externa”, *cit.*, pág. 168.

⁶⁴⁸ DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *RL*, núm. 20, 1999, pág. 19.

ción, reducir los costes salariales y hacer frente a unos niveles de incertidumbre muy superiores a los de tiempos pasados, no en vano si se permite a la empresa adjudicataria “que está en el centro de la red subcontratar con otras empresas, pequeñas o no, e, incluso, con trabajadores autónomos, de ordinario se exteriorizan costes laborales, se reduce el volumen de plantilla, se eliminan causas de conflictividad y, por añadidura, se pueden ahorrar gastos”⁶⁴⁹, todo lo cual redundará –lógicamente– en la calidad del servicio ofrecido al público, máxime cuando, de un lado, contribuirá a conseguir un mayor grado de especialización empresarial y de cualificación de los trabajadores aumentando una mayor inversión tecnológica, y, de otro, impulsará la actividad de las pequeñas y medianas empresas favoreciendo la creación de empleo.

Esta es la positiva idea de la que parte el nuevo art. 210 de la LCSP, al igual que ya lo hacía el art. 115 LCAP. Ahora bien, es precisamente el régimen jurídico de la subcontratación de los contratos administrativos uno de los más reformados por el nuevo texto legal con el fin de introducir ciertas cautelas (no del todo efectivas) a la permisividad del precedente. Así, la nueva legislación de Contratos del Sector Público, conforme ya hacía la LCAP, se encarga de aclarar que, a través de este fenómeno, en virtud del cual el concesionario concierta con un tercero la realización parcial del contrato administrativo, no se atribuye al nuevo empresario disponibilidad sobre la gestión del servicio, sino que ésta la mantiene el empresario originario⁶⁵⁰, de manera que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, siendo este último el que asumirá la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y –cómo no– a los términos del propio contrato (art. 210.4 LCSP y art. 115.3 LCAP)⁶⁵¹.

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia concesión: no habiendo sustitución jurídica del concesionario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles recelos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación,

⁶⁴⁹ RIVERO LAMAS, J.: “La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 33.

⁶⁵⁰ MESTRE DELGADO, J. E.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 176.

⁶⁵¹ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 513.

atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público y a la creciente especialización que exige su pleno cumplimiento⁶⁵².

Nada impide a los agentes económicos subcontratar con terceros una parte, esencial o no, del contrato que tienen adjudicado. En tanto subcontratar significa simplemente concertar con un tercero la realización parcial del vínculo administrativo, no puede extrañar que los requisitos exigidos para su realización sean menos estrictos que si de una cesión se tratara, pero la nueva Ley intenta establecer una serie de garantías que no aparecían en su precedente: no se precisa y, por tanto, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación [salvo para aquellos contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado –art. 210.2 d) LCSP–]; antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, si bien es pertinente señalar la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no– la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 210.2 b) LCSP]. Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar, también, en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica [art. 210.2 a) LCSP]. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición (art. 210.5 LCSP y art. 115.4 LCAP). La nueva LCSP se esfuerza, al tiempo, en dejar claro que lo importante en la contratación pública es la correcta ejecución del contrato adjudicado, de manera que la infracción de estas condiciones podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe subcontratado (art. 210.3 LCSP)⁶⁵³.

La sujeción a todas estas exigencias por parte de aquel contratista que pretende subcontratar el encargo asumido (más estrictas que las previstas en el art. 115 LCAP) debe ponerse en conexión, no obstante, con la permisividad del art. 52 LCSP, no en vano este precepto admite que para acreditar su solvencia los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la

⁶⁵² GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997, pág. 17.

⁶⁵³ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008, págs. 541 y ss.

naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren que, para la ejecución del contrato, disponen efectivamente de esos medios. De esta previsión, admitida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁶⁵⁴, se deduce que la subcontratación, pese a todas las restricciones que la acompañan, puede no valorarse “en la fase de la solvencia, remitiendo esta cuestión a la fase de ejecución”⁶⁵⁵.

Con el fin de garantizar el buen fin de la concesión, la nueva Ley no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece, además del cumplimiento necesario de las mencionadas formalidades, ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato⁶⁵⁶. De este modo, a través de la subcontratación no se produce ningún tipo de subrogación contractual, ya que el contratista principal –es decir, el adjudicatario– continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (art. 210.4 LCSP y art. 115.3 LCAP). De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un tercero, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero⁶⁵⁷. Tal diferenciación, desde el punto de vista teórico, no siempre está tan clara en la práctica.

4.2. La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social

El sistema de responsabilidad administrativa no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja clara la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración, el contratista y los subcontratistas

⁶⁵⁴ SSTJCE de 2 de diciembre de 1999, asunto *Holst Italia*, y de 18 de marzo de 2004, asunto *Siemens AG*.

⁶⁵⁵ GIMENO FELIÚ, J. M.: “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, cit., pág. 12.

⁶⁵⁶ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La subcontratación en los contratos del sector público”, AA, núm. 1, 2007, págs. 17-22.

⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, cit., pág. 127.

por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados. Llegar a esta conclusión, no es, sin embargo, fácil⁶⁵⁸, tal y como se tratará de demostrar a lo largo de las páginas siguientes.

En principio, el ordenamiento jurídico-laboral no contiene prohibición alguna que impida al concesionario, en uso de su libertad de empresa constitucionalmente proclamada (art. 38 CE), recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva⁶⁵⁹, lo cual actualmente –incluso– “ha dejado de ser una opción voluntaria para garantizar una mayor competitividad en el mercado”⁶⁶⁰ y una mejor calidad en la prestación del servicio a los usuarios del mismo. No obstante, para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejada, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de las empresas contratistas y subcontratistas, bien de una responsabilidad solidaria de la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales o de Seguridad Social con su personal⁶⁶¹.

Así, en aras a evitar las posibles situaciones de desprotección para el trabajador, el art. 42 ET articula un mecanismo destinado a depurar responsabilidades tanto del empleador directo como de los “empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad” cuando vayan referidas a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el primero “durante el periodo de vigencia de la contrata”.

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a “los empresarios que contraten o subcontraten...”, parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido econó-

⁶⁵⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 17 y ss.

⁶⁵⁹ Por todas, STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

⁶⁶⁰ MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: “Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado”, *RMTAS*, núm. 38, pág. 229.

⁶⁶¹ SALA FRANCO, T.: “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *AL*, núm. 1, 2005, págs. 1.016-1.017.

mico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir⁶⁶². Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público “por razón de una actividad empresarial”, mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una “actividad de planificación o fomento” dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían “empresarios titulares” de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades ex art. 42 ET⁶⁶³.

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento⁶⁶⁴.

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad⁶⁶⁵, en especial,

⁶⁶² SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 194.

⁶⁶³ GOERLICH PESET, J. M.: “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, en AA.VV. (PE-DRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 119.

⁶⁶⁴ SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admto, 10 diciembre 1986 (Ar. 1987/1034) ó SSTSJ, Cont-Admto, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 891) y 28 abril 1995 (AS 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 3718) ó Cataluña 22 enero 1996 (AS 174).

⁶⁶⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *RPS*, núm. 93, 1972, pág. 35; GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *RPS*, núm. 130, 1981, pág. 21; CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *RL*, T. 1, 1992, pág. 122; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, pág. 422; MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, págs. 31 y ss.; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMON, I.: *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 1998, pág. 30; TOLOSA TRIVIÑO, C.: “La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas”, *RL*, núm. 13, 1998, pág. 13; SALINAS MOLINA, F.: “Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora”, *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 26; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, 1999, págs. 32 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J. L.: “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales

tras una serie de pronunciamientos emanados del Tribunal Supremo en los que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas⁶⁶⁶, no en vano el término “contratas y subcontratas” utilizado por la norma tiene un marcado carácter “atécnico”⁶⁶⁷.

Cuando la Administración comitente y el empresario concesionario conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración comitente y el trabajador al servicio del concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo⁶⁶⁸.

Como con acierto se ha dicho, “es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa –el adjudicatario– para otra –la Administración– la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social”⁶⁶⁹, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del concesionario deriva directamente del vínculo suscrito

sobre contratas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 148 y ss.; GALA DURÁN, C.: “La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001, págs. 226 y ss.; LÓPEZ ANIORTE, M. C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, págs. 35 y ss.; NORES TORRES, L. E.: *El trabajo en contratas. La noción de ‘contrata de propia actividad’*, Valencia, 2004, pág. 37 ó MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, págs. 111 y ss.

⁶⁶⁶ Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998/1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242, 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167), Madrid 13 junio 2001 y 16 febrero 2004 (AS 2811 y TOL 488844) y Barcelona 20 julio 2004 (TOL 479692).

⁶⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *RL*, núm. 2, 1992, págs. 114 y ss.

⁶⁶⁸ MARTÍN VALVERDE, A.: “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pág. 105.

⁶⁶⁹ GOERLICH PESET, J. M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL*, núm. 8, 1997, pág. 125.

entre el Ente público y dicho titular de la concesión a partir del cual se origina la relación mediata o indirecta de trabajo⁶⁷⁰. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su gestión indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato⁶⁷¹.

Por otra parte, la concesión administrativa encaja sin trauma alguno en el concepto de “contrata”, tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: “una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto ‘contratas y subcontratas’ celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de ‘concesión administrativa’ ya que, de un lado, la generalidad de los términos ‘contratas o subcontratas’ no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión directa de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida”⁶⁷². De esta manera, “entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo”⁶⁷³.

Todo ello sin olvidar, a la postre, cómo el imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado al que no son ajenos los concesionarios de servicios públicos, impulsa a éstos a buscar estrategias de externalización hacia

⁶⁷⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET”, *RL*, núm. 5, 1996, pág. 6.

⁶⁷¹ QUIRÓS HIDALGO, G.: “Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento”, *AS*, núm. 4, 2005, pág. 15.

⁶⁷² SSTS, Social, 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867).

⁶⁷³ STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

otros empresarios subcontratistas, haciéndose, en ocasiones, inmensa la longitud de los eslabones de la cadena de empresarios involucrados en la explotación del servicio de interés general.

En fin, estas reflexiones vienen a avalar la necesidad de extender el mecanismo de la responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social previsto en el art. 42 ET, no sólo al concesionario, que procede a subcontratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración comitente⁶⁷⁴. El principal problema en la materialización de tal objetivo radica, no obstante, en el hecho de que la LCSP (al igual que ya hacía la LCAP) es muy clara al establecer una previsión básica y fundamental: es el concesionario el único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros por la explotación de una concesión administrativa a no ser que (única excepción) tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma (art. 198 LCSP)⁶⁷⁵.

El adjudicatario es, pues, responsable de las consecuencias que se deriven de la ejecución y resolución de los contratos que haya celebrado con terceros, no sólo frente al órgano de contratación sino también frente a los propios auxiliares⁶⁷⁶. “Los terceros no existen a efectos jurídicos para la Administración concedente, ya que cualquier resultado de sus actuaciones es asumido según la Ley por el concesionario..., (de modo que) el concedente se desvanece para los terceros por cuanto la única instancia que les resulta a éstos asequible es la del concesionario con el que contratan”⁶⁷⁷. El legislador administrativo pretende preservar, así, la independencia de la concesión, como relación entre Administración concedente y concesionario, frente al también deseable dinamismo del mercado. De conformidad con lo previsto en la LCSP, el Ente público no tiene que responder por los daños ocasionados por los concesionarios ni mucho menos por las empresas auxi-

⁶⁷⁴ GÁRATE CASTRO, J.: “Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la ‘propia actividad’ (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones locales*, Barcelona, 2004, pág. 154.

⁶⁷⁵ MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F: *Nuevo régimen de contratación administrativa*, 3ª edición, Madrid, 2003, págs. 429 y ss.

⁶⁷⁶ MORCILLO MORENO, J.: “Las obligaciones del concesionario de obra pública tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 43, 2005, pág. 28.

⁶⁷⁷ ALONSO COLOMER, F: “Ejecución de las obras”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, pág. 185.

liares de éstos, ya que tales sujetos no se encuentran integrados en la organización administrativa, “no habiendo solidaridad alguna entre la Administración y el contratista, ni siendo en absoluto equiparables la técnica de la concesión con la de la delegación”⁶⁷⁸. La responsabilidad del concesionario por los daños que ocasione en la explotación de la concesión es, pues, directa y objetiva, asumiendo la indemnización de todos los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato⁶⁷⁹.

Tal régimen jurídico, derivado de lo previsto en la LCSP, debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos, no en vano, en la realidad, el concesionario no deja de ser un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración, quien actuaría como empresario directo de los trabajadores involucrados en la prestación del servicio público si no acudiera a la técnica de la concesión. Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de “actividad empresarial”, supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate⁶⁸⁰. Así, “a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido”⁶⁸¹.

⁶⁷⁸ BOCANEGRA SIERRA, R.: “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas”, *DA*, núm. 237-238, 1994, pág. 206. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, pág. 150. En la jurisprudencia, SSTS, Cont-Admto, 31 julio 1989 (Ar. 6183) y 25 enero 1992 (Ar. 1343).

⁶⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª edición, facsímil, 1984); LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, 1983; MARTÍN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1997; REBOLLO PUIG, M.: “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro”, *Poder Judicial*, núm. 20, págs. 23 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R.: “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *REDA*, núm. 18, 1978, págs. 397 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, E.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985 ó DE AHUMADA RAMOS, E. J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2000, págs. 232 y ss.

⁶⁸⁰ SANTOR SALCEDO, J.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 196.

⁶⁸¹ SSTS, Cont-Admto, 19 mayo 1987 (Ar. 3615) y 9 mayo 1989 (Ar. 4487). En la doctrina, GONZÁLEZ NAVARRO, E.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de

La adhesión al fenómeno de la “descentralización productiva” por parte de los titulares de contratos o concesiones administrativas plantea idénticos riesgos para los trabajadores de las empresas auxiliares involucradas en la prestación del servicio público que los existentes en los supuestos de subcontratación entre empresarios privados, agravados, no obstante, por la necesidad de garantizar, por encima de todo, la continuidad en la prestación de dicho servicio en beneficio de los usuarios. El *fraus legis* no es la práctica habitual en la actuación de la Administración, que se esfuerza –a través de unos mecanismos de garantía previstos en la Ley– en buscar al concesionario idóneo para la prestación de la actividad pública, si bien no cabe descartar adjudicaciones a empresas no demasiado solventes, que, con posterioridad, proceden a efectuar cesiones encubiertas y abusos en la externalización de parcelas inherentes a la explotación de la concesión, capaces de poner en peligro o de traducirse en incumplimientos de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social⁶⁸².

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen legal previsto en el art. 42 ET de responsabilidad empresarial solidaria en caso de contratos y subcontratas es aplicable (con severas matizaciones como se ha tenido ocasión de comprobar) no sólo al supuesto de hecho de contratos o subcontratas de naturaleza privada, sino también a las concesiones administrativas. Más claro se debería haber manifestado, en este sentido, la LCSP, exceptuando del principio de responsabilidad directa y exclusiva por parte del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria, sin limitarse a establecer el deber del contratista de informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral (indicando, por tanto, el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa subcontratista, el objeto y la duración de la subcontrata, el lugar de ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en la subcontrata en el centro de trabajo del contratista y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de

un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: “El servicio público como alternativa”, *REDA*, núm. 23, 1979, pág. 552; VILLAR EZCURRA, J. L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981, págs. 19 y ss.; JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 165 y ss.; SUAY RINCÓN, J.: “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”, en AA.VV. (GÓMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pág. 415.

⁶⁸² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas”, *RTSS (CEF)*, núms. 281-282, 2006, págs. 22 y ss.

la prevención de riesgos laborales –art. 210.6 LCSP–), pues tal previsión, pese a ser importante, se queda, sin duda, corta.

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones (“Ley primordial del contrato” o “*lex inter partes*”)⁶⁸³ se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social. Como con acierto se ha dicho, “la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como Ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego”⁶⁸⁴.

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos⁶⁸⁵ y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance⁶⁸⁶. La autoexoneración de responsabilidad prevista en los mismos hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración⁶⁸⁷.

⁶⁸³ STS, Cont-Admtivo, 4 octubre 1982 (RJ 6318).

⁶⁸⁴ STS, Cont-Admtivo, 9 julio 1988 (RJ 5880).

⁶⁸⁵ SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456).

⁶⁸⁶ SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 813) y 5 abril 1993 (RJ 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2236), País Vasco 23 noviembre 2002 (JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

⁶⁸⁷ GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas*, Valencia, 1998, pág. 20 ó GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GONI SEIN, J. L.: “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrataciones”, en AA.VV.: *Descentralización y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 158-159.

Siguiendo a la mejor doctrina, “estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por las partes contratantes”⁶⁸⁸, razón por la cual “el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes”⁶⁸⁹. Tres argumentos avalan esta conclusión⁶⁹⁰: a) De conformidad con el art. 25 de la LCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno⁶⁹¹. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público⁶⁹².

Una prohibición expresa en la LCSP de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

5. EL ¿VETO? A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Las empresas de trabajo temporal han interactuado con los factores ya existentes en el ordenamiento jurídico español a la hora de elevar los niveles de precariedad

⁶⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., pág. 680.

⁶⁸⁹ SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, cit., pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

⁶⁹⁰ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 214.

⁶⁹¹ SSTs, Cont-Admto, 21 octubre 1981 (RJ 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 8158).

⁶⁹² SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 214.

laboral hasta parámetros absolutamente desconocidos e inaceptables⁶⁹³. La realidad muestra que muchos de los contratos celebrados no pretenden cubrir verdaderas necesidades temporales y excepcionales sino que, abusando de la figura, ha sido utilizada para ofrecer contratos laborales a las empresas bajo el signo de la precariedad, escatimando salarios y condiciones sociales⁶⁹⁴. El empresario persigue simple y llanamente sustituir trabajadores fijos por aquellos otros temporales suministrados por una empresa de trabajo temporal, reduciendo costes salariales y derechos sociales. Como con acierto se ha dicho, estas empresas “capturan el empleo precario que las agencias de colocación desdeñan, promoviendo la precariedad laboral hasta hacerla más accesible”⁶⁹⁵ e incrementando el “empleo secundario” y “poco protegido”⁶⁹⁶.

Por tales razones, no puede extrañar que la legislación de Contratos del Sector Público se haya esforzado en dejar claro que la Administración no ostenta una facultad indiscriminada para acudir a estas entidades, actuando en la posición de empresa usuaria. Antes al contrario, tras un azaroso debate parlamentario, la disposición adicional 5ª de la LCSP prohíbe la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”⁶⁹⁷. Este tenor coincide con el texto primigenio del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno, si bien cabe alertar sobre el hecho de que

⁶⁹³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C.: “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *TL*, núm. 56, 2000, pág. 211.

⁶⁹⁴ PÉREZ GIL, M. C.: “Las empresas de trabajo temporal: trabajo precario y discriminación”, *AS*, 1998, Tomo V, pág. 635.

⁶⁹⁵ OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, cit., pág. 123.

⁶⁹⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Contrato de puesta a disposición”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 2004, pág. 75.

⁶⁹⁷ APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” ó SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, págs. 103 y ss. ó FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 193 y ss.

durante la tramitación del mismo⁶⁹⁸, se admitió, de una forma harto criticable, la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacerse a través del contrato”⁶⁹⁹.

La intermediación de las empresas de trabajo temporal quedaba convertida, con esta deplorable fórmula legal que afortunadamente no vio la luz, en una vía espuria de acceso al empleo público, esto es, en un subterfugio para sortear la aplicación de los principios de mérito y capacidad. Al final, la redacción definitiva del texto legal ha retomado la idea inicial, admitiéndose el recurso por los Entes públicos a las empresas de trabajo temporal exclusivamente “cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, tomas de datos y servicios análogos”.

Se intenta evitar –aunque se deja abierto un amplio marco de escape– que la Administración se sirva de una vía de reclutamiento de personal laboral caracterizada por la inestabilidad e inseguridad, pues “el concepto que mejor describe el impacto de las empresas de trabajo temporal en las relaciones laborales es el de opacidad (escasa claridad respecto al empleador competente, las condiciones de trabajo o la duración de la relación, un reparto poco nítido de obligaciones y responsabilidades entre los dos empresarios... hay, pues, una división de funciones que confunden al trabajador)”⁷⁰⁰.

5.1. La realidad jurídica de este tipo de empresas

Sin pretender descender al detalle de los problemas planteados por el diseño actual del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, únicamente cabe poner de manifiesto, en el contexto de este análisis, cómo las citadas empresas aparecen reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como única excepción (dejando a salvo las previsiones establecidas en las normas reguladoras de relaciones laborales especiales, señaladamente la de los deportistas profesionales

⁶⁹⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 8 de septiembre de 2007, núm. 95-1.

⁶⁹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, de 8 de octubre de 2007, núm. 112 (d).

⁷⁰⁰ OJEDA AVILÉS, A. y GORRELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, cit., pág. 98.

y la de los estibadores portuarios, esta última en verdad muy próxima en su concepto a estas especiales empresas) a la tradicional prohibición de cesión de trabajadores prevista en el art. 43 ET⁷⁰¹.

Así pues, subsistente la prohibición de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra –cuya vulneración acarrea las consecuencias de solidaridad de la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria–, el legislador reconoce, en un ejercicio de realismo, la legalidad de la cesión efectuada en los términos establecidos en la Ley 14/1994⁷⁰². Definida la empresa de trabajo temporal por el art. 1 de esta Ley como “aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados” –siempre y cuando la empresa aparezca debidamente autorizada⁷⁰³–, el resultado no es sino la “ruptura del sinalagma funcional”⁷⁰⁴, al faltar la coincidencia entre la figura del empresario (empresa de trabajo temporal) y el receptor de los servicios del trabajador (empresa cliente –en este caso, la Administración–), con el consiguiente quebranto a la presunción establecida en el art. 8.1 ET, según la cual “se presumirá existente [contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

La nueva forma jurídica de trabajar que la empresa de trabajo temporal instrumentaliza no sólo pone en paréntesis la radical unidad y unicidad de la relación obli-

⁷⁰¹ RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F y CASAS BAAMONDE, M^a. E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, págs. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994, págs. 43 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, *AL*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J. R.: “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas”, *RTSS*, núm. 14, 1994, pág. 37; RAMOS MORCILLO, M. J.: “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *RTL*, núm. 68, 1996, pág. 292 ó GALA DURÁN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, págs. 16 y ss.

⁷⁰² PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: “Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, págs. 106 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal” (I), *AL*, núm. 1, 1996, pág. 1 ó VALDÉS DAL-RE, F.: “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, págs. 87 y ss.

⁷⁰³ VALDÉS DAL-RE, F.: “Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)”, *RL*, núm. 1, 1995, págs. 3 y ss.

⁷⁰⁴ GALA DURÁN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, cit., págs. 14-15.

gatoria a la que da vida el contrato de trabajo, sino que quiebra también la propia noción del vínculo laboral celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente exclusiva de derechos y obligaciones. La empresa de trabajo temporal, que es a la que corresponde la condición formal de empresario, ni ejerce la integridad de los poderes derivados de esta titularidad ni soporta en régimen de monopolio las responsabilidades laborales; aquellos se distribuyen entre ambas por razón de la materia y estas otras o bien se reparten entre las dos con idénticos criterios materiales o bien dan lugar a fórmulas de co-responsabilidad⁷⁰⁵. La quiebra tiene lugar, pues, a partir de la superación de la bilateralidad como elemento de vital importancia “para la caracterización estructural del contrato de trabajo”⁷⁰⁶ y la construcción de una estructura tripolar, trilateral o triangular⁷⁰⁷ –no mera mediación⁷⁰⁸–, en la cual quien dirige la prestación no coincide con quien la retribuye, provocando una singular manifestación de la dependencia, pues el círculo rector al que aparece subordinado el trabajador viene dado por un empresario –relacionado con el “empleador” propiamente dicho a través de un contrato de naturaleza civil o mercantil denominado de puesta a disposición⁷⁰⁹– con quien no existe vínculo laboral alguno, sino una relación innominada. Concurren, así, tres relaciones diversas, en las cuales se va a analizar, primero, el régimen común, para poder luego descender a las peculiaridades que plantea la incorporación a la escena de una Administración Pública:

1) Un contrato de trabajo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador contratado para ser cedido, que podrá tener carácter indefinido o –mejor– temporal (en cuyo caso la duración habrá de coincidir con la del contrato de puesta

⁷⁰⁵ VALDÉS DAL-RE, F.: “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., pág. 38.

⁷⁰⁶ RIVERO LAMAS, J.: “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *ADC*, T. XXV, 1972, págs. 157 y 160.

⁷⁰⁷ OLMO GASCÓN, A. M.: “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, *AL*, núm. 46, 1996, pág. 881; ALBIOL MONTESINOS, I.: “Las empresas de trabajo temporal”, *TS*, núm. 43, 1994, págs. 118 y 121; PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, *RL*, núm. 1, 1998, págs. 18-19; DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, E.: “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, *RL*, 1996, T. II, pág. 120; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pág. 27 ó GALA DURÁN, C.: “Supuestos y consecuencias de la utilización ‘inadecuada’ de las empresas de trabajo temporal”, *RL*, núm. 19, 1998, pág. 43.

⁷⁰⁸ RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, cit., pág. 48.

⁷⁰⁹ SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, *DL*, núm. 46, 1995, pág. 87.

a disposición)⁷¹⁰. Junto a los escasos trabajadores contratados por la empresa de trabajo temporal para permanecer a su servicio –sujetos a una relación laboral común sin otras especialidades distintas a las establecidas en materia de negociación colectiva–, tiene lugar la contratación de otros para ser cedidos a las empresas clientes⁷¹¹ (*in casu*, la Administración), cuyo contrato presenta notables peculiaridades, al punto de llevar a un sector de la doctrina a propugnar su catalogación como relación laboral especial, más justificada que muchas de las existentes⁷¹².

2) Una relación “innominada” entre el trabajador cedido y la empresa usuaria, provocando, al parecer de algunos, la concurrencia de dos empresarios ante el trabajador –aun cuando sólo respecto de uno de ellos exista contrato de trabajo–, habida cuenta “la empresa usuaria asume frente al empleado... facultades directivas y de control, y obligaciones como las de información propias de una relación laboral”⁷¹³. Ahora bien, si la prestación realizada para la empresa cliente tiene plena cabida en la presunción del artículo 8 ET, como en verdad ocurre, en realidad cabría apreciar una relación laboral “de hecho”⁷¹⁴ y, por tanto, un contrato de trabajo, salvo cuando la prestación de servicios a través de empresas de trabajo temporal fuera entendida como excepción a la citada presunción. “La única solución posible, y que salva el diseño normativo de la Ley, es la atribución de esta condición a la empresa de trabajo temporal, aun en contra de los principios del ordenamiento laboral común; y es que esta regulación supone un ‘derecho especial’, una nueva forma de entender la relación de trabajo en la que el empresario no es, a diferencia del Derecho Laboral común, quien recibe los servicios del trabajador, sino quien los contrata y organiza para que otros los reciban”⁷¹⁵.

⁷¹⁰ LAHERA FORTEZA, J.: “Ilicitud de la extinción anticipada de los contratos eventuales celebrados con una empresa de trabajo temporal (Comentario a la STS 4ª de 4 de febrero de 1999)”, *RL*, núm. 11, 1999, págs. 76 y ss.

⁷¹¹ SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “La relación interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, *cit.*, pág. 59.

⁷¹² Por todos, GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (y II)”, *AL*, núm. 2, 1996, pág. 32 ó DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F.: “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, *RL*, 1996, T. II, págs. 130 y ss.

⁷¹³ CASTRO ARGÜELLES, Mª. A.: “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *DL*, núm. 44, 1994, págs. 51-52.

⁷¹⁴ OLMO GASCÓN, A. M.: “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, *cit.*, pág. 883.

⁷¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, Mª. E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pág. 351. No exis-

La empresa usuaria (léase, la Administración) no es, por tanto, “formalmente empleador porque así expresamente la Ley lo establece, pero mantiene con el trabajador lo que se puede denominar una relación jurídica inmediata de prestación de servicios de origen legal, ordenada al modo laboral”⁷¹⁶. Así, si una vez cumplido el término final del contrato de puesta a disposición el trabajador cedido sigue prestando servicios para el concesionario, la relación adquirirá verdadero sentido laboral, pues, a tenor del artículo 7.2 LETT, la continuación en el puesto trae aparejado el nacimiento de un contrato de naturaleza indefinida con la empresa usuaria⁷¹⁷. En cuanto al vínculo que le unía con la empresa de trabajo temporal, tiene lugar una novación extintiva⁷¹⁸, en la cual procede distinguir dos situaciones: si el contrato era temporal, dada la necesidad de coincidencia en la duración de éste y el contrato de puesta a disposición, aquél ya se habrá extinguido, al ser dicha extinción presupuesto esencial para la aplicación del precepto; si era indefinido, cabe entender el citado artículo 7, bien en el sentido de abandono implícito de la relación laboral anterior⁷¹⁹, bien en el de derecho a optar entre la adquisición de tal condición en la empresa usuaria o el mantenimiento de su relación con la empresa de trabajo temporal, para lo cual será precisa una exteriorización de la voluntad de unirse a aquélla y cesar en ésta⁷²⁰.

3) Un contrato de naturaleza civil o mercantil⁷²¹ –a celebrar por escrito⁷²²– entre la empresa de trabajo temporal y la usuaria, encargado de dar vida y regular la

te, por tanto, relación laboral entre trabajador y empresa usuaria, STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 18 marzo 1997 (Ar. 578).

⁷¹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004, pág. 48.

⁷¹⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, cit., pág. 529. En la doctrina judicial, SSTSJ, Social, Cataluña 22 enero y 13 febrero 1998 (AS 163 y 680) y 15 noviembre 2003 (JUR 19211) ó Madrid 6 mayo y 5 julio 1999 (AS 1483 y 2171), 15 febrero 2000 (AS 744), 13 septiembre y 23 noviembre 2002 (AS 3311 y 673) y 18 octubre y 13 diciembre 2003 (JUR 23687 y 124711).

⁷¹⁸ VALDÉS DAL-RE, F.: “Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (y II)”, cit., pág. 5.

⁷¹⁹ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (I)”, cit., pág. 12.

⁷²⁰ VALDÉS DAL-RE, F.: “Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (y II)”, cit., pág. 6.

⁷²¹ BORRAJO DACRUZ, E.: “Las empresas de trabajo temporal: actualidad del tema”, *AL*, núm. 1, 1993, pág. 262.

⁷²² GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal (I)”, cit., pág. 10 ó SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “La relación interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, cit., pág. 65.

cesión⁷²³, cuya suscripción aparece limitada en la Ley, en enumeración cerrada⁷²⁴, a unas concretas hipótesis (temporales pero no coincidentes en su totalidad con las previstas en el art. 15 ET: normalmente se utilizará la contratación a través del contrato laboral de obra o servicio) y excluidas de forma expresa otras: sustitución de trabajadores en huelga (con las consiguientes dudas respecto a si sería posible la contratación cuando de huelga ilegal se tratara⁷²⁵), realización de actividades de especial peligrosidad establecidas por vía reglamentaria (carente de desarrollo hasta el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, cuyo art. 8 contiene el listado de las citadas actividades), cesión de trabajadores a otra empresa de trabajo temporal, o, en fin, “cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c), del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor”. Así, la actividad de cesión de la empresa de trabajo temporal, sin perjuicio de la presencia indefinida o definida en el mercado, y sin perjuicio de la duración del vínculo que le une con el trabajador en misión, ha de ser necesariamente temporal, elemento este último que contempla en su propia denominación⁷²⁶.

Por lo demás, el artículo 14 del Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la LETT exige que el contrato de puesta a disposición incorpore, como mínimo, la siguiente información: datos de la empresa de trabajo temporal y de la empresa cliente; supuesto de celebración del contrato, con expresión concreta de la causa que lo justifica; contenido de la prestación laboral y cualificación requerida; riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir y duración estimada del contrato; lugar y horario de trabajo y –cómo no– el precio convenido⁷²⁷. La causa del contrato de puesta a disposición únicamente puede ser una necesidad temporal de mano de obra por parte de la empresa usuaria, de modo que este contrato mer-

⁷²³ RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M.: “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F y CASAS BAAMONDE, M^a. E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 348 ó SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “La relación interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, cit., pág. 59.

⁷²⁴ STS, Social, 3 junio 1996 (Ar. 4873).

⁷²⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, 1995, pág. 112.

⁷²⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal. Una perspectiva de estudio comparado”, *REDT*, núm. 131, 2006, pág. 747.

⁷²⁷ CAMPS RUIZ, L. M.: *Las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2001, págs. 47-48.

cantil “se configura como un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal”⁷²⁸. La intención del legislador es que se pueda celebrar un contrato de puesta a disposición siempre y cuando se cumplan todos y cada uno de los presupuestos (legales, reglamentarios y convencionales) para concertar un contrato temporal estructural, aplicándose a dicha contratación los criterios jurisprudenciales vertidos sobre las mencionadas modalidades contractuales en todo lo que sea compatible con lo establecido en la LETT. Las empresas usuarias podrán concertar, por tanto, contratos de puesta a disposición para puestos de trabajo que podrían haber cubierto directamente a través de contrataciones para obra o servicio determinado, eventuales por circunstancias de la producción e interinidad⁷²⁹.

En cualquier caso, la existencia de dos empresarios (aun cuando sólo uno de ellos aparezca vinculado al trabajador mediante contrato de trabajo) acarrea importantes consecuencias en la relación de trabajo, habida cuenta la dificultad que en ocasiones entraña la determinación del sujeto responsable frente al trabajador (la empresa usuaria o la empresa de trabajo temporal), pues, “desde la perspectiva laboral, habrá un trabajador y dos empresarios que se reparten entre ellos los derechos y obligaciones que una relación laboral comporta”⁷³⁰. A efectos de poner claridad en este punto, la opción ha pasado por “distribuir”, *ex lege*⁷³¹, las obligaciones laborales entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria⁷³² conforme a muy diversos criterios entre los que no siempre resulta tarea sencilla descubrir otra lógica que la de la mera oportunidad⁷³³, pero con la pretensión última de garantizar los derechos laborales de quien presta sus servicios para ésta pero lo hace por medio de un contrato de trabajo con aquélla:

- a) El art. 12.1 LETT señala como máximo obligado y responsable en materia laboral al empresario real, habida cuenta “corresponde a la empresa de trabajo

⁷²⁸ STS, Social, 4 febrero 1999 (RJ 1594).

⁷²⁹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Contrato de puesta a disposición”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Madrid, 2004, pág. 65.

⁷³⁰ SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pág. 27.

⁷³¹ PÉREZ YAÑEZ, R.: “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, *RL*, núm. 1, 1998, pág. 22.

⁷³² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, 1991, pág. 364 ó CASTRO ARGÜELLES, M^a. A.: *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Pamplona, 1993, pág. 114.

⁷³³ VALDÉS DAL-RE, F.: “Empresarios sin empresas y empresas sin empresarios: los problemas de la representación y negociación colectiva de los trabajadores de las ETT”, *RL*, núm. 6, 2006, pág. 6.

temporal el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria”. Aún más, salvo previsión en el contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria no podrá abonar remuneración alguna a los trabajadores cedidos y, caso de hacerlo, “no tendrá la consideración de salario a efecto del cálculo de los posibles complementos salariales, de indemnizaciones o de la base de cotización a la Seguridad Social”⁷³⁴.

- b) En cambio, en materia de prevención de riesgos laborales⁷³⁵, y exigido un idéntico nivel de protección para los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal que para el resto⁷³⁶, la LPRL procede al reparto de obligaciones entre ambas empresas, a fin de eliminar las posibilidades de eludir el deber de protección, facilitado tanto por “el carácter dual de la figura del empresario” como por “la vigencia temporal de los contratos”⁷³⁷. Así pues, la empresa usuaria “será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores” (art. 28.5 LPRL)⁷³⁸, excepto ciertas obligaciones reservadas a la empresa de trabajo temporal, a saber: el deber de formación y la vigilancia de la salud, previstos en los arts. 29.5 LPRL, 3.3 y 4 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal y 12.3 LETT, incorporado en la reforma de 1999.

Este reconocimiento de obligaciones diversas para una y otra empresa conlleva la imposibilidad de exigir responsabilidad solidaria –aun cuando constituiría mecanismo idóneo “para evitar la elusión de la responsabilidad en materia de seguridad e higiene” en la hipótesis descrita⁷³⁹– o subsidiaria⁷⁴⁰, pese a las ha-

⁷³⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, cit., pág. 531.

⁷³⁵ SAN MARTÍN AGUILAR, L. F.: “Las empresas de trabajo temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RTSS (CEF)*, núm. 192, 1992, pág. 8.

⁷³⁶ GALA DURÁN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, págs. 125-188, y bibliografía allí citada.

⁷³⁷ SAN MARTÍN AGUILAR, L. F.: “Las empresas de trabajo temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, cit., pág. 8.

⁷³⁸ DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. I, Burgos, 1998, pág. 505.

⁷³⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva (CEE) sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales”, *AL*, núm. 12, 1992, pág. 207.

⁷⁴⁰ A favor de situar a la empresa de trabajo temporal como responsable subsidiario, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, 1996,

bituales dificultades para determinar cuál ha sido el incumplimiento situado en el origen de un siniestro, quedando como única solución al afectado el recurso procesal al litisconsorcio pasivo⁷⁴¹.

- c) El ejercicio del poder de dirección en sentido amplio, atribuido de forma íntegra a la empresa de trabajo temporal cuando la cesión del trabajador contratado no ha tenido lugar todavía, aparece seccionado respecto a los trabajadores “en misión” a partir de la atribución del poder disciplinario a la empresa de trabajo temporal⁷⁴² y, *a sensu contrario*, del poder de dirección y control (en sentido estricto) a la empresa usuaria⁷⁴³, tal y como obligan razones de carácter práctico⁷⁴⁴, no en vano “es en el ámbito de la empresa usuaria donde se va a llevar a cabo el trabajo”⁷⁴⁵, además de ser ésta “la beneficiaria material de los servicios prestados”⁷⁴⁶. Corresponde a la empresa cliente, por tanto, “impartir órdenes e instrucciones sobre la ejecución de la prestación”⁷⁴⁷, si bien el alcance de los poderes de la empresa usuaria dependerá necesariamente del contrato de puesta a disposición, que actuará como límite al ejercicio del poder de dirección reconocido a aquella⁷⁴⁸. Además, los márgenes estrictos previstos en la Ley para la cesión de trabajadores de la empresa de trabajo temporal, vinculados a necesidades puntuales de la usuaria, así como los límites temporales en los cuales cabe presumir se desarrollarán gran parte de las cesiones, actuarán como elementos moduladores sobre las posibilidades reales de ejercer cualquier fa-

pág. 270 ó FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “Tratamiento de la seguridad e higiene en la nueva regulación sobre las empresas de trabajo temporal”, *REDT*, núm. 75, 1996, pág. 152.

⁷⁴¹ Por extenso, LÓPEZ BALAGUER, M.: *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2000.

⁷⁴² GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Desconcertante relación jurídica entre el trabajador temporal y el empresario cesionario”, *RTSS*, núm. 17, 1995, pág. 20.

⁷⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del Derecho español de trabajo”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 348.

⁷⁴⁴ MARTINS CATHARINO, J.: “El régimen jurídico de las `empresas de trabajo temporal””, *REDT*, núm. 11, 1982, págs. 334 y 339-341 ó SÁNCHEZ PEGO, F.J.: “El acceso al trabajo y las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Jornadas de estudio sobre la reforma del ordenamiento laboral*, Barcelona, 1994, pág. 8.

⁷⁴⁵ PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, cit., pág. 24.

⁷⁴⁶ OLMO GASCÓN, A. M.: “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, cit., pág. 882.

⁷⁴⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, cit., págs. 532 y ss.

⁷⁴⁸ PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El reparto de poderes entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, cit., págs. 27 y ss.

cultad directiva orientada a una modificación –funcional, sustancial, geográfica...– de la prestación temporal del trabajador cedido⁷⁴⁹.

La atribución a la empresa cliente de las facultades de dirección y control de la actividad laboral implica, desde luego, que el trabajador queda obligado a “cumplir las órdenes e instrucciones de dicho empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” [art. 5 c) ET], así como a proceder con “la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen... las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél (de nuevo) en el ejercicio regular de sus facultades de dirección...” (art. 20.2 ET)⁷⁵⁰. En consecuencia, la empresa usuaria deberá notificar a la empresa de trabajo temporal los posibles incumplimientos de los trabajadores en misión con la finalidad de que por ésta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes. Cuáles sean éstas dependerá del concreto incumplimiento que haya cometido el trabajador, jugando como premisa legal para la determinación de la sanción el régimen general de infracciones y sanciones que se contiene en la normativa laboral o las previstas en el convenio colectivo correspondiente que será de aplicación para esos concretos trabajadores. Sin resolver quedan, de un lado, aquellos casos en los cuales la empresa cliente notificara el incumplimiento de un trabajador a la empresa de trabajo temporal pero ésta decidiera no sancionarle: lo más probable es que la empresa usuaria no quiera que dicho operario continúe prestando servicios por haber perdido su confianza, pero la empresa de trabajo temporal no le proporciona tampoco un nuevo trabajador. De otro lado y a la inversa, pudiera suceder que la empresa de trabajo temporal decidiera sancionar al trabajador aun cuando no hubiera existido ningún tipo de comunicación por parte de la empresa usuaria de algún incumplimiento contractual: la empresa de trabajo temporal podría decidir rescindir el contrato laboral, si el incumplimiento es suficientemente grave para ello, y, sin embargo, la empresa usuaria se negaría a ello; como es lógico, la decisión de la empresa de trabajo temporal prima sobre cualquier otra que pudiera tomar la empresa cliente, de modo que si el trabajador continuara prestando servicios, esta última habría incumplido el contrato de puesta a disposición, razón por la cual la empresa de trabajo temporal podría pedir responsabilidades y el trabajador pasaría a depender directamente de la empresa usuaria⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ OLMO GASCÓN, A. M.: “Alteración sustancial del contrato de trabajo en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, cit., págs. 885-886.

⁷⁵⁰ CAMPS RUIZ, L. M.: *Las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2001, págs. 81-82.

⁷⁵¹ CANO GALÁN, Y.: “Relación del trabajador con la empresa usuaria”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Madrid, 2004, pág. 159.

En fin, aun cuando los trabajadores en misión tienen derecho, de un lado, “a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral” y “a utilizar el transporte e instalaciones colectivas de esta empresa durante el plazo de puesta a disposición” (art. 17 LETT), y, de otro, a una indemnización por finalización del contrato “de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por año de servicio” (art. 11.2 LETT), lo cierto es que –como ha quedado suficientemente constatado– son manifiestos los signos de precarización del personal puesto a disposición a través de una empresa de trabajo temporal⁷⁵². Lógico es, pues, que de tal realidad no se pueda beneficiar la Administración aun cuando la legislación de Contratos del Sector Público admite algunos supuestos de excepción a esta regla general no siempre bien justificados, tal y como se argumentará seguidamente.

5.2. El pretendido respeto a los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público: quiebras

La prohibición impuesta por la disposición adicional 5ª de la LCSP a la posibilidad de que los Entes públicos utilicen los servicios de una empresa de trabajo temporal no sólo merece una valoración positiva por cuanto contribuye a no aumentar las tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado de trabajo español, sino también porque trata de evitar una vulneración de los principios que rigen el acceso al empleo público. Salta a la vista de inmediato que, a través de una empresa de trabajo temporal, la Administración se podrá servir de personas previamente reclutadas sin tener en cuenta los parámetros de mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE⁷⁵³. En efecto, la empresa usuaria (Ente público –en este caso–) en aras de una mayor eficacia no seleccionará al personal temporal cedido; su intervención quedará ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta empresa de trabajo temporal con la cual se va a suscribir el contrato de puesta a disposición. Más tarde, la escogida será quien proponga, con criterios propios, al trabajador más acorde con la plaza a cubrir, sin que en tal determinación proceda –obviamente– respetar los mentados principios, aplicándose, por el contrario, íntegramente el Derecho del Trabajo. En consecuencia, si el cedido

⁷⁵² Sobre el riesgo de precarización en el empleo, en el salario, en la seguridad o en los derechos colectivos, LOUSADA AROCHENA, F. J.: “Las empresas de trabajo temporal: puntos críticos”, *AL*, núm. 31, 1999, págs. 572 y ss.

⁷⁵³ APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 488.

va a realizar una labor en favor de la Administración sin haberse sometido a los criterios del art. 103.3 CE, se estaría admitiendo “que, o bien algunos servicios públicos no son tales, o para prestar algunos no hace falta seguir el procedimiento reglado de reclutamiento, bastando acudir, por tanto (cuando existan lo cual no es infrecuente), a otros cualesquiera privados”⁷⁵⁴.

Pese al acierto de la mentada prohibición, es criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta de la LCSP cuando permite utilizar, si bien con carácter excepcional, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, con carácter eventual, para la “realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”, pues si bien está claro cuanto cabe entender por “encuestas” y “toma de datos”, no lo está tanto la determinación de cuáles sean los trabajos “de naturaleza análoga” a los anteriores, en tanto parece hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa⁷⁵⁵. Por si fuera poco, y siendo deplorable el punto de arranque, no lo es menos el desarrollo posterior de la contratación de trabajadores a través de una ETT, permitida por la disposición adicional 5ª de la LCSP, pues la “realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos” son las actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista es su duración (también harto arbitraria), no en vano ambos finalizarán, no cuando concluya la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino cuando expire el término fijado en el negocio de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso la duración máxima pueda superar los seis meses.

La extinción *ex lege* de los contratos celebrados con la empresa de trabajo temporal, al vencimiento de su plazo inicial, sin admisión de prórroga alguna (ni siquiera hasta alcanzar los seis meses), lleva necesariamente a preguntarse por la

⁷⁵⁴ APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, cit., pág. 488. En el mismo sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 103.

⁷⁵⁵ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudios en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 967.

situación de los trabajadores cedidos que realizan las tareas cuando éstas quedan sin finalizar y concluye el término. Con ello se abre un nuevo punto de incertidumbre acerca de la calificación jurídica de este tipo de variantes en presencia, así como sobre el cauce legal para hacer viable la conclusión de los cometidos en curso, sin que necesariamente sea menester suscribir un nuevo contrato de servicios a partir del cual se siga la cesión del mismo (u otro) trabajador para idéntica Administración⁷⁵⁶. La cuestión todavía se complica más por un tenor legal claro en su consecuencia de provocar la cesación en su prestación a todos los efectos, sin posibilidad alguna de continuación⁷⁵⁷. Así, el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª de la LCSP (al igual que también lo hacía el art. 196.3 LCAP) ha intentado eliminar, impidiendo la aplicación del art. 7.2 LETT, la consecuencia de la indefinición para aquellos supuestos en los cuales el contratado a través de una empresa de trabajo temporal siga prestando servicios en la empresa usuaria más allá del máximo establecido. El motivo para apoyar esta opción legal enlaza con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones, los empleados de la empresa de trabajo temporal puedan llegar a consolidarse en los puestos de trabajo como fijos⁷⁵⁸.

Ahora bien, pese a lo categórico de la afirmación, tal proceder excluye expresamente la operatividad de uno de los preceptos del ordenamiento social que constituyen un mecanismo de garantía y de protección de los cedidos. Al tiempo, dicha previsión normativa parece no ser –en el sentir de algunos autores– ajustada a Derecho, pues las consecuencias jurídico-laborales de una contratación temporal irregular no pueden ser suprimidas de un plumazo por el legislador administrativo⁷⁵⁹, máxime cuando la excepción a la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, sobre la consolidación mentada, aparece formulada de manera significativamente restrictiva e insegura, no en vano únicamente queda referida a quienes “realizaran las actividades que constituyan el objeto del contrato”. De esta forma, si dichos trabajadores llevan a cabo tareas distintas no quedarán incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta aquí analizada, pudiendo,

⁷⁵⁶ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 889.

⁷⁵⁷ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1.088.

⁷⁵⁸ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, cit., pág. 891.

⁷⁵⁹ APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, cit., pág. 492.

en su caso, llegar a consolidar su posición como personal al servicio de la Administración usuaria. Insistiendo sobre esta idea, la previsión transcrita “no podrá enervar la aplicación del art. 7.2 LETT, en tanto en cuanto una Ley cuyo objeto es la regulación de las relaciones de carácter mercantil o civil entre Entes públicos y sujetos privados no puede afectar a los laborales destinados por el contratante a la ejecución de su objeto, o, en otros términos, no debe entrar a ordenar el vínculo *de facto* entablado entre cualquiera de aquéllos y el o los trabajadores en misión al servicio de la empresa de trabajo temporal, no en vano la situación queda referida a un vínculo disciplinado por una Ley social específica”⁷⁶⁰.

De esta manera, y atendiendo a una interpretación lógica, procede señalar cómo debe resultar de aplicación efectiva el abundantemente citado art. 7.2 LETT tanto para cuantos cedidos realizaran tareas constitutivas del objeto pactado como para aquellos otros encargados de desarrollar funciones distintas, debiendo considerar que quienes a la finalización del plazo de puesta a disposición continuaran prestando servicios en la Entidad pública correspondiente están vinculados a la misma por un contrato indefinido. Tal efecto resulta perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial imperante en materia de irregularidades en la contratación temporal en el ámbito de los organismos públicos (actualmente recogida en el art. 11 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–), la cual viene a reconocer únicamente el carácter de indefinidos, y no así de fijos de plantilla, a los afectados, a fin de no contrariar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las tareas de interés general, con una doble consecuencia: por una parte, la Administración está obligada a cubrir la plaza a través de los procedimientos de selección reglamentarios, en cuyo caso concurrirá una causa lícita para la extinción del contrato del trabajador; por otra, el empleado habrá de participar y superar las oportunas pruebas si quiere adquirir la condición de fijo.

Con todo, tal interpretación no está exenta de críticas, pues estos nuevos laborales “indefinidos” integrarán una categoría *ad hoc* de individuos al servicio de la Administración, “que, por haber accedido a través de criterios de selección privados, han obtenido posición laboral subjetiva casi idéntica a la que hubieran conseguido en una empresa privada”⁷⁶¹, sometida, no obstante, a una gran inseguridad, pues, en manos de la Administración queda la consolidación de la plaza

⁷⁶⁰ SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, cit., pág. 967.

⁷⁶¹ APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, cit., pág. 492.

ocupada a través de la vía de reclutamiento legítima que corresponde y la extinción del vínculo laboral anterior, sin necesidad de ningún tipo de indemnización económica⁷⁶².

Pese a esta lamentable realidad, sobre la que se va a insistir en el epígrafe siguiente, no hay que dejar de reconocer cómo eran muchos más los problemas planteados por la versión que la disposición adicional 5ª tuvo en el Proyecto de Ley, tras su salida del Congreso de los Diputados al Senado, pues no restringía el recurso a las empresas de trabajo temporal a los criticables supuestos de “realización de encuestas, toma de datos y otros servicios análogos”, sino que, con una redacción harto deplorable, únicamente lo condicionaba, con grandes dosis de arbitrariedad, a que en la documentación preparatoria del contrato “se acreditara debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacerse a través del contrato”. La discrecionalidad quedaba, pues, servida y el acceso al empleo público “por la puerta de atrás” contaría con una vía de actuación privilegiada. Afortunadamente, tal permisividad no ha visto la luz en la redacción definitiva de la LCSP.

5.3. Algunos riesgos, no del todo solucionados, en el reclutamiento directo de personal

A la vista de los problemas planteados, lo más aconsejable hubiera sido prohibir, sin margen para ningún tipo de excepción, el recurso por los Entes públicos a las empresas de trabajo temporal, no en vano la Administración debe proceder a reclutar a su personal por los cauces establecidos en el EBEP, algunos de ellos dotados de gran ductilidad para cubrir necesidades temporales sin necesidad de recurrir en ningún caso a un ente suministrador de mano de obra tan criticado como son las empresas de trabajo temporal. El legislador ha adoptado, no obstante, una solución intermedia que no convence del todo.

Tradicionalmente se ha defendido que han de ser los funcionarios quienes presten de manera exclusiva su actividad profesional a la Administración, no en vano ésta tiene como fin satisfacer un servicio público de forma permanente, siendo el régimen funcionarial el elegido para gestionar cuantos asuntos defienden el interés general. Para cubrir sus necesidades de personal, los Entes públicos pueden

⁷⁶² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, 2006, pág. 240.

optar, así, por el reclutamiento de funcionarios de carrera (aquellos que, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente –art. 9 EBEP–), interinos (los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de los funcionarios de carrera –art. 10 EBEP–) o eventuales (quienes, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realizan funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial –art. 12 EBEP–)⁷⁶³.

Además de esta vía primera y principal, la contratación ajustada al Derecho Social es hoy también un fenómeno consolidado e indiscutible en este ámbito; es más, parece que el modelo-tipo está perdiendo la batalla contra una evidente “laboralización”⁷⁶⁴. Las cifras son elocuentes a este respecto: los trabajadores representan ya la cuarta parte de quienes atienden este menester; en sólo veinte años, en la Administración estatal se ha duplicado su cuantía, mientras que en alguna de las Comunidades Autónomas doblan sobradamente en número a los funcionarios de carrera de esa misma entidad territorial⁷⁶⁵. Ha lugar, en consecuencia, a una yuxtaposición del régimen público y del privado, del funcionariado y del personal laboral, apostando, en realidad, por una dualidad de cauces jurídicos⁷⁶⁶.

Admitida, pues, la posibilidad de que parte de las relaciones de empleo establecidas entre las Administraciones públicas y el personal por cuenta y bajo la dependencia de aquéllas sean reguladas por la normativa laboral, inmediatamente surge la duda de si éste se aplica plenamente o si, por el contrario, existen, desde el punto de vista constitucional, principios capaces de condicionar su aplicación, matizándola o modulándola⁷⁶⁷. Con carácter general, la más reciente jurisprudencia ha proclamado que cuando la Administración actúe como empresario ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico encargado de disciplinar esa prestación de servicios; en consecuencia, el contrato de trabajo habrá de regirse en su naci-

⁷⁶³ LUQUE PÉREZ, A.: “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, en AA.VV. (CASTILLO BLANCO, F. A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998, págs. 257 y ss.

⁷⁶⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pág. 127.

⁷⁶⁵ DEL SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995, pág. 7.

⁷⁶⁶ LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 158.

⁷⁶⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, 2006, pág. 83.

miento, y en el desarrollo de la relación de él dimanante, por la normativa social de aplicación⁷⁶⁸. Ahora bien, las peculiaridades derivadas de su carácter público plantean importantes disfuncionalidades a la hora de aplicar la regla, no en vano se trata de un empleador sometido al Derecho del Trabajo en cuanto tal, pero también al Derecho Administrativo por mor de su naturaleza⁷⁶⁹.

La tensión entre estos dos complejos normativos (cada uno de ellos con principios y finalidades distintas, aun cuando cada vez menos, dado el evidente “mimetismo” en sus categorías por cuanto a la gestión de recursos humanos hace)⁷⁷⁰ será patente en todos los momentos de la relación laboral, pero, sobre todo, en el de inicio, lo cual no ha dejado de plantear problemas de difícil solución que han aconsejado una oportuna intervención normativa de la mano del art. 11 EBEP, en el cual se han intentado abordar tres aspectos fundamentales:

1º. De conformidad con lo previsto en el párrafo primero del art. 11.1 EBEP, el personal laboral es aquel que, en virtud de la celebración de cualquier modalidad de contrato de trabajo (y, por tanto, cumpliendo los presupuestos de laboralidad del art. 1.1 ET), presta servicios retribuidos en las Administraciones públicas. El EBEP faculta, así, a la Administración para hacer uso de cualesquiera modalidades de contratación previstas en el ET, tanto por tiempo indefinido (común u ordinario, para fomento del empleo o fijo discontinuo) como singularmente temporales: alguno de los siete tipos admitidos por la Ley laboral, clasificados en los grupos de contratos formativos (para la formación o en prácticas), estructurales (obra o servicio determinado, eventual o interino) y coyunturales (de relevo y para la sustitución de trabajadores de sesenta y cuatro años)⁷⁷¹. Como regla general, el acceso al empleo público, por cualquiera de las modalidades de contratación transcritas, ha de tener lugar, además, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.1 EBEP), secuela de los cuales son otros seis (art. 55.2 EBEP): publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos

⁷⁶⁸ Por todas, SSTs, Social, 10 marzo 1999 (Ar. 2124) y 11 noviembre 2004 (RJ 2004, 7622).

⁷⁶⁹ SALA FRANCO, T.: “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 32.

⁷⁷⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Propuestas para un estatuto básico del empleado público”, AS, 2005, T. V, págs. 381 y ss.

⁷⁷¹ DE LA VILLA GIL, L. E.: “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel*, núm. 14, 2007, pág. 4. En la doctrina judicial, STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 23 enero 2002 (AS 2002, 3682).

de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Ahora bien, estos parámetros resultan claramente exigibles en el nacimiento de las relaciones laborales fijas o de plantilla, pero no necesariamente en las restantes. Muchas veces “la búsqueda de la eficacia que la contratación a término proporciona ha servido de simple excusa para relajar el cumplimiento de la legalidad y la contratación de temporales ha sido un expediente al servicio del clientelismo, a falta de suficientes garantías de objetividad”⁷⁷².

Es más, aun cuando las fórmulas contractuales laborales han planteado numerosos problemas de aplicación práctica no sólo a los empresarios privados, sino también a los públicos, la vigencia de los principios constitucionales contenidos en el art. 103.3 de la Constitución y la necesidad de servir con objetividad a los intereses generales han acentuado dicha conflictividad⁷⁷³, no en vano la causalidad o tasación legal de los supuestos habilitantes debe suponer la necesaria concurrencia de unos presupuestos legitimadores en cada caso que la Administración no puede obviar y que el EBEP se encarga de remarcar, exigiendo un ajuste causal entre el caso legalmente previsto y la realidad del trabajo requerido por la Administración, sin ser de recibo usar un molde determinado para un supuesto de hecho ajeno al mismo.

2º. La facultad de acudir a las vías de contratación laboral, utilizada de forma arbitraria, descontrolada y abusiva, está en el origen de grandes problemas capaces de requerir la constante intervención de los Tribunales, habida cuenta que, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los principios constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del infractor⁷⁷⁴.

⁷⁷² CASTILLO BLANCO, F. A.: “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *REDA*, núm. 86, 1995, pág. 53.

⁷⁷³ PUERTA SEGUIDO, E.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003, pág. 214.

⁷⁷⁴ RIVERO LAMAS, J.: “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, págs. 30 y ss.

La solución no es fácil, y así lo muestra una evolución jurisprudencial a la que seguidamente se hará referencia, la cual, como da cuenta la doctrina⁷⁷⁵, tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige y, en cualquier caso, adopta decisiones capaces de dejar siempre insatisfechos determinados intereses legítimos en presencia. De este modo y al menos en ocasiones, afirma la primacía de los principios constitucionales sobre la presunción de estabilidad⁷⁷⁶, para defender, en otras, la aplicabilidad del ordenamiento laboral⁷⁷⁷, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas de selección) e indefinidos (convertidos en tales por irregularidades no formales, sino de cierta entidad susceptibles de provocar indefensión), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas precisas para la cobertura definitiva de la plaza, causa lícita de extinción del contrato⁷⁷⁸:

- a) En un primer momento, parecen primar (no sin excepciones, conviene advertir) los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo inherente a las normas de Derecho del Trabajo, con lo cual el art. 15.3 ET (presunción de indefinición contractual) no sería de aplicación en el marco de las contrataciones temporales fraudulentas llevadas a cabo por las Administraciones, pues lo impedirían los parámetros incorporados a la Norma Fundamental para garantizar la igualdad de oportunidades en la obtención de los empleos públicos, recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, en relación con el entonces vigente art. 19 LMRFP. Las desviaciones cometidas al respecto suponen meras irregularidades administrativas, que no permiten modificar la naturaleza de la relación, ni determinar la adquisición, con carácter indefinido, del puesto ocupado⁷⁷⁹.

Esta tesis de partida pronto adquiere matices interesantes al abordar la extinción del vínculo temporal anómalamente concertado. La regla general sigue siendo que el reconocimiento de la improcedencia del despido no puede llevar

⁷⁷⁵ FOLGUERA CRESPO, J.: "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *AL*, 1992, T. II, págs. 337 y ss. ó MARTÍN PUEBLA, E.: "Trabajadores al servicio de la Administración (La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)", *RL*, 1990, T. I, págs. 20 y ss.

⁷⁷⁶ Entre muchas, SSTS, Social, 21 diciembre 1984 (Ar. 6719), 8 abril y 20 octubre 1986 (Ar. 575 y 1598), 15 enero, 11 marzo, 29 septiembre, 5 y 27 octubre y 11 diciembre 1987 (Ar. 34, 1385, 6491, 6815, 7203 y 9451), 8 y 28 noviembre 1988 (Ar. 8821 y 8900) ó 7 marzo y 15 junio 1989 (Ar. 1802 y 4587).

⁷⁷⁷ STS, Social, 6 mayo 1992 (Ar. 3516).

⁷⁷⁸ STS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

⁷⁷⁹ SSTS, Social, 19 octubre y 16 diciembre 1985 (Ar. 4697 y 6117) ó 29 mayo 1986 (Ar. 2746).

aparejada nunca la opción por la readmisión, restando únicamente la posibilidad de indemnizar al “damnificado”, pues de lo contrario se perpetuaría una relación nacida “*contra natura*” y, a la postre, contra la Constitución⁷⁸⁰. Pero no dejan de aparecer pronunciamientos que consideran tal interpretación “irrespetuosa” con otros principios “igualmente constitucionales, como el de tutela judicial efectiva –art. 24.1–, así como con el de igualdad ante la Ley –art. 14–, toda vez que de seguir el razonamiento judicial *supra* expuesto recibirían distinto trato los trabajadores de la Administración Pública que quienes trabajaran para particulares”⁷⁸¹. La diferencia, en este caso, vendría justificada, no obstante, por la presencia de tan singular empresario, capaz de convertir el diverso tratamiento no sólo en “no-discriminatorio”, sino en justo, al venir exigido por el propio art. 14 CE⁷⁸².

- b) Pronto aparece consolidada una nueva tesis, con *vis expansiva* indudable (e “inspirada netamente en principios laborales”), conforme a la cual parece oportuno rectificar la regla general en el supuesto de “incumplimientos especialmente cualificados”⁷⁸³, por entender que, en tal caso, los contratos entre la Administración y un trabajador por cuenta ajena no pueden ser considerados meros pactos anómalos, sino acuerdos en los cuales las transgresiones al Derecho alcanzan una entidad tal como para merecer la sanción máxima para el empleador de ver convertida tal relación en indefinida, y el beneficio supremo para el empleado de alcanzar la estabilidad⁷⁸⁴. De esta forma, mientras las irregularidades formales en la materia no provocan la transformación de temporal en indefinido, primando, por tanto, la aplicación de los principios de mérito y capacidad, los incumplimientos especialmente cualificados sí lo hacen⁷⁸⁵.

Como es lógico, los conceptos “especialmente cualificado” e “irregularidades no significativas” (“términos abstractos” aplicables a un elenco ingente de su-

⁷⁸⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de algunos de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, 2003, pág. 255.

⁷⁸¹ ATCo 848/1988, de 4 de julio.

⁷⁸² ATCo 697/1988, de 6 de junio.

⁷⁸³ Una completa síntesis de tal perspectiva, por todas, en la STS, Social, 18 julio 1990 (Ar. 6424).

⁷⁸⁴ En tal sentido, entre muchas, SSTS, Social, 7 mayo 1985 (Ar. 1059), 2 mayo y 9 abril 1987 (Ar. 1305 y 2386), 7 marzo, 7 mayo, 4 julio, 13 septiembre y 11 octubre 1988 (Ar. 1790, 1854, 5745, 6616 y 7477), 7 junio y 28 noviembre 1989 (Ar. 4547 y 8272), 2 marzo 1990 (Ar. 1750), 18 marzo 1991 (Ar. 1875), 7 octubre 1996 (Ar. 7492), 14 marzo 1997 (Ar. 2474) ó 20 enero 1998 (Ar. 317).

⁷⁸⁵ SSTS, Social, 12 septiembre 1988 (Ar. 6874), 27 noviembre 1989 (Ar. 8262), 7 febrero y 18 julio 1990 (Ar. 838 y 6424), 7 y 23 octubre 1992 (Ar. 7621 y 7676), 27 octubre y 18 julio 1994 (Ar. 8532 y 7055) y 28 noviembre 1995 (Ar. 8767).

puestos) dieron pábulo a una polémica de inacabable jurisprudencia sobre lo que por tal cabía entender o no. Así, entre los principales incumplimientos leves, venían siendo citados la superación no importante de los plazos máximos de contratación temporal permitidos legalmente⁷⁸⁶, la no materialización del vínculo en modelo oficial⁷⁸⁷, su formalización tardía por escrito⁷⁸⁸ (también cuando tales circunstancias afectaran a las prórrogas)⁷⁸⁹ o la suscripción de una modalidad cuando debería haberse utilizado otra (siempre y cuando, exigida, sí concurra la causa de la temporalidad)⁷⁹⁰. Por contra, procedía considerar graves (atendiendo tanto a la entidad misma de la infracción cuanto a la posible presencia de un elemento intencional ordenado a eludir la aplicación de las garantías legales en este ámbito) las siguientes irregularidades⁷⁹¹: la contratación temporal de un trabajador para desarrollar actividades coincidentes con las funciones normales y habituales de un organismo público⁷⁹², la utilización del tipo eventual para cubrir necesidades permanentes si bien cíclicas⁷⁹³, la omisión de la forma escrita del contrato⁷⁹⁴, la abierta superación de los plazos máximos de duración autorizada para la respectiva modalidad⁷⁹⁵, el hecho de no denunciar el cumplimiento del término⁷⁹⁶ o, por no seguir, la falta de capacidad para formalizar el contrato para el fomento del empleo⁷⁹⁷.

En estos casos flagrantes, la jurisprudencia no tuvo más remedio que aplicar la sanción laboral correspondiente: la transformación del contrato temporal en

⁷⁸⁶ STSJ, Social, Extremadura 31 mayo 1994 (Ar. 1955).

⁷⁸⁷ STS, Social, 13 diciembre 1987 (Ar. 8901).

⁷⁸⁸ STS, Social, 28 noviembre 1988 (Ar. 8901).

⁷⁸⁹ STS, Social, 24 abril y 4 junio 1986 (Ar. 2244 y 3464).

⁷⁹⁰ STS, Social, 31 julio y 7 noviembre 1995 (Ar. 6926 y 8673) ó 4 mayo y 12 junio 1998 (Ar. 4089 y 5203).

⁷⁹¹ STS, Social, 26 octubre 1992 (Ar. 7842).

⁷⁹² SSTs, Social, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 1875 y 3931) ó 27 enero y 6 mayo 1992 (Ar. 75 y 3577).

⁷⁹³ STS, Social, 18 diciembre 1991 (Ar. 9081).

⁷⁹⁴ STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 26 febrero 1999 (Ar. 872).

⁷⁹⁵ STS, Social, 11 mayo 1997 (Ar. 2312).

⁷⁹⁶ STSJ, Social, Madrid 10 junio 1999 (Ar. 1968).

⁷⁹⁷ STS, Social, 18 julio 1989 (Ar. 5873).

indefinido⁷⁹⁸, evitando el filtro de la selección previa de quien accedía en términos laborales a la condición de fijo, dando plena validez a la conocida expresión “nada hay más fijo en la Administración que lo temporal”⁷⁹⁹. Lo verdaderamente dificultoso era –según consta– encontrar un criterio cierto para trazar la línea divisoria entre las meras anomalías no determinantes de consecuencias tan drásticas y aquellas otras “especialmente cualificadas”, configuradoras del efecto trascendente descrito⁸⁰⁰. En consecuencia, la inseguridad quedaba servida, pues no sería el tipo de irregularidad, sino su grado e intensidad, lo que permitiría diferenciar entre los incumplimientos especiales y cualificados de aquellos otros no considerados como tales; de modo tal que una misma inobservancia de la normativa sobre contratación temporal podría conducir a la transformación o no a partir de su entidad⁸⁰¹.

- c) Quedaba abonado el terreno para, en un tercer momento, dar el salto de calidad (más que de “cambio de doctrina” cabe aludir a una “ordenación y sistematización de la precedente”⁸⁰², transformando la regla especial en general) y anteponer el principio constitucional de tutela judicial efectiva a los de mérito y capacidad. El paso decisivo lo lleva a cabo el Tribunal Supremo cuando establece –y sostiene en el tiempo⁸⁰³, sumándose al principio de igualdad de efectos entre Administración y empresario privado en esta materia– que la previsión normativa sobre acceso debe quedar ceñida “al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento”, razón por la cual aquella previsión específica [el entonces art. 19 LMRFP] “no puede entenderse en el sentido de que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral, el cual habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación que de él dimana ajustadamente a la normativa aplicable según las circunstancias con-

⁷⁹⁸ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local. Conversión en funcionarios”, *AL*, núm. 3, 2000, pág. 39.

⁷⁹⁹ Recordada por MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de los funcionarios y trabajadores ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, Madrid, 2001, pág. 179.

⁸⁰⁰ CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2004, pág. 120.

⁸⁰¹ GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1986, pág. 219.

⁸⁰² CARRATALA TERUEL, J. L. y LABADO SANTIAGO, J. M^ª: “Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública”, *TS*, núm. 13, 1993, págs. 71 y ss.

⁸⁰³ STSS, Social, 11 febrero, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 822, 1875 y 3931), 27 enero, 6 y 19 mayo, 20 y 27 julio y 26 octubre 1992 (Ar. 508, 3679, 3577, 5635, 5663 y 7842), 22 septiembre 1993 (Ar. 7111) ó 12 julio 1994 (Ar. 5714).

currentes en cada caso”; y ello a pesar de los principios constitucionales, pues estos cualificados empleadores deben “tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico... Cuando no hay un razonable aplazamiento de la provisión regular, sino una desviación positiva del pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, por excepción, tal incumplimiento se sanciona entendiendo que la consecución arbitraria y desmedida de vínculos temporales implica un juicio permanente y favorable a la existencia de mérito y capacidad capaz de suplir la falta de pruebas selectivas”⁸⁰⁴.

Ahora bien, el Alto Tribunal añade: “el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo”⁸⁰⁵. De este modo, aparece una extraña diferencia entre fijos al servicio de la Administración, los que han superado las oportunas pruebas de selección, y por tiempo indefinido, quienes sin superar aquéllas hayan accedido a la condición de empleados públicos por irregularidades en la contratación⁸⁰⁶.

- d) Como no puede ser menos, esta discutible tesis alcanzada en unificación de doctrina queda abierta a las más duras de las críticas, no tardando en surgir una nueva doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la cual, al tratar de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, entiende que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante

⁸⁰⁴ STS-SOC 6 mayo 1992 (Ar. 3516) y 24 enero y 19 julio 1994 (Ar. 865 y 6684).

⁸⁰⁵ STS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

⁸⁰⁶ STS, Social, 27 marzo 1998 (Ar. 3159).

correspondiente⁸⁰⁷, lo cual no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza con adscripción definitiva al puesto ocupado⁸⁰⁸. La valoración judicial no es identificable, por tanto, con la proclamación del carácter indefinido de la relación laboral ordinaria, pues la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras la afirmación de aquel carácter queda referida objetivamente al vínculo, no al empleado en sí mismo considerado⁸⁰⁹.

En consecuencia, las anomalías en este ámbito no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas llamadas a garantizar una selección preceptivamente sometida a los principios de igualdad, mérito y publicidad⁸¹⁰. La primacía del Derecho Administrativo es –según esta doctrina jurisdiccional– una exigencia derivada de los mencionados parámetros constitucionales, de forma que el trabajador indefinido del sector público, por haber sido contratado temporalmente fuera de la ley, ostenta un vínculo a extinguir a través de la provisión de la vacante correspondiente⁸¹¹. Por tanto, el art. 15.3 ET pasa a ser aplicado con matices en el sector público, pues el contrato temporal ilegal no se convierte, en realidad (y pese a la defectuosa terminología empleada por el Tribunal Supremo), en indefinido; antes al contrario, se prolonga hasta la cobertura de la vacante correspondiente en lo que constituye una interinidad sometida al término final del plazo previsto para aquélla. Esta operación jurídica provoca una novación del negocio ilícito en un contrato lícito de interinidad por cobertura de vacante, habida cuenta que el proceso de selección o promoción

⁸⁰⁷ STS, Social, 20 enero 1998 (Ar. 1000).

⁸⁰⁸ SSTS, Social, 27 marzo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 7875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147) y 6 mayo y 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 5765 y 2003, 8956).

⁸⁰⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2003, pág. 114.

⁸¹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública)*, cit., pág. 258.

⁸¹¹ SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admto, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2004, 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 2004, 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 2005, 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 2006, 1352) y Castilla y León/Valladolid 10 septiembre 2008 (AS 2736).

exigidos en esta modalidad de contratación se inicia, de suyo, con la declaración judicial de irregularidad. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento correspondiente y –se insiste– también extinguir el vínculo laboral anterior⁸¹², bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello⁸¹³, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica.

- e) El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración recogida de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP, en virtud del cual, por su duración, el contrato de trabajo celebrado por las Administraciones públicas puede ser fijo, indefinido y temporal; primera vez que por norma de rango de Ley se contempla formalmente esa triple clasificación⁸¹⁴. De este modo, las irregularidades y fraudes en la contratación laboral en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza. Se trata, no obstante, de una categoría contradictoria en sus propios términos, que se intenta asimilar, sin conseguirlo, a una forma de relación temporal⁸¹⁵, pues aun cuando esta doctrina judicial (y ahora también el legislador) pretende ofrecer una equilibrada aplicación de la normativa social, logrando la cohabitación, por un lado, del interés del empleado en un resarcimiento aun cuando se haga bajo la forma de sanción y, por otro, del general en la consolidación de plazas públicas a través de pruebas capaces de demostrar mérito y capacidad, en la realidad queda supeditada al desarrollo de un comportamiento correcto y responsable por parte del organismo público (por tanto, una condición implícita y no sólo un término), el cual debe cubrir o amortizar, en plazo, la vacante ocupada provisionalmente de manera anómala, lo que –como es de sobra conocido– en raras ocasiones tiene lugar.

De no ocurrir tal, “el trabajador podría terminar su vida laboral desarrollando las mismas tareas a las cuales se incorporó y sin respetar los principios de

⁸¹² SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDÉS ALONSO, A.: “Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública”, *RL*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

⁸¹³ LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, pág. 133.

⁸¹⁴ DE LA VILLA GIL, L. E.: “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, cit., pág. 8.

⁸¹⁵ VALVERDE ASENCIO, A. J.: “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *TL*, núm. 86, 2006, pág. 219.

mérito y capacidad, perpetuándose *sine die* en un puesto público”⁸¹⁶. Es necesario, pues, un desarrollo normativo capaz de determinar con claridad las consecuencias jurídicas en este supuesto, en el sentido de consagrar la novación en un contrato temporal lícito de interinidad por cobertura de vacante, pero previo establecimiento de términos finales expresos y contundentes para evitar un uso desviado por parte de los Entes públicos. Es más y siguiendo con este razonamiento, sería conveniente que la legislación de desarrollo recogiera una indemnización para estos supuestos a través de la cual compensar al trabajador que actuara de buena fe, de forma que, lejos de fomentarse la gratuidad del *fraus legis* para las Administraciones públicas, se adoptara una finalidad disuasoria de dichas prácticas. Todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal del titular del órgano administrativo correspondiente⁸¹⁷.

3º. Como se encarga de aclarar el art. 11.2 EBEP, los trabajadores del sector público no pueden ocupar todo tipo de puestos de trabajo, pues aun cuando –según ya consta– el ordenamiento jurídico español viene posibilitando que las Administraciones cubran sus necesidades de mano de obra tanto mediante funcionarios cuanto con trabajadores sometidos al régimen jurídico previsto en el ET, la opción constitucional por los empleados públicos en régimen estatutario (arts. 103.3 y 149.1.18ª CE) conduce a que deba ser la Ley la encargada de determinar los casos y condiciones bajo las cuales pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio.

Bajo tal premisa –y como antecedente–, la Ley 23/1998, de 28 de julio, modificando la Ley 30/1984, de 2 de agosto, aceptó de modo acríptico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional⁸¹⁸, a partir de la cual el modelo ha de descansar sobre el régimen funcional, y procedió a enumerar (con una grave falta de sistemática) los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios⁸¹⁹: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos;

⁸¹⁶ NICOLÁS BERNAD, J. A.: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, Granada, 2004, pág. 56.

⁸¹⁷ MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *RL*, núm. 1, 2004, pág. 32.

⁸¹⁸ STCo 99/1987, de 11 de junio, manifestando la necesidad de que la Ley establezca los puestos en los cuales, por su especial naturaleza, se reservan a los funcionarios públicos y cuantos, excepcionalmente, pueden ser ocupados por personal sin dicha condición.

⁸¹⁹ SAINZ MORENO, F.: “El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, y de la Ley 23/1988”, *RAP*, núm. 117, 1988, págs. 356 y ss. En la doctrina judicial, por todas, STS, Cont-Admto, 11 octubre 2005 (RJ 2005, 7268).

los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero (art. 15)⁸²⁰.

Pese a tan limitado tenor legal, la contratación de personal laboral en el marco de la actividad desarrollada por la Administración Pública se ha convertido, con el paso del tiempo, en una práctica cada vez más habitual; lejos de ser excepcional, aparece plenamente normalizada hasta en su importancia numérica, sin que la reacción legal haya bastado para contenerla⁸²¹. Por tales razones, el art. 11.2 EBEP, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, pretende ahora reservar a los funcionarios “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”, utilizando una fórmula que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional.

Así, partiendo de que el colectivo de personal al servicio de las Administraciones públicas se halla estructurado sobre una dualidad fundamental (funcionarios y trabajadores), la utilización de una u otra forma de vinculación al sector público está, en buena medida, reglada por el EBEP, pues existe una opción genérica y fundamental (arts. 103.3 y 149.1.18 CE) en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos, y una consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador: sólo se prestará trabajo por personal sometido al orden jurídico laboral cuando una ley disponga que ese es el modo de provisión de un determinado puesto de trabajo en las Administraciones públicas. Será la Ley, pues, la que con suficiente claridad debe de establecer supuestos factibles para la contratación laboral, que nunca pueden afectar al ejercicio del *ius imperium* por parte de los Entes públicos.

Ahora bien, el propio EBEP deslegitima la frontera propuesta entre lo laboral y lo funcional por dos motivos fundamentales: primero, porque el art. 9.2 remite

⁸²⁰ IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F.J. y MOLINA GARCÍA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, págs. 13 y ss.

⁸²¹ MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000, pág. 19.

dicha delimitación, que es básica, a cuanto determinen las leyes estatales y autonómicas de desarrollo, de modo que los linderos pueden variar de manera notable entre unas y otras Administraciones públicas; segundo, porque permite en la disposición adicional quinta que las más importantes y trascendentes funciones del Estado, las de los órganos reguladores de la economía, estén en manos de contratados laborales. Es más, esta legislación general no puede imponer, sino sólo permitir, la atribución de determinadas funciones o puestos de trabajo al personal contratado. Es la propia Administración, a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares (art. 74 EBEP), la que debe decidir en cada caso el régimen aplicable⁸²².

Todo ello contribuirá a que las Administraciones públicas “puedan seguir utilizado sin ningún tipo de cortapisas todas las fórmulas existentes de contratación laboral para satisfacer las necesidades de los servicios, facilitando el nepotismo en los nombramientos de los empleados públicos y la marginación de las oposiciones como sistema selectivo de mayor rigor”⁸²³.

Así, el veto (limitado) al recurso a las empresas de trabajo temporal por los Entes administrativos, aun cuando contribuye a depurar una de las vías más tortuosas de acceso al empleo público (admitiendo, no obstante, laxas excepciones), no ha solucionado todos los problemas derivados de la utilización de fórmulas selectivas “descafeinadas” permitidas por el EBEP, muchas incompatibles con los tantas veces mencionados principios de mérito y capacidad⁸²⁴.

6. LA ESPECIAL PREOCUPACIÓN POR LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS EN OBRAS PÚBLICAS

El contrato de obras es, sin duda, la figura contractual más típica en el ámbito administrativo, no en vano es aquel que tiene por objeto la realización de un conjunto de trabajos de construcción o ingeniería civil destinados a la realización de una infraestructura dirigida a cumplir por sí misma una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (art. 6 LCSP y antes art. 120

⁸²² STSJ, Social, Castilla-La Mancha 4 abril 2005 (AS 2005, 720).

⁸²³ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 87.

⁸²⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, 2006, págs. 81 y ss.

LCAP). La esencia de este contrato radica en su configuración como una *locatio conductio operis*: el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un emolumento alzado, asumiendo la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar para él la obtención del resultado. Lo único que importa es el producto final: la entrega en plazo de la obra terminada, abstracción hecha de la actividad desplegada por la empresa para llegar a él y del coste que para dicho empresario haya supuesto llegar al mismo⁸²⁵.

El principio de riesgo y ventura que asume el contratista le animará, como es obvio, a reducir todas aquellas partidas económicas que sea posible, con el objetivo de aumentar el lógico beneficio empresarial que preside su actividad, lo cual tendrá una repercusión directa en cuanto a la seguridad laboral hace. Como de todos es conocido, el sector de la construcción (tanto en el marco de la actividad privada como –por lo que aquí interesa– en el de la obra pública) encabeza año tras año las estadísticas de accidentes de trabajo⁸²⁶, que, además, resultan de gran severidad debido, sobre todo a las caídas de altura y al riesgo de sepultamiento⁸²⁷. Ciertamente es que la crítica situación económica del momento actual está afectando de manera especialmente virulenta a este sector, acentuando los procesos de reestructuraciones empresariales, acompañados de reducciones de plantillas y supresión de empleos, lo cual repercutirá –aplicando una lógica regla de proporcionalidad– a la baja en el índice de siniestros, al reducirse drásticamente el número de ocupados. No menos cierto resulta, sin embargo, que, entre las normas dictadas por el Gobierno para hacer frente a la recesión económico-financiera, ocupa un lugar muy destacado el Real Decreto 9/2008, de 28 de noviembre, centrado, casi en exclusiva, en la aportación de una ingente cantidad de recursos públicos para la contratación de personal, mediante iniciativas municipales de promoción de obras, en especial para recuperar buena parte de los excedentes del sector de la construcción⁸²⁸.

Bajo tal premisa, uno de los factores que agudizan la peligrosidad existente en este ámbito deriva del hecho de que la Administración (como cualquier otro empresario) acuda a sujetos privados, quienes, tras un proceso reglamentado abierto a

⁸²⁵ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, cit., pág. 755.

⁸²⁶ Durante el año 2006, se produjeron en el sector de la construcción 255.756 accidentes con baja en el centro de trabajo, de los cuales 293 fueron mortales. www.mtas.es

⁸²⁷ CES: *Observatorio de Relaciones Industriales. Área de Estudio y Análisis*, núm. 94, 2006, pág. 1.

⁸²⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: “El rescate de los desempleados por un puñado de euros: compra de empleos y tragicomedia del crash 2008”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 310, 2009, pág. 28.

la competencia, asumen la realización material de las infraestructuras necesarias para la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos intentando obtener el máximo lucro. Es más –y como índice de preocupación adicional–, no es infrecuente que el primer contratista solicite la colaboración de otras empresas auxiliares en la edificación de la infraestructura⁸²⁹, de modo que a medida que aumenta la cadena de subcontrataciones, las entidades intervinientes, cada vez más pequeñas y menos solventes, van a tratar de reducir al máximo los gastos, resintiéndose particularmente los destinados a la prevención de riesgos.

6.1. Obligaciones: cúmulo normativo

Aun cuando la LCSP no dedica ningún precepto específico a regular los problemas de seguridad y salud de los trabajadores implicados en procesos de descentralización de la actividad constructiva por el contratista de la Administración (pues para ello se aplicarán las normas de otros sectores del ordenamiento jurídico –singularmente la LPRL–), sí puede deducirse algún tipo de preocupación por el tema, que no debe ser minusvalorada aun cuando su carácter es más bien simbólico a los efectos que aquí interesan: la reducción de los altos índices de siniestralidad obrantes en la construcción de obras públicas⁸³⁰. Cabe hacer mención, así, a lo previsto, de un lado, en el art. 213 de la LCSP, en virtud del cual, “las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras y, en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia”, y, de otro, en el art. 232.1 f) LCSP, de conformidad con el cual “la Administración... podrá vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión”.

Cierto es, pues, que la LCSP no efectúa ningún tipo de remisión a la LPRL con el fin de garantizar derechos tan importantes como la vida e integridad física de los trabajadores involucrados en la construcción de la infraestructura, lo cual no deja de ser criticable. No menos cierto resulta, sin embargo, que la Administra-

⁸²⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Gijón, 2007, pág. 186.

⁸³⁰ ANDIENZA ARRIOLA, R.: “El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción”, en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999, págs. 397 y ss.

ción Pública tiene la consideración de “empresario” respecto de sus empleados (art. 3.1 LPRL) y también la tiene, en calidad de comitente principal, respecto de los trabajadores de sus concesionarios y subcontratistas, asumiendo idénticas obligaciones que los empresarios privados que externalizan sus servicios y, caso de incumplirlas, quedando sujeta a las mismas responsabilidades administrativas, civiles y penales⁸³¹.

Teniendo en cuenta precisamente que uno de los caracteres fundamentales de la LPRL es el de establecer un ámbito aplicativo que abarca no solamente las relaciones laborales *stricto iure*, sino también las relaciones de carácter administrativo⁸³², es necesario subrayar, en primer lugar, la aplicación en este marco de aquellas previsiones que establecen unos deberes preventivos en atención a la presencia simultánea de dos o más empresas en un mismo centro de actividad (dedicado *in casu* a la construcción de una obra pública)⁸³³. Como los trabajadores se encuentran compartiendo las condiciones ambientales del espacio donde prestan su actividad y, además, están afectados por las medidas de seguridad y salud que adopte cada empresario, se produce un “condicionamiento de tipo recíproco” y una incidencia directa de cada uno de los empleadores en el nivel de seguridad que los demás pueden garantizar (art. 24 LPRL)⁸³⁴.

Es más, junto a las obligaciones establecidas en el art. 24.1 (obligación de cooperar y coordinar las actividades preventivas de las empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo), 24. 2 (obligación del titular del centro de dar información a los demás sobre los riesgos existentes en dicho centro y las medidas preventivas correspondientes para facilitar a estas otras empresas el cumplimiento de su deber de informar a los trabajadores) y 24.3 (obligación de la empresa que contrate o subcontrate con otra la realización de obras o servicios de su propia actividad desarrolladas en centros de trabajo de la comitente de vigilar el cumplimiento por parte de contratistas y subcontratistas de la normativa preventiva), el art. 24.3 *in fine* LPRL parece imponer también al empresario prin-

⁸³¹ LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, 1999, pág. 353.

⁸³² MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Art. 43. Responsabilidad empresarial”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J. L., Dirs.): *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y Normas Concordantes*, Granada, 2006, pág. 558.

⁸³³ SSTs, Social, 27 septiembre y 14 diciembre 1996 (RJ 6910 y 9464) y 3 marzo 1997 (RJ 2194).

⁸³⁴ BLASCO MAYOR, A.: “Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización”, *AL*, núm. 5, 1996, pág. 8. Por extenso, GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas”, *AS*, 1999, Vol. II, págs. 2.713 y ss. y *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2002, pág. 89.

cial (léase Administración) un deber reforzado de garantizar, mediante el control directo y la exigencia a las otras empresas, que los trabajadores del contratista dispongan de los niveles de seguridad necesarios⁸³⁵.

Dicha vigilancia, a desarrollar por el Ente administrativo ha de ser total y permanente, comprendiendo, generalmente, una actuación inicial, dirigida a comprobar las condiciones en materia de seguridad y salud del contratista y otras empresas sucesivas y un control periódico durante toda la extensión temporal de la contrata⁸³⁶. La regla instaurada es, pues, claramente reveladora de que, en estos casos, el deber de seguridad que incumbe a todo empresario, alcanza también a las Administraciones públicas que contratan la construcción de la obra pública con otros, sin que por tal motivo queden exoneradas de responsabilidad en esta materia respecto de cuantos trabajen por cuenta del contratista⁸³⁷.

Se trata de una obligación general de vigilancia, dada su extensión objetiva (al abarcar el conjunto de las obligaciones preventivas) y subjetiva (respecto del conjunto de las empresas contratistas o subcontratistas)⁸³⁸; es más, la Administración no sólo está obligada como todo empresario concurrente a cumplir el conjunto de obligaciones legales de coordinación junto al resto de empresas previstas en el art. 24 LPRL, sino que también debe asumir las más específicas actuaciones que concretan las siguientes disposiciones normativas: En primer lugar, procede mencionar el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en virtud del cual se desarrolla el art. 24 LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales⁸³⁹. En segundo término, es necesario hacer alusión también a lo previsto en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en el sector de la construcción, de aplicación tanto a las obras privadas como –por lo que aquí interesa– a las públicas⁸⁴⁰, en cuales se realicen cualesquiera de los trabajos de construcción o ingeniería civil, con la más significativa

⁸³⁵ MARTÍN TOVAL, L.: “La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”, *TL*, núm. 71, 2003, págs. 104 y ss. ó GARCÍA PIQUERAS, M.: “Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación”, *TL*, núm. 47, 1998, págs. 29 y ss.

⁸³⁶ STS, Social, 8 octubre 2001 (RJ 1424/2002).

⁸³⁷ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 27 julio 2001 (AS 3602).

⁸³⁸ NAVARRO NIETO, F.: “La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas”, *AL*, núm. 18, 2005, pág. 2.144 ó MARTÍN TOVAL, L.: “La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”, *TL*, núm. 71, 2003, pág. 104.

⁸³⁹ NAVARRO NIETO, F.: “La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas”, *cit.*, pág. 2.144.

⁸⁴⁰ STSJ, Social, Murcia 9 febrero 2001 (JUR 116851).

exclusión de las actividades extractivas a cielo abierto, subterráneas o por sondeo, que se regirán por su normativa propia⁸⁴¹. Asimismo, cabe tomar en consideración lo dispuesto en la ya mencionada Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y en su desarrollo reglamentario, operado por Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, pues ambas disposiciones se extienden también a la edificación de infraestructuras públicas⁸⁴².

6.1.1. El Real Decreto 171/2004

Empezando por la primera de las normas mencionadas (el Real Decreto 171/2004), el Ente público está obligado a desarrollar las siguientes actuaciones:

1ª. Deberá informar por escrito a los otros empresarios sobre los riesgos propios de la explotación que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y los mecanismos de emergencia que se deben aplicar. Dicha comunicación deberá ser suficiente y proporcionarse no sólo con anterioridad al inicio de las actividades sino también cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de trabajo que sea relevante a efectos preventivos (art. 7 Real Decreto 171/2004).

Como es lógico, el objeto de la obligación ha de comprender la información e instrucciones sobre los riesgos existentes en el centro de trabajo, las medidas de protección y prevención correspondientes y las medidas de emergencia a aplicar, en clara sintonía con lo previsto en el art. 18.1 de la LPRL, regulador del deber básico de información del empresario. Téngase, además, en cuenta que la propia concurrencia de varias actividades empresariales en el mismo espacio físico hace necesario que los trabajadores de todas y cada una de las empresas concurrentes conozcan los riesgos que genera la actividad productiva de las demás y que puedan afectar a su seguridad, por lo que no resulta suficiente, en estos casos, que cada empresario informe a sus trabajadores sobre los riesgos de su actividad sino que es necesaria una labor adicional de coordinación informativa.

En cuanto a la forma en que se debe manifestar el cumplimiento de este deber de información recíproca, el art. 4.2 del Real Decreto 171/2004, impone la escrita sólo para los casos en que la actividad desarrollada por la empresa genere riesgos

⁸⁴¹ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 enero 2005 (JUR 33425).

⁸⁴² CALVO GALLEGOS, F. J.: "La nueva Ley sobre Subcontratación en el Sector de la Construcción", *TL*, núm. 87, 2006, págs. 13 y ss.

calificados como graves o muy graves. Ahora bien, habida cuenta la ausencia de norma expresa en nuestro ordenamiento que catalogue este tipo de riesgos, desde el punto de vista de la eventual depuración de responsabilidades derivadas del incumplimiento de este deber, debe apostarse siempre por la transmisión escrita de información como fórmula más aconsejable para los empresarios concurrentes⁸⁴³.

2ª. Una vez recibida la información, la Administración dará al resto instrucciones (suficientes, adecuadas y por escrito) antes del inicio de la actividad para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia.

3ª. La designación de una o más personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas ocupa una posición especial en la regulación reglamentaria, en tanto, por un lado, el art. 13.1 le atribuye el carácter de “medio de coordinación preferente” frente al resto y, por otro, los arts. 13.3, 13.4 y 14 diseñan un específico régimen jurídico comprensivo de aspectos tales como la persona encargada de la designación del coordinador o coordinadores, la relación de los agentes designados para ejercer las tareas de coordinación, sus exigencias formativas, así como sus funciones. Como con acierto se ha dicho, el coordinador de actividades preventivas no es “un sujeto responsable sino susceptible de asumir vía delegación algunos concretos deberes empresariales en el desarrollo de la actividad preventiva”⁸⁴⁴.

4ª. Como corolario del sistema diseñado, la Administración, antes del inicio de la actividad, exigirá a las empresas contratistas y subcontratistas la oportuna acreditación escrita de que han realizado, para los servicios contratados, la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva y que han cumplido, a su vez, sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores destinados a trabajar en la edificación de la obra pública (art. 9 Real Decreto 171/2004).

6.1.2. El Real Decreto 1627/1997

En segundo término, es necesario dar cumplimiento a las medidas de prevención contenidas en el Real Decreto 1627/1997 (unido a una pléyade ingente de disposiciones de distinto orden normativo, instrucciones técnicas, la guía del Instituto

⁸⁴³ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 346.

⁸⁴⁴ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit. pág. 352.

de Seguridad e Higiene en el Trabajo y, como es lógico –en función de la naturaleza de los trabajos, dimensiones u otras circunstancias particulares de las obras–, la práctica totalidad del resto de normas generales y específicas), las cuales se ordenan, dejando de lado las particularidades técnicas del trabajo en las obras, teniendo en cuenta la presencia de trabajadores de distintos empresarios prestando servicios en un mismo espacio físico. Como bien dice el preámbulo de este Real Decreto, “en las obras de construcción intervienen sujetos no habituales en otros ámbitos”, como el promotor, el proyectista, el contratista y el subcontratista, lo cual hace necesario incorporar la coordinación entre todos ellos al elenco de medidas que han de adoptar para generar un ambiente más seguro del que carecen las obras sean privadas o sean públicas⁸⁴⁵. A todos ellos hay que añadir la presencia del “responsable del contrato”, designado por el órgano de contratación para supervisar la ejecución del vínculo administrativo y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada (art. 41 LCSP).

Ante la ingente variedad subjetiva, el Real Decreto citado responde implicando a todos en el diseño de la prevención, primero, y en la ejecución y la responsabilidad, después. En el diseño de la prevención, la norma centra en el promotor, proyectista y coordinador una serie de obligaciones tendentes a integrar la prevención de riesgos en el momento mismo de concepción de los trabajos, generando un núcleo compuesto de responsabilidad al efecto. En la ejecución de la obra, la norma integra a los contratistas y subcontratistas y aun a los trabajadores autónomos (art. 2.3 Real Decreto 1267/1997), bajo la coordinación del sujeto designado a tal fin por el promotor (arts. 8.3 y 9 Real Decreto 1627/1997), en un conjunto sometido a los parámetros más altos de diligencia⁸⁴⁶. Rubricando esa unidad impuesta, el art. 11.2 y 3 de este Real Decreto insta la responsabilidad de todos ellos en términos que no dejan margen a la exclusión: los contratistas y subcontratistas se someten a la responsabilidad específica en materia de prevención de riesgos laborales que se sobrepone a la general solidaria del art. 42 ET y que no resulta exonerada por la eventual concurrencia de responsabilidad de los coordinadores, de la dirección facultativa o del promotor (art. 11.3). Se trata, así, de integrar, por el lado de la prevención de riesgos, una de las más notorias lagunas

⁸⁴⁵ CASTRO SÁNCHEZ, M. A.: *Manual de prevención de riesgos en la construcción*, Madrid, 2004, págs. 15 y ss.

⁸⁴⁶ GARRIDO HERNÁNDEZ, A.: *La seguridad laboral en la construcción. ¿Una meta inalcanzable?*, Madrid, 2005, págs. 222 y ss.

del art. 42 ET y en los mismos términos que éste: declarando la responsabilidad solidaria de todos los implicados⁸⁴⁷.

Este brevísimo resumen del diseño normativo de obligaciones *ex* Real Decreto 1627/1997, pone de manifiesto hasta qué punto, en el área de la construcción, se diseña un modelo de empresariado inserto en una escala en cierto modo piramidal, donde las fronteras entre empresas (y aun entre entidades productivas y trabajadores autónomos)⁸⁴⁸ quedan dibujadas en aras de alcanzar la más perfecta coordinación y ejecución de las obras, en este caso públicas, en un ambiente de máxima seguridad⁸⁴⁹. La idea unificadora es aquí “el proyecto” de la obra, la figura de referencia es el promotor, que no es calificado de empresario en el contexto del contrato de trabajo de los trabajadores comprometidos en la obra, pero que modula las obligaciones de los que sí lo son y, a través la figura del coordinador, da instrucciones que para esos empresarios son verdaderamente vinculantes, no sólo porque de su inobservancia puede deducirse un tipo de responsabilidad civil, sino también porque derivaría de esta inobservancia una responsabilidad administrativa del más alto grado⁸⁵⁰.

Resulta difícil entender entonces que la relación de trabajo se desarrolla sólo entre el empresario formal y el trabajador y que los poderes empresariales se concentran en el interior de esos márgenes formales. El entrelazamiento de derechos y obligaciones, facultades y sanciones que diseña el Real Decreto mencionado muestra hasta qué punto, al menos en relación con los riesgos profesionales, la posición de empleador –como polo de referencia en materia de obligaciones en materia preventiva– se enriquece con el concurso de una pluralidad de sujetos, con los que ha conectado a través de pactos cuya existencia es inmediatamente relevante para los trabajadores por ministerio de la normativa vigente. De ahí el sucederse obligacio-

⁸⁴⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004, pág. 90. Por todas, STS, Social, 22 julio 1994 (Ar. 5525).

⁸⁴⁸ LAHERA FORTEZA, J.: “Prevención de riesgos laborales del autónomo en el sector de la construcción”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, 2004, págs. 457 y ss.; GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L.: “Régimen jurídico de los trabajadores autónomos en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Su problemática”, *DL*, núm. 70, 2004, Vol. I, págs. 109 y ss.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *La protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos*, Albacete, 2006, págs. 35 y ss. ó FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B.: “La incapacidad temporal y la prevención de riesgos laborales”, en AA.VV.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Murcia, 2007, págs. 133 y ss.

⁸⁴⁹ LUJÁN ALCARAZ, J.: “Las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción”, *AS*, 2004, Tomo V, pág. 178.

⁸⁵⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004, pág. 90.

nes de mutua información, de preparación de los trabajadores, de formación de los mismos, etc., que son formas de conectar a los diversos sujetos implicados en un polo subjetivo, el del empleador, que de esta forma queda extendido, aunque sea sin afirmarlo o pretenderlo previamente⁸⁵¹. Existe una tendencia integradora de las obligaciones al respecto, y de la consiguiente responsabilidad que se conecta, además, con la posibilidad de que los coordinadores elegidos posean facultades de determinación vinculante de conductas de los empresarios contratistas, de las que se desprendan obligaciones para todos los empresarios implicados, incluido el principal al que se imputa el nombramiento de coordinador⁸⁵².

6.1.3. La Ley 32/2006

Por si ello fuera poco, el contenido de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, de aplicación a las obras privadas y públicas, se dirige a establecer una serie de cautelas adicionales al régimen jurídico transcrito en una triple dirección: a) Requerir el cumplimiento de determinadas condiciones, para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas. b) Exigir una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector. c) Introducir una serie de mecanismos de transparencia, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los instrumentos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra de construcción⁸⁵³.

Para prevenir algunas de las múltiples causas que inciden en una alta siniestralidad en el sector, bien por las características de las empresas que intervienen, bien por la necesidad de capacitación de los trabajadores, o para reducir el alto porcentaje de temporalidad en el empleo, que a su vez se traduce en una menor experiencia en el control del trabajo y de los riesgos, esta Ley trata de establecer una serie de requisitos de calidad y solvencia a las entidades involucradas, reforzando obligaciones ya existentes como la exigencia de una organización preventiva adecuada, o la formación de los trabajadores, que incluso ahora se amplía a los directivos, o

⁸⁵¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., pág. 100.

⁸⁵² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: "El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar", cit., pág. 90.

⁸⁵³ GARCÍA NINET, I.: "La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector", *TS*, núm. 191, 2006, págs. 5 y ss.

estableciendo otras nuevas como, por ejemplo, el requerimiento de un porcentaje de trabajadores indefinidos en la plantilla de la empresa⁸⁵⁴.

Con carácter general, las organizaciones empresariales que intervengan en el proceso de la subcontratación en el sector de la construcción, habrán de cumplir las siguientes condiciones (art. 4): 1) Poseer una organización productiva propia, con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada. 2) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial. 3) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por los trabajadores en la obra y, en el caso de autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de quien les haya contratado. 4) Acreditar la disposición de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL. 5) Estar inscritas en el Registro de Empresas acreditadas. 6) Contar con una plantilla indefinida en los siguientes porcentajes: el 10 por 100 durante los dieciocho primeros meses de vigencia de la Ley; el 20 por 100 durante los meses del decimonoveno al trigésimo sexto; el 30 por 100 a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive⁸⁵⁵.

Este cúmulo de condiciones va dirigido a evitar que las empresas que intervengan en el proceso de construcción sean meras entidades aparentes, titulares de relaciones mercantiles o laborales, que sirvan de cobertura a verdaderas cesiones ilegales de trabajadores contrarias al contenido del art. 43 ET. Se trata, pues, de establecer un medidor de responsabilidad de las empresas subcontratadas capaz de disminuir los elevados índices de siniestralidad, que debe introducirse en todos los pliegos de obras elaborados por las Entidades públicas junto a la necesidad de acreditar capacidad y solvencia técnica⁸⁵⁶, aun cuando no faltan desafortunadas opiniones en contra que consideran únicamente aplicable el elenco de exigencias del art. 4 de la Ley 42/2006, a “los contratos entre contratistas y subcontratistas derivados de un contrato de obras regulado por la Ley de Contratos del Sector público, (pero) no pueden exigirse como medios de acreditar

⁸⁵⁴ LANZADERA ARENCIBIA, E.: “La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre”, *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007, págs. 45 y ss.

⁸⁵⁵ GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: “Comentario a la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 4, 2007, págs. 2 y ss.

⁸⁵⁶ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P.: “La Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *RL*, Tomo I, 2007, págs. 815 y ss.

la solvencia en los contratos que celebren las Administraciones Públicas”⁸⁵⁷. Es más, la misma crítica negativa merece entender que los requisitos exigidos por la Ley 32/2006 no pueden ser considerados como condición de aptitud para contratar con la Administración, pues de su inobservancia no cabe derivar la nulidad del contrato administrativo celebrado, sino sólo el surgimiento del mecanismo de responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social (art. 7 Ley 32/2006) y de la imposición de las sanciones previstas en la LISOS⁸⁵⁸.

Con la misma finalidad de reducir la siniestralidad laboral, contando con tales requisitos, el régimen de la subcontratación en el sector de la construcción viene limitado del siguiente modo (art. 5): 1) El promotor podrá contratar directamente contratistas (personas físicas o jurídicas). 2) El contratista podrá contratar con empresas subcontratistas la ejecución de los trabajos contratados con el promotor. 3) El primer y el segundo subcontratistas podrán subcontratar la ejecución de los trabajos contratados con el contratista o con el primer subcontratista, respectivamente. 4) El tercer subcontratista no podrá subcontratar la ejecución de los trabajos contratados con el segundo. 5) El trabajador autónomo no podrá subcontratar con empresas subcontratistas o con otros trabajadores autónomos. 6) Los subcontratistas primero y segundo no podrán subcontratar cuando su organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas (contratistas y subcontratistas). 7) En casos fortuitos debidamente justificados (exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra), a juicio de la dirección facultativa, excepcionalmente podrá extenderse la subcontratación a un cuarto nivel, debiendo hacer constar en el libro de subcontratación su aprobación previa y las causas de la misma. No cabrá esta excepción respecto a los trabajadores autónomos, ni en el supuesto de que la organización productiva puesta en uso de la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, salvo caso de fuerza mayor. Sea como fuere, el contratista deberá poner la subcontratación ex-

⁸⁵⁷ Informe número 62/2006, de 26 de marzo de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

⁸⁵⁸ Informe número 73/2008, de 31 de marzo de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

cepcional en conocimiento del coordinador de seguridad y salud en la ejecución de la obra, de los representantes de los trabajadores de las distintas empresas ejecutivas y de la autoridad laboral competente en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la aprobación⁸⁵⁹.

6.1.4. El Real Decreto 1109/2007

El régimen jurídico brevemente expuesto se completa con una regulación pormenorizada de los cuatro aspectos en los que la Ley 32/2006, de 18 de octubre, llama al Reglamento: el registro de empresas acreditadas, el libro de subcontratación, las reglas de cómputo de los porcentajes de trabajadores indefinidos marcados y la simplificación documental de las obligaciones establecidas para las obras de construcción en el ordenamiento jurídico. El oportuno desarrollo de tales previsiones ha tenido lugar en virtud del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, sin perjuicio de la regulación en detalle prevista asimismo en el marco de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2011. La finalidad esencial de este Real Decreto vuelve a ser la misma: minorar las altas tasas de accidentalidad obrantes en el sector de la edificación (por lo que aquí interesa, en el ámbito público) derivadas, entre otros factores, de la subcontratación de actividades.

La inscripción en el registro de empresas acreditadas tiene, a partir de esta norma reglamentaria, como principal efecto permitir a las entidades empresariales intervenir en los procesos de subcontratación en la construcción como contratistas o subcontratistas. Asimismo, dicho registro, competencia de las Comunidades Autónomas, deberá cumplir una importante función de transparencia en relación con los operadores del sector. Las empresas subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos materiales que les marca la Ley mediante una declaración de su representante legal ante el mencionado registro y la certificación de inscripción registral de la subcontratista, obtenida por la empresa comitente, servirá para entender cumplido el deber de vigilancia que pesa sobre ésta del cumplimiento por la subcontratista de las exigencias legales, si bien la inscripción no exime a las subcontratistas de la obligación de justificar en cualquier momento el mantenimiento de los requisitos que les marca la Ley cuando sean requeridas para ello. Es más, en el marco de las obras de construcción sujetas a la LCSP, la obligación de inscripción en el nuevo registro se suma a la inscripción de las empresas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas a cargo de la Junta Con-

⁸⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción", en AA.VV. (DEL VAL TENA, A. L. y GARCÍA BLASCO, J., Coords.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007, págs. 39 y ss.

sultiva de Contratación, dependiente del Ministerio de Hacienda, en los supuestos en los que sea preceptivo haber obtenido previamente la clasificación (o, en su caso, en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas de las Comunidades Autónomas), así como a la inscripción voluntaria en los Registros de Licitadores que creen los órganos de contratación, además de la obligada en el Registro de Contratos del Sector Público (arts. 58, 72 y arts. 301 y ss.)⁸⁶⁰.

El Real Decreto 1109/2007, se encarga de aclarar también que, como obligación de cada contratista, éstos deberán disponer del libro de subcontratación, habilitado y conforme modelo normalizado, con carácter previo a la subcontratación. Este libro será el equivalente, en el ámbito de las obras de construcción, del libro registro contemplado en el art. 42 ET que debe llevar la empresa principal a fin de reflejar la información sobre las empresas contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo⁸⁶¹.

6.2. Responsabilidades

El diseño legal de todo el cúmulo de obligaciones impuestas por las diversas normas mencionadas a los distintos sujetos intervinientes en la construcción de la obra no ha conseguido, pese a su perfección técnica, evitar que este sector siga siendo el de mayor índice de morbilidad numérica tanto en el ámbito privado como en el público⁸⁶², lo cual obliga a realizar un serio replanteo en la tutela de los intereses de los trabajadores⁸⁶³, diseñando un efectivo sistema punitivo.

La profunda dimensión del riesgo que, en diferentes órdenes, subyace en el proceso constructivo de carácter público, así como su repercusión social y relevancia económica, demandan una adecuada protección y una garantía efectiva de los daños y perjuicios de toda índole que pudieran sufrirse. Con este motivo, en pocos ámbitos como en el de la edificación, han proliferado técnicas como la progresiva objetivación de la responsabilidad (desvinculada de la idea de dolo o

⁸⁶⁰ CALVO GALLEGO, F. J.: “El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, cit., págs. 77 y ss.

⁸⁶¹ MERCADER UGUINA, J. R. y NIETO ROJAS, P.: “El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, cit., págs. 91 y ss.

⁸⁶² Por poner un ejemplo, en 2004 la construcción registró la cuarta parte de todos los accidentes en jornada de trabajo con baja (233,6 miles), casi tantos, en términos absolutos, como la industria (237,1 miles). MTAS: *Estadística de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, enero-diciembre, 2004.

⁸⁶³ GARRIDO HERNÁNDEZ, A.: *La seguridad laboral en la construcción ¿una meta inalcanzable?*, Madrid, 2005, págs. 175 y ss.

de negligencia y fundada en la simple acreditación de los daños), la presunción de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba, bajo la prevalencia de un principio de efectividad en la reparación del resultado dañoso sobre la exigible individualización de las responsabilidades concurrentes⁸⁶⁴.

6.2.1. Incumplimiento de deberes en materia de prevención de riesgos laborales: régimen preexistente

La complejidad técnica que lleva aparejada, por regla general la actividad de la construcción de una obra privada o –por lo que aquí interesa– pública, así como la pluralidad de agentes intervinientes, dificulta, en la mayoría de las ocasiones, la determinación no sólo de la causa directa del accidente sufrido por el trabajador, sino también de la persona o personas responsables del mismo⁸⁶⁵. Tras una rápida lectura del Real Decreto 1627/1997, parece deducirse que el principal responsable de los accidentes de trabajo sufridos por los operarios en una obra de construcción será el promotor. Sin embargo, la terminología utilizada por esta norma reglamentaria genera cierta confusión. Lejos de dar una respuesta clara y concreta, parece que ha optado por la solución contraria. Por un lado, establece la obligación del promotor de designar el coordinador de seguridad y salud, designación que no le eximirá de sus responsabilidades (art. 3.4 Real Decreto 1627/1997). Por otro, ni la participación del coordinador, ni la responsabilidad del promotor, libera de obligaciones y, por tanto, de responsabilidades al resto de los empresarios concurrentes (art. 11.2 Real Decreto 1627/1997). Así, según esta norma, contratistas y subcontratistas serán responsables también de la “ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad”, sin que las responsabilidades de los coordinadores, de la dirección facultativa y del promotor les exoneren de las que a aquéllos corresponda (arts. 11.2 y 11.3 Real Decreto 1627/1997)⁸⁶⁶. Teniendo en cuenta, por tanto, que las responsabilidades atribuidas a los coordinadores, a la dirección facultativa y al promotor no eximen de sus responsabilidades a los

⁸⁶⁴ DAGNINIO GUERRA, A.: “Responsabilidad de la Administración”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., Dir.): *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999, pág. 347.

⁸⁶⁵ PÁRAMO MONTERO, P.: “En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción”, *RL*, 1997, Tomo II, pág. 505. Por extenso, DOLZ LAGO, M. J.: *Las imprudencias punibles en la construcción. Desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial*, Granada, 1996.

⁸⁶⁶ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *Seguridad y salud laboral en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona, 2003, págs. 203-204.

contratistas y subcontratistas, parece que resulta de aplicación la imputabilidad a toda la cadena de contratación⁸⁶⁷.

Pese a la incertidumbre que puede provocar la lectura conjunta de estos preceptos ante el abanico ingente de posibles responsables, su redacción, aunque confusa y abigarrada, no merece una crítica negativa, pues permitirá imponer la oportuna responsabilidad al causante del daño, que si es el empleador del operario accidentado –empresario contratista o subcontratista– podrá extenderse solidariamente al promotor de la obra o empresario principal (la Administración)⁸⁶⁸. Es más, la responsabilidad del promotor no se agota en la derivada de las acciones u omisiones del coordinador, sino que se extiende a los incumplimientos de las obligaciones de contratistas y subcontratistas con los que hubiese concertado la ejecución de la obra siempre y cuando se den las condiciones previstas en el ya analizado art. 24.3 LPRL y previa trasgresión de su deber de vigilancia⁸⁶⁹. La facultad de elección que ostenta el promotor sobre los distintos empresarios, técnicos y trabajadores que prestarán sus servicios en la obra, desde el arquitecto encargado de elaborar su proyecto hasta cualquiera de los trabajadores autónomos, pasando por la designación del coordinador encargado de la dirección superior en materia preventiva, justifica la oportuna imposición de su responsabilidad frente a los daños ocasionados como consecuencia de un accidente de trabajo⁸⁷⁰.

Cabe recordar, además, que el establecimiento, en el art. 24 LPRL (desarrollado por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero), de unos estrictos deberes de colaboración y prestación de asistencia mutua entre todos los empresarios que intervienen en la cadena de descentralización (en la información, en la formación de los trabajadores o en la adopción de las medidas adecuadas de prevención y protección) va a originar responsabilidades compartidas entre ellos en caso de infracción, aunque sólo fuera en virtud del principio general según el cual quien asume obligaciones por mandato legal queda sujeto, en caso de incumplimiento, a las responsabilidades consiguientes. El precepto clave en esta materia es el párrafo tercero del art. 42 LISOS, que refleja un gran paralelismo con el art. 24 LPRL: si este último precepto establece obligaciones compartidas para los empresarios y

⁸⁶⁷ ORCARAY REVIRIEGO, J. J.: “El encadenamiento de contratistas y subcontratistas. La responsabilidad solidaria de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, (Iustel), núm. 7, 2004, pág. 20.

⁸⁶⁸ MOLTO GARCÍA, J. I.: *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Madrid, 1998, pág. 158.

⁸⁶⁹ GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, P.: “Propia actividad en las contratistas, entre promotor y constructor ¿o no? (comentario a la STS, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2005)”, *RTSS (CEF)*, núm. 273, 2005, págs. 225 y ss.

⁸⁷⁰ SSTs, Civil, 26 mayo 1989 (RJ 3888), 1 junio 1994 (RJ 685) ó 17 julio 1995 (RJ 5592).

sujetos implicados, el art. 42.3 LISOS proporciona criterios de solidaridad en la exigencia de responsabilidades⁸⁷¹.

La aplicación de tales disposiciones provoca como lógica consecuencia que la Administración se convierta en garante de la salud y seguridad de cuantos trabajadores presten servicios en el espacio físico destinado a la construcción de la infraestructura pública (sean propios o ajenos), siendo además responsable directa de los daños sufridos por los trabajadores de los demás empresarios cuando se aprecie una infracción de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales⁸⁷². Los problemas de compatibilidad con los principios de culpabilidad y personalización de las penas a efectos de la imputación de la responsabilidad solidaria, se justifican en el acotamiento funcional (“propia actividad”) y espacial (“centro de trabajo”), así como en la preexistencia de un deber de vigilancia establecido legalmente (art. 24.3 LPRL)⁸⁷³. Bajo esta perspectiva, en caso de incumplimiento, el art. 42.3 LISOS se detiene en establecer la responsabilidad solidaria del empresario principal (léase la Administración) con los contratistas y subcontratistas respecto de las obligaciones impuestas por la LPRL siempre y cuando concurra una doble circunstancia no por conocida menos digna de análisis⁸⁷⁴:

A) La polémica expresión “propia actividad”

La contrata o subcontrata ha de referirse a la realización de obras o servicios correspondientes a la “propia actividad” de la empresa comitente⁸⁷⁵, concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una plurali-

⁸⁷¹ GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, 2001, págs. 187-188.

⁸⁷² STS, Social, 16 diciembre 1997 (RJ 9320) ó STSJ, Social, Castilla y León 18 octubre 2004 (AS 2765).

⁸⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Art. 42. Responsabilidad empresarial”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J. L., Dirs.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes*, cit., págs. 553-554.

⁸⁷⁴ CASCAJERO SÁNCHEZ, M. A.: “Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *RTSS (CEF)*, núm. 200, 1999, pág. 86.

⁸⁷⁵ “La jurisprudencia más reciente sigue un criterio funcional amplio e interpreta que es suficiente que la empresa subcontratista realice una actividad que pueda incluirse en el círculo de la actividad del concesionario o, dicho de otra manera, que ambos se encuentren inmersos en el mismo ámbito funcional de la normativa sectorial vigente”. SSTSJ, Cont-Admto, Castilla y León/Burgos 14 febrero 1997 (RJ 1942). En el mismo sentido, SSTS, Social, 18 enero 1995 (Rec. 150/1994) y 24 noviembre 1998 (Rec. 517/1998) ó SSTSJ, Social, Aragón 18 abril 2002 (Rec. 884/2001) y País Vasco 18 octubre 2004 (Rec. 1292/2004).

dad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia⁸⁷⁶.

La alusión genérica a la “propia actividad” –”*vexata quaestio*”⁸⁷⁷, expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y “sobre todo enormemente escurridiza”⁸⁷⁸– dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en la LPRL, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina⁸⁷⁹ y la consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia⁸⁸⁰. Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse “actividad propia” de las Administraciones públicas toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que “su necesidad para los fines del servicio público” se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

⁸⁷⁶ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 203.

⁸⁷⁷ RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 41.

⁸⁷⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *RL*, núm. 2, 1992, pág. 21.

⁸⁷⁹ Para un sector de la doctrina, “propia actividad” equivale a total igualdad de las actividades, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación protectora del trabajo en las contrata”, *RPS*, núm. 93, 1972, pág. 37 ó MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 6. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, cit., págs. 130-131.

⁸⁸⁰ Si bien es preciso recordar la inexistencia “en la doctrina científica y en la jurisprudencia [de] criterios enteramente consolidados sobre el alcance preciso de este concepto”, MARTÍN VALVERDE, A.: “La protección jurídica del trabajo en contrata: delimitación de los supuestos de hecho”, en AA.VV. (SÁNCHEZ PEGO, F. J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contrata de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, pág. 119.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto “propia actividad” a efectos de imputación de responsabilidades laborales en materia preventiva a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal⁸⁸¹. Es necesario imponer, por tanto, una modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no “inherentes” a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración⁸⁸².

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de concesión debe ser completado, por ello, con otros, como el de la “sustitución” o el de la “proyección pública” del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del vínculo administrativo se corresponde con la “propia actividad” de la Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*⁸⁸³. A la postre, el calificativo “inherente” a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su “propia actividad” en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 204.

⁸⁸² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., págs. 39 y ss.

⁸⁸³ CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

⁸⁸⁴ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 204.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales⁸⁸⁵. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto “propia actividad” y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista⁸⁸⁶. El criterio más utilizado (inseguro a todas luces) viene siendo, por tanto, el de la pertenencia material al “ciclo productivo” pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de “ciclo productivo” en una Administración Pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe “propia actividad” cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia de la Administración contratante; es decir, para los Tribunales, aquella obra o servicio contratado que pertenezca a la amplia esfera de competencias atribuidas por la Ley a un Ente público, constituirá parte de su propia actividad⁸⁸⁷, siempre que redunde en beneficio de los usuarios.

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la “propia actividad” de una Administración Pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha declarado que forma parte de este concepto “el servicio de retirada de vehículos mal aparcados”⁸⁸⁸, “la ayuda a domicilio”⁸⁸⁹, “la conservación y mantenimiento de parques naturales”⁸⁹⁰, “la gestión de unas entidades deportivas”⁸⁹¹, “la limpieza

⁸⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, cit., págs. 24 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y GOÑI SEIN, J. L.: “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 153 y ss. ó MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad”, *RL*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

⁸⁸⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “El concepto de ‘propia actividad’ empresarial”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, pág. 168.

⁸⁸⁷ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 132.

⁸⁸⁸ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 4356).

⁸⁸⁹ SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (TOL 236633, 235747, 236634, 235882, 236222 y 236640) ó 3 y 18 marzo 1997 (TOL 238147 y 237728).

⁸⁹⁰ SSTSJ, Social, Canarias 24 abril 2003 (JUR 128636) y Aragón 12 junio 2003 (JUR 183838).

⁸⁹¹ STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167).

y mantenimiento de los jardines públicos⁸⁹², “ciertas tareas de vigilancia”⁸⁹³, “el mantenimiento de una estación depuradora de aguas”⁸⁹⁴, “la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico”⁸⁹⁵, “la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos”⁸⁹⁶, “la adjudicación administrativa de comedores escolares”⁸⁹⁷, “la toma de datos para la informatización de un servicio”⁸⁹⁸, “una actividad de restauración medioambiental”⁸⁹⁹ o “el transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud”⁹⁰⁰. Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado “la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza”⁹⁰¹, “las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma”⁹⁰², “la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos”⁹⁰³, “la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad”⁹⁰⁴ o “el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación”⁹⁰⁵.

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como la LPRL, donde se disciplinan importantes responsabilidades patrimoniales y donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del concesionario, de los empresarios participantes...) ⁹⁰⁶. El problema principal que

⁸⁹² SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805).

⁸⁹³ STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514).

⁸⁹⁴ STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 759).

⁸⁹⁵ STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 96).

⁸⁹⁶ STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 6216).

⁸⁹⁷ STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 6216).

⁸⁹⁸ STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 1079).

⁸⁹⁹ STS, Social, 14 junio 2005 (TOL 675689).

⁹⁰⁰ SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

⁹⁰¹ STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 2632).

⁹⁰² STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948).

⁹⁰³ SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

⁹⁰⁴ STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 712 y 1994).

⁹⁰⁵ STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 9049).

⁹⁰⁶ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 138.

se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse –como se ha visto– de forma casuística, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan⁹⁰⁷: la falta de seguridad o certeza⁹⁰⁸. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen⁹⁰⁹.

Esta indeterminación deja la puerta abierta para que proliferen distintas concepciones e interpretaciones sobre el elemento en cuestión que, a su vez, provocan una aplicación no uniforme de la norma, con los consiguientes peligros de crear desigualdades de tratamiento injustificadas⁹¹⁰. La causa de toda esta problemática reside en el propio elemento elegido para trazar la frontera de lo especialmente protegido: el condicionante legal contiene en sí mismo el germen de la inoperatividad aplicativa⁹¹¹. Por tal razón, es necesario superar los criterios y tendencias interpretativas hasta ahora empleados y replantearse las fronteras del espacio protegido. La solución óptima debería apostar por entender que “siempre y cuando los dependientes de la contratista se encontrasen especialmente expuestos al peligro de sufrir las consecuencias de un accidente de trabajo deberían contar con la oportuna protección”⁹¹². De este modo, la distinción establecida entre contrataciones de “propia actividad” y contrataciones que carecen de tal condición no puede tener eficacia decisiva en el terreno de las obligaciones preventivas y las responsabilidades

⁹⁰⁷ GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo en contrataciones y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *RPS*, núm. 130, 1981, pág. 29.

⁹⁰⁸ RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Propia actividad y contrata”, *RL*, núm. 6, 1996, pág. 42 ó MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, pág. 43.

⁹⁰⁹ NORES TORRES, L. E.: *El trabajo en contrataciones. La noción de ‘contratación de propia actividad’*, Valencia, 2004, pág. 115.

⁹¹⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., pág. 42.

⁹¹¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Outsourcing, contrataciones y subcontratas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 116.

⁹¹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas”, *RTSS (CEF)*, núms. 281-282, 2006, pág. 21.

asociadas a las mismas, pues si lo realmente relevante es que quede generalizado un determinado nivel de seguridad, debe ser indiferente el tipo de actividad contratada. Es necesario superar, pues, la interpretación judicial predominante, no en vano en tanto en cuanto excluye del concepto de “propia actividad” las tareas accesorias y complementarias, desconectadas del ciclo productivo de la empresa principal, la operatividad del requisito legal dejaría fuera de protección la mayoría de los accidentes sufridos en los supuestos de subcontratación de contratos y concesiones administrativas, lo cual no puede ser admisible⁹¹³, máxime si se trata de un sector tan peligroso como el de la construcción.

Deviene necesario, por ende, atender debidamente las implicaciones derivadas de la prevención de riesgos laborales, donde lo importante no es tanto el servicio prestado, como la protección de la salud de quienes quedan bajo el ámbito de control de un determinado empresario por desarrollar sus servicios en el espacio físico destinado a la construcción de la infraestructura. Por tal motivo, son de agradecer algunos incipientes pronunciamientos de los Tribunales que se esfuerzan a la hora de realizar una interpretación amplia respecto de lo que por “propia actividad” deba entenderse a estos efectos⁹¹⁴. Incluso, aún en supuestos de “distinta actividad” alguna sentencia del orden jurisdiccional social entiende cómo debería ser posible también en ciertas ocasiones justificar la responsabilidad de la Administración en la omisión de sus deberes generales de cooperación (art. 24.1 LPRL), información (art. 24.2 LPRL) y vigilancia (art. 24.3 LPRL), cuando la omisión de tales obligaciones haya sido determinante en la producción del evento dañoso, llegando a admitir que “es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene cuanto determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata (concesión administrativa), sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario (la Administración) para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”⁹¹⁵.

⁹¹³ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores”, en AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 631.

⁹¹⁴ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 28 octubre 2003 (AS 2004/534).

⁹¹⁵ STS, Social, 5 mayo 1999 (RJ 4705).

B) El centro de trabajo

El segundo condicionante exigido por la LPRL versa sobre la necesidad de que las actividades sean desarrolladas en el centro de trabajo de la empresa principal⁹¹⁶, no en vano la responsabilidad viene referida a las obligaciones relativas a quienes trabajen en dicho centro (para los que lo hacen fuera del mismo únicamente se prevé la aplicación del art. 41.1 LPRL: cuando tales trabajadores empleen maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles otorgados por la empresa principal, ésta deberá proporcionarles la información sobre uso y manipulación de tales efectos puesta a disposición por los fabricantes, importadores y suministradores) y siempre y cuando la infracción haya tenido lugar en aquél⁹¹⁷.

La incidencia de las condiciones ambientales, propias del espacio común donde se desarrolla la prestación laboral, en las condiciones de seguridad y salud en que dicha prestación se lleva a cabo, ha justificado, no obstante, que el concepto de centro de trabajo no se interprete en el sentido técnico formal otorgado por el art. 1.5 ET sino en sentido material, esto es, equivalente a lugar de trabajo, tal y como se define en el art. 2 a) del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en el art. 2 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, y en el art. 3 c) del Convenio núm. 55 OIT⁹¹⁸. La razón de ser de esta interpretación estriba en la necesidad de garantizar una protección eficaz en aquellos ambientes de trabajo (al aire libre o actividades móviles, en paradigmático ejemplo) que no encajan en la noción de centro de trabajo proporcionada por el ET⁹¹⁹. Se trata, en definitiva, de considerar centro de trabajo a efectos de obligaciones preventivas, no sólo los lugares técnicamente

⁹¹⁶ “Esto responde al sentido propio de las normas de seguridad e higiene, que no es otro que garantizar un medio de trabajo adecuado para el desarrollo de la prestación, por ello quien es titular del lugar de trabajo debe garantizar en él las condiciones que el ordenamiento exige”. STS, Cont-Admtivo, 24 julio 2001 (RJ 6783). Entre muchas, STS, Social, 22 julio 1994 (RJ 5525) y SSTSJ, Social, Cataluña 9 mayo 2003 (AS 3874) y 18 febrero 2004 (JUR 83216).

⁹¹⁷ SSTSJ, Social, País Vasco 14 febrero 1995 (AS 519).

⁹¹⁸ GARCÍA NINET, J. I.: “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, 2000, págs. 277, 278 y 286 y “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales” (I y II), TS, núms. 96 y 97, 1999, págs. 5 y 6, respectivamente.

⁹¹⁹ MOLINER TAMBORERO, G.: “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, 1996, T. II, pág. 407; DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: “Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras y servicios en materia de seguridad y salud en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, núm. 30, 1995, pág. 531; ALBESA VILLALTA, A.: “La seguridad y salud laboral en las contratas y subcontratas de obras y servicios (obligaciones y responsabilidades)”, *RTSS (CEF)*, núm. 163, 1996, págs. 83-84 ó CABEZA PEREIRO, J.: “Comentario al art. 24”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada, 1998, pág. 135.

entendidos como tales, sino también todos aquellos donde se extiendan las obligaciones de seguridad por encontrarse bajo el control y supervisión del empresario (la Administración en el caso aquí analizado) y en los que se desarrolle la actividad laboral o, cuanto menos, den acceso al ejercicio de la misma⁹²⁰.

Es más, la titularidad del centro de trabajo no debe interpretarse tampoco en un sentido literal y estrictamente dominical (como propietario del mismo), debiendo extenderse a todo sujeto que tenga el control del lugar de trabajo bajo cualquier título jurídico⁹²¹, de modo que “si la Administración tiene un derecho de exclusión o poder de decisión sobre el lugar en cuestión que le permita autorizar o denegar las actividades allí ejecutadas por la empresa correspondiente a la que encomendó las tareas”, procede entender que efectivamente concurre el requisito relativo al elemento locativo⁹²².

6.2.2. Régimen particular de imputabilidad en la Ley 32/2006

Esta Ley opta, no por crear un régimen de responsabilidades propio, sino por incorporar nuevos ilícitos administrativos a los ya tipificados en materia de seguridad y salud laboral por la LISOS. Así, de conformidad con lo previsto en su art. 7, las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en las obras de construcción deberán vigilar el cumplimiento del régimen de subcontratación por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con los que contraten, de forma que el incumplimiento de tal régimen determinará la responsabilidad solidaria del subcontratista incumplidor y del correspondiente contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social derivadas de la ejecución del contrato que correspondan al subcontratista, cualquiera que fuera la actividad de dichas empresas.

Por más que la nueva regulación del régimen jurídico de la subcontratación en el sector de la construcción pretenda establecer, como objetivo principal declarado, un conjunto de garantías para evitar situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, lo cierto es que el legislador instituye

⁹²⁰ SSTs, Social, 18 abril 1992 (Ar. 4849), 22 noviembre 2002 (Ar. 510) ó 26 mayo 2005 (RL, núm. 21, 2005, pág. 81) y SSTSJ, Social, Castilla y León 30 septiembre 1997 (AS 3269) y Asturias 23 julio 1999 (AS 2217). En la doctrina, LÓPEZ ANIORTE, M. C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, pág. 140.

⁹²¹ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades*, Valencia, 2006, pág. 21.

⁹²² STSJ, Social, Cantabria 16 junio 2004 (Ar. 2100).

obligaciones para los empresarios promotores, contratistas o subcontratistas que superan aquella finalidad, ordenando estas fórmulas de descentralización productiva desde una perspectiva más amplia. Así lo confirma la inclusión de este nuevo supuesto de responsabilidad solidaria, del contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social del subcontratista que incurra en determinados incumplimientos, además de la extensión de la responsabilidad administrativa, al tipificar nuevas infracciones en materia de relaciones laborales y no sólo en materia de prevención de riesgos. Es decir, que aparte de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 42.2 ET (del empresario principal, en relación con los contratistas y subcontratistas que realicen la misma actividad, respecto a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata), y en el art. 42.3 LISOS (de la empresa principal, respecto de los contratistas y subcontratistas que realicen obras y servicios correspondientes a la propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo), esta imputabilidad se extiende a todas las obligaciones laborales (incluidas las preventivas) y de Seguridad Social, sin necesidad de que las empresas se dediquen a la misma actividad⁹²³.

Hay que insistir en un dato relevante que la propia Ley pone de relieve: los nuevos ámbitos de responsabilidad se extienden a los contratos que se celebren en régimen de subcontratación para la ejecución de determinados trabajos en las obras de construcción, sin que ello condicione o limite la aplicación de lo dispuesto en los arts. 42 y 43 ET y en el resto de normas laborales o de Seguridad Social, significativamente en la LPRL. Ello supone, a la postre, que los empresarios que contraten o subcontraten la realización de actividades típicas del sector de la construcción están sujetos a un régimen de responsabilidades más amplio, y ello con el fin último de asegurar la efectividad de esta novedosa regulación en las obras de construcción. No se puede olvidar que, además de las obligaciones generales establecidas, las empresas contratistas y subcontratistas deben vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley, resultando su omisión el presupuesto básico para imputar nuevas responsabilidades.

Además de la responsabilidad administrativa, las empresas contratistas y subcontratistas que intervengan en la construcción, también incurrirán en responsabilidad laboral y de Seguridad Social. El legislador recurre a la técnica de la

⁹²³ DEL VAL TENA, A. L.: “La subcontratación en el sector de la construcción y la extensión de las responsabilidades empresariales: viejos y nuevos supuestos de responsabilidad”, en AA.VV. (DEL VAL TENA, A. L. y GARCÍA BLASCO, J, Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007, págs. 207 y ss.

responsabilidad solidaria que atribuye al empresario contratista respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social, derivadas de la ejecución del contrato, que correspondan al subcontratista incumplidor de las obligaciones de acreditación y registro o del régimen de subcontratación. A pesar de la cuanto menos “peculiar” y, desde luego, notablemente confusa redacción del precepto, está claro que contiene una importante novedad en materia de responsabilidad laboral, frente a la previsión contenida en el art. 42 ET, pues esta disposición estatutaria habla de responsabilidad solidaria en materia salarial, mientras que la Ley 32/2006, alude a todas las obligaciones laborales⁹²⁴. Parece razonable considerar, además, que en estos casos aparecen tres sujetos responsables, cualquiera que sea la actividad de las empresas que participen en la ejecución de trabajos en obras de construcción⁹²⁵. El primero, el subcontratista cuyas obligaciones laborales y de Seguridad Social se extenderán solidariamente a los otros dos sujetos. El segundo, el subcontratista que descentralizó parte de su actividad incumpliendo los límites del art. 5 de la Ley 32/2006. Y el tercero, el contratista que respondería solidariamente como consecuencia del incumplimiento de su deber de vigilancia. Parece, no obstante, que quedarán exonerados los restantes subcontratistas y, desde luego, el promotor (la Administración), lo que no deja de ser curioso (pese a haber sido admitido por la jurisprudencia)⁹²⁶, pues se trata del sujeto fundamental en todo este proceso. De todas formas –y para salvar este grave inconveniente–, no cabe olvidar que, dada la importancia de la dirección facultativa en la toma de estas decisiones, y puesto que ésta es designada por el promotor, se tipifica y califica como infracción administrativa grave (disposición adicional 1ª. 3 Ley 32/2006) la del mencionado promotor, a través de la actuación de la dirección facultativa, en la aprobación de la cadena de subcontratación “cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la norma”; y cuando además se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para

⁹²⁴ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007”, cit., pág. 14.

⁹²⁵ GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, M. S.: “La Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 29, 2007, págs. 32 y ss.

⁹²⁶ A partir de la STS 20 julio 2005 (RJ 5595), la cual realiza dos afirmaciones decisivas aun cuando no compartidas: 1) Aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas. El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. 2) Estamos ante actividades empresariales que son en sí mismas diferentes aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria.

las obras de construcción, la infracción del promotor se tipifica como muy grave (disposición adicional 1ª. 4 Ley 32/2006)⁹²⁷.

6.3. La posición de la Administración como promotor

Como ya ha quedado suficientemente claro, no puede sino considerarse adecuada la eliminación de los dos requisitos analizados (“propia actividad” y “que el accidente tenga lugar en el propio centro de trabajo”) en la redacción de la Ley 32/2006, lo que no deja de ser criticable es que esta Ley no haya optado por imputar también responsabilidad solidaria al promotor, más aún cuando es responsable directo por posibles incumplimientos de lo previsto en el art. 5⁹²⁸. Quizá se trata de poner coto al ilógico criterio, asumido por los órganos judiciales, de responsabilizar al sujeto “con mejor póliza de seguros” para garantizar a la víctima mayores indemnizaciones, pues aun cuando se trata de una interpretación pragmática no deja de resultar injusta, toda vez que el sujeto (muchas veces) verdaderamente diligente no va a ser excusado de pagar los daños causados por los verdaderamente culpables⁹²⁹. Tal restricción de miras debería desaparecer, empero, del tenor legal, tal y como se va a tratar de explicar seguidamente.

Aun cuando la utilización en el Real Decreto 1627/1997, de una noción de empresario, no en cuanto sujeto mercantil, sino en el propio sentido jurídico-laboral, dificultaría la inclusión de los Entes públicos en tal concepto, lo cierto es que esta misma norma atribuye de forma indubitada al promotor, no ligado por un contrato de trabajo con el trabajador destinado a la construcción de la obra, la condición expresa de empleador⁹³⁰. Pese a tal premisa de partida, podría considerarse más lógico que en aquellas obras en las que la Administración concierta su ejecución con una única empresa constructora, el deber de vigilar el cumplimiento de las disposiciones de seguridad por los subcontratistas debería recaer en la única entidad contratista, no en vano “la interdependencia de las distintas unidades de trabajo dentro de lo supone la construcción de una infraestructura requiere una coordinación y una vigilancia por quien lleva consigo, por su propio carácter de

⁹²⁷ SÁNCHEZ TERÁN HERNÁNDEZ, J. M.: “La derivación de responsabilidad por deudas de la Seguridad Social en la subcontratación del sector de la construcción”, *RTSS (CEF)*, núm. 295, 2007, pág. 21.

⁹²⁸ CALVO GALLEGU, F. J.: “La nueva Ley sobre Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *TL*, núm. 87, 2006, pág. 57.

⁹²⁹ FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: “Introducción”, en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999, pág. 22.

⁹³⁰ CAMAS RODA, E.: *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2002, pág. 299.

contratista, una responsabilidad general respecto de todas las vicisitudes y eventualidades de los trabajos a desarrollar en cada una de ellas”⁹³¹.

La posibilidad de atribuir la condición de promotor a la Administración comitente viene corroborada, además y por si duda hubiere, atendiendo, por un lado, a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, en virtud del cual se atribuye tal condición a “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”, y, por otro, en el art. 3 a) de la Ley 32/2006, que alude igualmente con tal carácter “a cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”⁹³².

Admitida tal hipótesis, surge, no obstante, una dificultad adicional a la hora de atribuir responsabilidad a la Administración, pues no faltan pronunciamientos judiciales que expresamente la exoneran considerando que carece de la condición de sujeto activo del incumplimiento de disposiciones preceptivas en materia de seguridad e higiene⁹³³. Es más, cuando se ha planteado la aplicación del régimen de responsabilidades laborales derivadas de la externalización de actividades que el promotor lleva a cabo, la jurisprudencia ha descartado que se le pueda considerar como empresario constructor, argumentando que el primero realiza una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del segundo es fundamentalmente física y productiva⁹³⁴. El promotor es, según esta cuestionable interpretación, un sujeto ajeno a la condición de empresario principal en la cadena de subcontratas de la correspondiente obra, pues no realiza ninguna labor de construcción⁹³⁵.

Esta parece ser la postura sobre la que se inspira la Ley 32/2006, que ha optado por el contratista como último garante de las condiciones de trabajo y seguridad de los

⁹³¹ STS, Civil, 22 julio 1994.

⁹³² La guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a las obras de construcción incluye a las Administraciones Públicas que promuevan obra civil o edificación entre los promotores. http://www.mtas.es/insht/practice/G_obras.htm.

⁹³³ SSTSJ, Social, Cataluña 21 junio 2004 (TOL 482307).

⁹³⁴ STS, Social, 20 julio 2005 (RJ 5595).

⁹³⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de la construcción tras la Ley 32/2006”, AS, núm. 1, 2007, pág. 13.

trabajadores en el sector de la construcción, eximiendo al promotor-Administración. Si bien esta Ley reconoce implícitamente al promotor el acceso a los datos del registro de empresas acreditadas (art. 6.2) y el acceso al libro de subcontratación (art. 8.1.3), sin embargo queda eximido de las obligaciones y responsabilidades en ella incorporadas: del cumplimiento de los requisitos exigibles a las contratistas y subcontratistas para poder intervenir en el proceso de subcontratación conforme a su art. 4, del deber de vigilancia y de la responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social reseñadas en su art. 7, así como de la obligación de tener y llevar al día el libro de subcontratación; todas ellas exigibles a los contratistas. Únicamente deberá responder de las sanciones administrativas previstas por las infracciones tipificadas en los arts. 12.29 y 13.17 LISOS, esto es, cuando haya permitido la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación y manifiestamente no concurran las causas motivadoras de la misma.

De conformidad con la Ley 32/2006, la Administración no es el “empresario principal”, ya que esta condición queda reservada expresamente para el contratista [art. 3.1 e)], e incluso es considerada ajena a la cadena de subcontratación, pues ésta comienza cuando la totalidad o parte de la obra ya asumida por el contratista por encargo de aquélla es subcontratada a un tercero [art. 3 i)]. Se libera al Ente público de este peso, en términos que le proporcionan un alto grado de seguridad jurídica, pese a ser él y no el contratista el sujeto económicamente más relevante precisamente por ser el titular de la obra que, por definición, se realiza por su cuenta, y pese a ser él quien selecciona al contratista a quien encarga la realización de parte o de toda la infraestructura. Esta reducción cierta del nivel de responsabilidades que en otro caso le podrían ser exigibles favorece la actividad económica de los poderes públicos. Mientras que la actuación de los contratistas presentes en la obra (y con menor intensidad de los subcontratistas), se encuentra constreñida por el elenco de obligaciones y responsabilidades diseñadas en la Ley 32/2006, por lo que deben reforzar las cautelas⁹³⁶, la Administración-promotor queda al margen.

Ahora bien, esta previsión legal contradice el diseño de las obligaciones y prerrogativas recogidas no sólo en el Real Decreto 1627/1997 (norma de inferior rango en la jerarquía normativa, razón por la cual quedaría automáticamente vacío de contenido en cuanto contrariara lo dispuesto en la norma superior), sino en la propia Ley 32/2006, pues atribuye, de un lado, a la figura del coordinador, una vez designado por el promotor, la asunción de los deberes establecidos en el art. 24 LPRL, pudiendo paralizar los trabajos en caso de riesgo grave e inminente y

⁹³⁶ FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: “Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, *DL*, núm. 80, 2007, pág. 127.

asumiendo la denominada culpa in vigilando (art. 3), y, de otro, al director facultativo, a quien corresponde la dirección y control de la obra proyectada y ejecutada (arts. 5 y 6)⁹³⁷. En consecuencia con ello, el art. 2.8 LISOS contempla a los promotores dentro de la catalogación de sujetos responsables de las infracciones por los incumplimientos de las obligaciones de prevención de riesgos laborales y el art. 5.2 del mismo texto legal menciona a los promotores y propietarios de obra a la hora de definir qué se entiende por infracciones laborales en este ámbito⁹³⁸. De este modo, aunque el promotor no participe como empresario constructor, nada le exonera del cumplimiento de la obligación de designar a su director facultativo y al coordinador en seguridad y salud y al responsable del contrato. Será mediante aquéllos a través de quienes llevará a la práctica la dirección y control de la ejecución de la infraestructura pública tal y como exige el art. 232.1 f) LCSP y dará efectividad a la política de coordinación en materia de prevención de riesgos prevista en el art. 24 LPRL⁹³⁹.

En definitiva, aun cuando entre el tercero contratado por el contratista para la ejecución de las obras públicas y la Administración concedente no existe ningún tipo de vinculación, siendo el adjudicatario el único responsable ante la propia Administración y ante los terceros afectados por la ejecución de aquellas obras, en realidad, el órgano de contratación mantiene su derecho de recabar información sobre la marcha de la construcción y de impulsar las visitas de inspección que considere oportunas [art. 232.1 f) LCSP]⁹⁴⁰. El hecho de que se recurra a la figura del *project management* implica únicamente que los actos de gestión de la obra se contraten mercantilmente a una empresa externa que los dirige, pero los actos decisivos los efectúa directamente el promotor o, mejor, una persona a su cargo y en nombre de éste⁹⁴¹. De este modo, “a la Administración le son plenamente aplicables las obligaciones establecidas en el Real Decreto 1627/1997, y las responsabilidades administrativas, incluyendo las correspondientes consecuencias

⁹³⁷ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *Seguridad y salud en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona, 2007, pág. 315.

⁹³⁸ MONTOYA MEDINA, D.: “Responsabilidad de las promotoras inmobiliarias y propia actividad empresarial”, *REDT*, núm. 130, 2006, pág. 274.

⁹³⁹ FAJARDO SPÍNOLA, L.: “Ejecución del contrato de concesión de obra pública”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, pág. 1.228.

⁹⁴⁰ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 758.

⁹⁴¹ SÁNCHEZ DE LA ARENA, M. A.: “Análisis de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *JL*, núm. 29, 2007, pág. 76.

sancionadoras, previstas en la LISOS⁹⁴². De todas formas, no hubiera sobrado el establecimiento de un régimen jurídico de responsabilidad más ambicioso que implicara de forma más clara al promotor-Administración por parte de la Ley 32/2006, si lo que se quiere conseguir es la reducción de las tasas de siniestralidad en el sector de la obra pública⁹⁴³.

6.4. La imposición de sanciones

Tal conclusión no debe hacer olvidar, sin embargo, que la exigencia de responsabilidades a la Administración Pública, en cuanto en ese sujeto concurren la posición de empresario principal y la cualidad de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas, tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, lo cual demanda la necesidad de articular ciertas especialidades procedimentales. Una de las peculiaridades de la aplicación de la LPRL a las Administraciones públicas viene constituida por la previsión en el art. 45.1 de un procedimiento sancionador especial que culmina, no con la imposición de sanciones pecuniarias, sino con la obligación de realizar otras medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos.

De acuerdo con el artículo 45 LPRL, las infracciones cometidas por la Administración en materia de seguridad y salud serían objeto de sanción económica, salvo “en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las Administraciones públicas”, donde la imputación de responsabilidad daría lugar a la imposición, por resolución de la autoridad competente, de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos. Abundando en ello, el artículo 42.4 LISOS afirma que la corrección de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales “en el ámbito de las Administraciones públicas” se sujetará al procedimiento y normas de desarrollo del artículo 45 LPRL (esto es, el Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, modificado posteriormente por el Real Decreto 464/2003, de 25 de abril).

Aun cuando referidos a los supuestos en que las Administraciones incumplen la normativa sobre prevención de riesgos laborales en relación con el personal a

⁹⁴² PARAMIO PARAMIO, A.: “Ámbito jurídico. La organización preventiva en el sector de la construcción”, en AA.VV.: *Coordinadores de seguridad y salud en el sector de la construcción. Manual para su formación*, Valladolid, 2003, pág. 156.

⁹⁴³ FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: “Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, cit., pág. 128.

su servicio, ambos preceptos suscitan dudas acerca del tipo de responsabilidad administrativa exigible (multas u otro tipo de medidas correctoras) cuando las Administraciones actúan no ya como empleadoras, sino como comitentes que contratan obras o servicios a otros empresarios, asumiendo en calidad de tales los deberes del art. 24 LPRL⁹⁴⁴. La naturaleza del sujeto incumplidor determina un “régimen corrector” diferente del que se prevé para el infractor privado, debido a la dificultad en admitir la “autosanción” desde la perspectiva ontológica de la unidad del poder ejecutivo⁹⁴⁵. El trato especial otorgado a la Administración en materia preventiva, en virtud del cual no resultaría posible la imposición de sanciones distintas de la adopción de las oportunas medidas correctoras entre Entidades públicas, parece justificado por las dificultades de aplicación de sanciones económicas en este ámbito, dificultades que, de existir, surgirían cuando hubiera incurrido en responsabilidad por infracciones referidas a su propio personal y también por las cometidas durante la vigencia de las contrataciones respecto de los concesionarios y de sus trabajadores. Atendiendo a ello, algún sector de la doctrina estima que la imposición de las medidas correctoras (y no de sanciones económicas) a que se refiere el art. 45 LPRL operaría tanto en los supuestos de incumplimientos de los deberes de información y cooperación (arts. 24.1, 2 y 4 LPRL), como del deber de vigilancia (art. 24.3 LPRL), razón por la cual la Administración negligente quedaría obligada a responder solidariamente por las infracciones cometidas en sus centros de trabajo por sus contratistas durante la vigencia del contrato administrativo, pero no mediante el abono de una multa sino mediante la adopción de otras medidas correctoras (art. 42.3 LISOS)⁹⁴⁶.

Pese a que la razón de esta peculiaridad no es difícil de imaginar (se trata de superar la doble dificultad, técnica y presupuestaria, que envuelve la imposición de multas por una autoridad administrativa a otra, no en vano quedaría conculcada la autonomía organizativa de las distintas Administraciones públicas y sus potestades anejas)⁹⁴⁷, lo cierto es que tal interpretación no se ajusta a la realidad aquí analizada, pues el Real Decreto 707/2002, en virtud del cual se establece

⁹⁴⁴ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 216.

⁹⁴⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Ar. 42. Responsabilidad empresarial”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.): *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y Normas Concordantes*, Granada, 2006, pág. 558.

⁹⁴⁶ LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, Madrid, 1999, pág. 353.

⁹⁴⁷ CASAS BAAMONDE, M. E.: “Derecho Público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, C. y VALDÉS DAL-RE, F., Coords.): *Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, 1997, págs. 176-177.

precisamente el procedimiento para la imposición de medidas correctoras ante los ilícitos administrativos cometidos por una Administración Pública, excluye expresamente de su ámbito de aplicación la figura de los contratistas de obras públicas y concesionarios de servicios⁹⁴⁸. En efecto, en virtud del artículo 2.4 de este Real Decreto el procedimiento para la imposición de medidas correctoras (y no sanciones pecuniarias) “no es de aplicación a las cuestiones de prevención de riesgos laborales respecto del personal de los contratistas, subcontratistas de obras o servicios o concesionarios de cualquier índole que realicen su actividad en instalaciones de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos (o de ‘las restantes Administraciones públicas’ –de conformidad con la disposición adicional segunda–), respecto de los cuales se aplicará el procedimiento ordinario”.

Del tenor literal transcrito se deduce, pues, con claridad meridiana la inaplicación del régimen especial en los supuestos de construcción de una obra pública⁹⁴⁹, razón por la cual, en los casos de subcontratación de este tipo de contratos, la Administración incumplidora de la normativa de prevención de riesgos laborales, merecería la sanción normal: una multa pecuniaria. Aclarado este extremo, surge de inmediato una duda adicional atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2.4 *in fine* del mismo Real Decreto 707/2002, que a continuación se reproduce: “no obstante lo anterior, si de las actuaciones inspectoras realizadas o de la información previamente recabada se infiere que, de alguna forma puede resultar afectado el órgano administrativo correspondiente, como titular de las instalaciones o en virtud de las responsabilidades de coordinación a que hace referencia el art. 24 LPRL, se le pondrá en su conocimiento, tan pronto como sea posible, a los efectos que procedan”.

Según cierto sector de la doctrina, parece que la intención del precepto cuando regula la puesta en conocimiento de la Administración “a los efectos que procedan” no puede referirse sino a la necesidad de adoptar medidas correctoras o, incluso, a la posibilidad de extinción de los contratos o de rescate de concesiones, pero en ningún caso supone la extensión de la responsabilidad sancionadora de naturaleza económica por la vía de la solidaridad desde el contratista o concesionario a

⁹⁴⁸ MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Las ‘especialidades’ de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales: ¿del buen uso de la lentitud?”, *RL*, 2002, T. II, págs. 1.095 y ss.

⁹⁴⁹ LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, 7ª edición, Valencia, 2005, pág. 280.

la Administración”⁹⁵⁰, lo cual viene a dejar vacía de contenido la aplicación del régimen general (el pago de una multa pecuniaria) cuando de la construcción de una obra pública se trata.

Sea como fuere –y pese a esta polémica doctrinal–, lo más adecuado será tomar como punto de partida el hecho de que la propia Administración-comitente debe asumir la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y supervisión de la construcción de obra pública aun cuando no desarrolle directamente ninguna actividad relativa a la explotación del contrato administrativo, no en vano ésta asume una inequívoca “posición de garante” [art. 232 LCSP]⁹⁵¹, en virtud de la cual puede resolver el vínculo contractual [art. 232.1.d) LCSP] o proceder al secuestro del mismo por incumplimiento grave de las obligaciones correspondientes al concesionario (art. 234 LCSP y art. 251 LCAP)⁹⁵². Este deber de vigilancia de la Administración respecto del cumplimiento por el concesionario y los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales viene reforzado, además, en el art. 43.2 LISOS, precepto a partir del cual cabe deducir la responsabilidad solidaria de aquélla respecto a las infracciones producidas en el centro de trabajo y en las que hayan incurrido el concesionario y los subcontratistas durante la vigencia de la concesión de obra pública⁹⁵³. Tal obligación consiste en comprobar que el contratista y los subcontratistas cumplen, efectivamente, con sus obligaciones en materia preventiva más que en vigilar directamente a los trabajadores de dichas empresas en la ejecución de su prestación de trabajo, razón por la cual, por un lado, la Administración deberá exigir al adjudicatario una acreditación por escrito de que, antes del inicio de la actividad objeto de la concesión, ha realizado la correspondiente evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva para la ejecución de la misma (arts. 10.1 y 10.2 Real Decreto 171/2004) y, por otro, deberá verificar, también con carácter previo al comienzo de las actividades, que toda suerte de contratistas y subcontratistas han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellos (art. 10.3 Real Decreto 171/2004).

⁹⁵⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C., en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Coord.): *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social*, Pamplona, 2003, págs. 445-446.

⁹⁵¹ VALVERDE ASENCIO, A.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Valencia, 1997, pág. 25.

⁹⁵² TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Prontuario de seguridad y salud laboral en la construcción*, Pamplona, 2004, pág. 103.

⁹⁵³ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, *AL*, núm. 1, 1992, pág. 369.

Estas dos importantes manifestaciones del deber de vigilancia (la de exigir acreditación y la de comprobación de la coordinación) no agotan, sin embargo, su contenido, pues parece dudoso que a la Administración le baste la mera constatación inicial del cumplimiento de estas cautelas formales para poder contar, durante la vigencia de toda la contrata, con una garantía de inmunidad a la responsabilidad solidaria del art. 42.3 LISOS. El carácter público de la infraestructura obliga a la Administración a no desentenderse del cumplimiento del contrato en sus diferentes fases⁹⁵⁴, no en vano el deber de vigilancia es un deber de tracto sucesivo, lo cual significa que su cumplimiento exige su despliegue y ejercicio tanto en el momento de concertación de la contrata como a lo largo de toda su ejecución⁹⁵⁵.

La instauración legal de ese deber de seguridad que vincula a la Administración coloca a ésta en una posición de garante del cumplimiento de un deber impuesto originalmente al adjudicatario de la obra pública que es el titular de la relación de trabajo⁹⁵⁶. Tal y como está redactado el artículo 42 LISOS, la Administración comitente, el concesionario y las diversas empresas contratistas o subcontratistas involucradas en la construcción de la infraestructura, van a quedar en un mismo nivel de sujetos responsables con relación a la protección del empleado al servicio del adjudicatario o de las empresas auxiliares. Los trabajadores, contratados por el adjudicatario de la concesión o por las empresas contratistas y subcontratistas, quedan protegidos como si fuesen operarios al servicio de la Administración, pues de no existir o de no haberse permitido el recurso a la concesión los hubiese tenido que contratar directamente⁹⁵⁷. Queda salvada, así, la exoneración de responsabilidad del promotor en el tenor de la Ley 32/2006.

Obsérvese, además, que de la redacción del art. 42.3 LISOS se deduce que la Administración no sólo responde administrativamente del incumplimiento de su deber de vigilancia sino también solidariamente de la sanción impuesta al concesionario o subcontratista por el incumplimiento de sus obligaciones preventivas, de modo que no se sancionará a la Administración por el incumplimiento de su deber de vigilancia en el caso de que el concesionario o subcontratista no

⁹⁵⁴ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "Prerrogativas y derechos de la Administración", en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, pág. 267.

⁹⁵⁵ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 370. En la jurisprudencia, por todas, STS, Social, 14 junio 2005 (TOL 675689).

⁹⁵⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", *RL*, núm. 13, 1998, pág. 380.

⁹⁵⁷ LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Madrid, 2002, pág. 165.

incumplan sus obligaciones en materia de seguridad y salud⁹⁵⁸. *A sensu contrario*, la Administración “responderá de forma automática una vez verificado el incumplimiento del concesionario o subcontratista e independientemente de que pueda apreciarse una inobservancia de su deber de vigilancia”⁹⁵⁹. Esta consecuencia contrasta con la regla general de responsabilidad del contratista y la Administración prevista en el art. 198 LCSP, en virtud del cual será el contratista el obligado a indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo cuando hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

Es más, el carácter solidario de la responsabilidad atribuida al Ente público no deja de ser criticable, pues no respeta la exigencia de los principios de imputabilidad y culpabilidad en toda sanción pública, sin excepción para las de orden administrativo⁹⁶⁰. Si en la responsabilidad patrimonial no hay obstáculo para la solidaridad, en materia de responsabilidad administrativa, que es la establecida en la LISOS, la conclusión ha de ser distinta, entre otras razones porque “parece condición necesaria que los hechos sean imputables al empresario que se declara responsable”⁹⁶¹. Más acertado sería reconocer, por tanto, la responsabilidad propia y personal de cada empresario involucrado en la construcción de la obra pública: la Administración, por incumplimiento de las obligaciones legales en la prevención de riesgos laborales de carácter imperativo o *ius cogens* que a ella se atribuyen⁹⁶², el concesionario, por las infracciones por él cometidas, y los contratistas, por las que a ellos les corresponden⁹⁶³, imponiendo sanciones diferenciadas aun cuando tanto la Administración como el concesionario estén obligados a la vigilancia del cumplimiento de las normas de salud y seguridad en el trabajo⁹⁶⁴. Así, debería de

⁹⁵⁸ STS, Social, 23 julio 2001 (Rec 452/1996).

⁹⁵⁹ GOERLICH PESET, J. M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL*, núm. 8, 1997, pág. 146. Contra, MARTÍNEZ LUCAS, J.: *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, Valencia, 1996, pág. 24.

⁹⁶⁰ BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Valencia, 1998, pág. 41.

⁹⁶¹ GARCÍA MURCIA, J.: “La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio”, *DL*, núm. 68, 2003, pág. 137.

⁹⁶² STS, Social, Madrid 20 noviembre 2002 (AS 661).

⁹⁶³ GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral*, Madrid, 1989, pág. 163.

⁹⁶⁴ DEL VAL TENA, A.: “La responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas: del supuesto de hecho a la diversidad de regímenes”, cit., pág. 111.

haberse pronunciado expresamente la Ley 32/2006, si lo que de verdad pretende es reducir los índices de siniestralidad en las construcciones de obra pública.

No deja de ser criticable, también y a la postre, el hecho de que en los pliegos de condiciones de los contratos administrativos de obras o de las concesiones de obras públicas se incluya una cláusula a partir de la cual el nombramiento y el abono de los honorarios del coordinador de la obra sean a cargo del contratista constructor, lo cual no deja de plantear importantes problemas, por tratarse de una obligación indelegable e intransmisible, al quedar convertido quien debe realizar las funciones inherentes a tal cargo en subordinado de quien lo ha nombrado y puede revocarlo de su puesto⁹⁶⁵. Procede, pues, corregir de inmediato este vicio administrativo.

7. UNA CUESTIÓN LAMENTABLEMENTE OLVIDADA: EL USO DESVIADO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

A medida que se han venido incrementando las tareas a realizar en la Administración Pública se ha visto la necesidad de habilitar a favor de la misma una gran variedad de mecanismos de contratación para afrontar estas nuevas actividades, lo cual se ha llevado a cabo a través de diversas fórmulas contractuales tanto en régimen administrativo como laboral⁹⁶⁶. La utilización por las Administraciones del contrato de trabajo a la hora de reclutar a su personal, manteniendo en paralelo las figuras tradicionales de prestación de servicios en el ámbito público, ha hecho surgir, entre otros muchos problemas interpretativos, el de distinguir adecuadamente el uno de las otras⁹⁶⁷. Con anterioridad a la LMRFP, y para determinados ámbitos y funciones, cabía acudir en un amplio número de supuestos a contratos de servicios en régimen administrativo a través, sobre todo, de los llamados contratos de colaboración temporal⁹⁶⁸.

⁹⁶⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: "La obligación genérica del empresario de proteger la seguridad y salud de los trabajadores", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, 2006, pág. 8.

⁹⁶⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 2000, págs. 673 y ss.

⁹⁶⁷ Sirvan de ejemplo, entre muchas, las SSTs, Social, 27 mayo 1992 (Ar. 3678), 12 enero y 2 febrero 1994 (AS 52 y 782) y 19 mayo 2005 (TOL 668428) ó SSTSJ, Social, La Rioja 25 noviembre 1992 (Ar. 3415) y 20 marzo 2001 (Ar. 198), Castilla-León/Burgos 2 noviembre 2004 (TOL 581457) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337).

⁹⁶⁸ GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada, 1999, pág. 129.

Retrotrayendo la mirada, procede destacar cómo, en un principio, el art. 6.2 b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (LFCE), autorizaba su suscripción cuando el objeto fuera la cooperación durante un período dado en las tareas de la respectiva dependencia en consideración al volumen de la gestión encomendada al Ministerio o centro, si por exigencias y circunstancias especiales de la labor no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera a disposición del organismo. Con posterioridad, el Decreto 1742/1966, de 30 de junio, dispuso una regulación más pormenorizada de este tipo contractual, estableciendo –como límite– que su duración no podía ser, en ningún caso, superior al año. Por su parte, el art. 25.1 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobado por el Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, autorizaba su utilización a las Corporaciones Locales para “labores administrativas o técnicas concretas y con una duración no superior a un año”. De este modo, aun cuando se contemplaba como una válvula de escape de carácter excepcional, capaz de aliviar la rigidez del corsé funcional, poco idóneo para seleccionar personal urgentemente o para casos de extraordinaria especificidad de la prestación⁹⁶⁹, en verdad esta fórmula fue utilizada con asiduidad como alternativa para eludir la aplicación de la normativa social⁹⁷⁰.

Por tal razón, no puede extrañar que tras la aprobación de la Ley 30/1984, el panorama descrito cambiara radicalmente, pues aquella prohibió expresamente el recurso a la colaboración temporal (disposición adicional 4ª.1 LMRFP), admitiendo sólo con carácter excepcional y único la contratación en régimen administrativo “para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales” (disposición adicional 4ª.2 LMRFP)⁹⁷¹. La figura quedaba relegada al campo de lo extraordinario (conforme indican los calificativos “específicos”, “concretos” e “inhabituales”), vinculada a trabajos desarrollados por cuenta de las Administraciones públicas pero fuera de su círculo de organización y dirección⁹⁷². Ahora bien, considerando que su duración no podía exceder de un año, salvo (óbice demasiado amplio, sin duda) cuando fueran complementarios de otros de obras o lo

⁹⁶⁹ ROQUETA BUJ, R.: “La contratación administrativa del personal: evolución”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 188.

⁹⁷⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones públicas*, Sevilla, 2006, pág. 108.

⁹⁷¹ CEGARRA FERNÁNDEZ, F. J.: “La definitiva exclusión del personal contratado para ‘trabajar en el exterior’ del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado”, *REDT*, núm. 123, 2004, pág. 515.

⁹⁷² LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995 pág. 232.

exigiera la naturaleza y circunstancias de la prestación (en cuyo caso la duración de aquellas obras o de la prestación situada en su base objetiva eran las encargadas de determinar su extensión temporal), quedaba abierta una certera brecha de utilización fraudulenta y retorno a la situación anterior; de ahí la utilización de expresiones tan significativas como el “mal muerto contrato administrativo de servicios”⁹⁷³, pues “o bien nunca murió [de hacerlo el art. 6 a) LFCE mantendría su vigor, si bien de manera excepcional y limitada] o bien había resucitado o, simplemente, algo más que su espectro campeaba por las Administraciones públicas”⁹⁷⁴.

Con posterioridad, la quiebra mentada se vio firmemente ampliada cuando la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, no sólo mantuvo esta última figura, sino que introdujo a su lado otra: los contratos administrativos de consultoría, asistencia y servicios (art. 197), susceptibles de suscitar sospechas similares⁹⁷⁵. El art. 197.4 LCAP de 1995 definía los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales como aquellos que no estando incluidos en los de consultoría y asistencia o de servicios, se celebraran excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pudiera “ser atendido por la labor ordinaria de sus órganos”. Tal definición negativa suscitó graves problemas de aplicación práctica y utilización fraudulenta –por excesiva– de la modalidad, dando pie a una dosis litigiosidad altísima, capaz de llevar a su derogación expresa por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

⁹⁷³ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, 1985, pág. 10.

⁹⁷⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 237.

⁹⁷⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: “Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 726. Por extenso, ANIORTE SANZ, R.: “El fraude de Ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, *RTSS (CEF)*, núm. 206, 2000, págs. 81 y ss. En la doctrina sobresalen, además, las aportaciones de CASTILLO BLANCO, F. A.: “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *REDA*, núm. 86, 1995, págs. 193 y ss.; ROMERO RODENAS, M. J.: “Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas”, *AL*, núm. 25, 1998, págs. 493 y ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a. P.: “Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado”, *TL*, núm. 41, 1997, págs. 25 y ss.; GARCÍA PIQUERAS, M.: “El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo”, *RL*, núm. 11, 1998, págs. 8 y ss. o, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, MARTÍNEZ BLANCO, A.: “El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, *DA*, núm. 194, 1982, págs. 5 y ss. Con carácter general es especialmente recomendable el estudio de CAMPS RUIZ, L. M.: *La contratación laboral temporal para ocupar puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1990, especialmente págs. 60 y ss.

Con todo, aun cuando la manifestación siguiente de este *iter* normativo, incorporada al texto de la LCAP, tuvo como fin último y principal poner freno a los conflictos surgidos a resultas de la utilización abusiva de estas vías, ciertamente siguieron manteniéndose los contratos de consultoría, servicios y asistencia, los cuales, habida cuenta su amplia y flexible configuración legal, podían ser utilizados también para dar cobertura formal a relaciones laborales encubiertas por las siguientes razones fundamentales⁹⁷⁶:

1. Su objeto aparecía conformado en el tenor de la LCAP a partir de una noción de servicios consistentes en prestaciones de carácter intelectual por parte del contratista o sujeto adjudicatario del contrato, presentándose como fórmulas abocadas básicamente a convenios con profesionales⁹⁷⁷. Buena prueba de ello era tanto la enumeración de las tareas encargadas de dotarlo de contenido sustantivo (especificadas en el art. 196.2 LCAP)⁹⁷⁸, como el hecho de añadirse una cláusula residual capaz de permitir su aplicación a “otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las cuales también predominaran las de carácter intelectual, en particular, los contratos que la Administración celebrara con profesionales, en función de su titulación académica, así como aquellos otros para el desarrollo de actividades de formación del personal al servicio público”⁹⁷⁹. En torno a esos dos datos, aparecían diversos objetos en cuyo contenido se entremezclaban y superponían –y no constaba intención alguna del legislador en orden a diferenciar la consultoría y la asistencia– actividades y prestaciones diferentes, algunas de las cuales claramente de consultoría en tanto se recurría al estudio, informe o apoyo técnico de personas expertas ajenas a la Administración, y otras más bien de asistencia o colaboración con aquélla para la realización de determinadas tareas. Pero en todos los casos se trataba de actuaciones que requerían

⁹⁷⁶ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: “Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?”, cit., pág. 728.

⁹⁷⁷ SSTSJ, Social, Asturias 17 septiembre 2004 (AL, núm. 3, 2005, págs. 344 y ss.) y Aragón 4 abril 2005 (TOL 682133).

⁹⁷⁸ Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: 1ª. Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. 2ª. Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. 3ª. Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A.: *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, pág. 13.

⁹⁷⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: “El contrato de consultoría y asistencia tras la reforma de la LCAP con ocasión de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre”, *REDA*, núm. 107, 2000, págs. 389 y ss. ó AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1.085.

una considerable especialización y estar en posesión de conocimientos técnicos específicos (certificados a través de la titulación académica) que no podían ser satisfechos o prestados por los propios medios personales con que contaba la Administración, razón por la cual no mediaba inconveniente para poder efectuarlas también a través de un vínculo laboral para obra o servicio determinado⁹⁸⁰.

La discrecionalidad de que parecía gozar la Administración para elegir entre una u otra vía era prácticamente absoluta⁹⁸¹, pues los contratos administrativos de consultoría y de asistencia partían únicamente del “carácter excepcional de las tareas encomendadas, es decir, debía tratarse de una necesidad no generalizada, ocasional, una tarea que ocurría rara vez o que se apartaba de lo ordinario”⁹⁸², circunstancias que no eran extrañas a la contratación laboral temporal. Las necesidades cubiertas a través de este tipo de contratación administrativa, al igual que las copadas por la contratación laboral para obra o servicio determinado, “eran, pues, de carácter no perdurable sino espontáneo y hasta cierto punto perentorio para el Ente público, y además no se preveía que adquirieran carácter permanente”⁹⁸³. En definitiva, lo contratado debía ser “un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente de su resultado final”⁹⁸⁴.

2. Mientras el contrato de consultoría y asistencia se caracterizaba, en la LCAP, por su componente predominantemente intelectual, el de servicios (“nuevo cajón de sastre por su heterogeneidad”)⁹⁸⁵ se orientaba a la realización de actividades de carácter preferentemente manual⁹⁸⁶: a) técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga no comprendido en aquel primero o en otros regulados de manera expresa en la LCAP; b) complementario para el fun-

⁹⁸⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a. P.: “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, cit., pág. 168.

⁹⁸¹ SJS, núm. 33, Madrid 24 mayo 2005 (AS 2005, 1717), comentada por SELMA PENALVA, A.: “Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública”, AS, núm. 11, 2005, págs. 30 y ss.

⁹⁸² PÉREZ LUQUE, A.: *Personal temporal de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1989, pág. 25.

⁹⁸³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, pág. 305.

⁹⁸⁴ SSTS, Social, 17 octubre 2006 (TOL 1013559), 30 abril 2007 (TOL 1079860), 26 junio 2007 (TOL 1143893), 24 julio 2007 (TOL 1138596) y 20 junio 2007 (TOL 1143893).

⁹⁸⁵ AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1.087.

⁹⁸⁶ SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, cit., pág. 942.

cionamiento de quien los requiera; c) de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones; o d) programas de ordenador desarrollados a medida por el “empleador”, de libre utilización para éste⁹⁸⁷.

Habida cuenta la generalidad en la formulación legal de los supuestos, su posible contenido se asimilaba, en la práctica, en unos casos al expresamente enunciado como propio de la contratación temporal laboral y, en otros, como una variante para reabrir la puerta pretendidamente cerrada con la supresión de los contratos para trabajos específicos:

- a) La LCAP se refería expresamente a determinadas actividades de considerable similitud con algunas de las ocupaciones reservadas por la entonces vigente LMRFP al régimen laboral en su art. 15.1 c): trabajos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, de artes gráficas y de realización de encuestas. Así, la coincidencia de objeto era en ocasiones plena, conforme sucedía con la realización de encuestas; en otras, aun cuando la formulación legal no era exactamente idéntica, la labor a realizar era asombrosamente similar, según acontecía con las de mantenimiento y conservación de equipos e instalaciones⁹⁸⁸.
- b) Junto a la enumeración de supuestos concretos, la LCAP incluía una definición negativa o excluyente de su ámbito material cuando se trataba de la realización de actividades técnicas, económicas, industriales, comerciales o análogas (art. 196.4), cometidos susceptibles de ser llevados a efecto mediante contratos laborales para obra o servicio determinado⁹⁸⁹. Dicha cláusula de cierre permitía, además, la formalización de un vínculo de esta naturaleza para el desempeño de tal tipo de quehaceres si no era posible acudir a la consultoría o asistencia, lo cual recordaba en buena medida la función en su momento adjudicada a los contratos para trabajos específicos⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ PADROS, X. y FORTUNY, J. M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Barcelona, 1995, págs. 220 y ss.

⁹⁸⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a. P.: “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, cit., pág. 168.

⁹⁸⁹ MORENO MOLINA, J. A.: “Los contratos de consultoría, asistencia y servicios”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2^a edición, Madrid, 2004, págs. 1.061 y ss.

⁹⁹⁰ MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *El nuevo reglamento de contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2001, pág. 200.

- c) Por si la similitud de objeto no quedaba suficientemente evidenciada, el art. 15.1 c) LMRFP, en aquel momento en vigor, se refería a la posibilidad de acudir a la vía laboral para ocupar puestos correspondientes a cuantas áreas de actividad requerían conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros acreditaban la preparación específica necesaria para su desempeño. El supuesto encaja perfectamente dentro de los contratos de consultoría y asistencia si se trataba de un profesional a quien se contrataba por su titulación académica, lo cual sucedía en la mayoría de los casos, y dentro de los de servicios cuando no era factible en los anteriores⁹⁹¹.
- d) Algunos de estos últimos quedaban excluidos de cualquier posible calificación como contratos administrativos típicos. Eran, de un lado, los de seguros, bancarios y de inversiones, y, de otro, cuantos tuvieran por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos⁹⁹². Siendo clara la exclusión de los contratos financieros, los cuales se regían por las clásicas reglas privadas, al no requerir una especial protección del interés general y un despliegue de prerrogativas por parte de la Administración, no podía decirse lo mismo de los artísticos, pues la intervención del Ente público quedaba limitada a la preparación y adjudicación, sin posibilidad alguna de modificar o resolver el vínculo, pues, sin duda, “el arte, la personal interpretación o la singular genialidad presidían el cumplimiento de las obligaciones personalísimas que integran su contenido”, razón por la cual el trabajador-artista adquiría la condición de fijeza hasta la finalización de la obra (*certus an, incertus quando*)⁹⁹³.

En definitiva, y al calor de las reflexiones anteriores, aun cuando los contratos que suscribía la Administración con profesionales en función de su titulación deberían haberse restringido en la LCAP a aquellas labores en las cuales predominaran las prestaciones de carácter intelectual y además no supusieran la realización de las tareas propias de los empleados públicos⁹⁹⁴, en realidad la ausencia de tal previsión, unida a la amplia formulación bajo la cual se describían los cometidos a cubrir a través de la consultoría, acabaron siendo un “cajón desastre” en el cual incluir todas las fórmulas no enunciadas expresamente en la normativa reguladora. De esta for-

⁹⁹¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a. P.: “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, cit., pág. 170.

⁹⁹² FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3^a edición, Barcelona, 2003, pág. 696.

⁹⁹³ FUERTES LÓPEZ, M.: “Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*, Vol. VI, 2000, pág. 41.

⁹⁹⁴ MORENO MOLINA, J. A.: *El nuevo régimen de la contratación administrativa*, 2^a edición, Madrid, 2000, pág. 664.

ma, la práctica totalidad de los contratos formalizados con “profesionales” podían tener esta naturaleza, ya viniera atribuida de forma directa, por resultar encuadrables en el objeto propio de los de consultoría o asistencia, o de forma indirecta, esto es, los celebrados para la prestación de servicios técnicos, económicos, industriales o comerciales, no enumerados en el objeto de aquéllos. Es más, la mayor parte de cuantos no hubieran de materializarse con tales sujetos podían también adquirir carácter administrativo, bien por tratarse de alguno de los supuestos enumerados expresamente entre estos últimos (mantenimiento, conservación, limpieza de bienes, etc.), bien por presentar un carácter técnico, económico, industrial o comercial y no resultar factible su reenvío a los de consultoría y asistencia, al no tener por contraparte a alguien en función de su titulación académica⁹⁹⁵.

La proximidad de objeto, el empleo de fórmulas legales excesivamente abstractas, la especial posición de prevalencia reconocida a la Administración y cierta obsesión por huir del Derecho del Trabajo y de sus mecanismos de protección, se tradujo en la práctica en un uso abusivo, desviado y fraudulento de los contratos administrativos aquí analizados⁹⁹⁶, lo cual provocó un resultado harto deplorable calificado como “el fenómeno de la función pública paralela”⁹⁹⁷, “tan arbitraria cuanto, por lo mismo, abierta a la inseguridad jurídica”⁹⁹⁸. Este recurso inapropiado ha venido

⁹⁹⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a. P.: “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, cit., pág. 170.

⁹⁹⁶ MORA MATEO, J. E.: “La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, págs. 135 y ss.

⁹⁹⁷ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989, págs. 424 y ss. ó NIETO GARCÍA, A.: “La noche oscura de la función pública”, *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 13, 1980, pág. 10.

⁹⁹⁸ “La dificultad misma de la opción explica la aparición de híbridos de calificación difícil como la de los contratos administrativos temporales, la calificación de cuyo régimen como laboral o funcionarial es por completo arbitraria; quiero decir que no obedece, en general, a un criterio objetivo, aun cuando tampoco obedezca a meras ocurrencias, salvo cuando encubran patronazgo político, sino a consideraciones eventualmente atendibles, de oportunidad”, ALONSO OLEA, M.: “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989, pág. 57. La doctrina judicial [sobre el sólido análisis crítico de GARCÍA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos*, Granada, 1999, págs. 141 y ss.] discurre, en este sentido, por un cauce “unívoco y lineal”: “lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de Ley que la autorice y su sometimiento a la misma, lo cual significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión de quienes lo conciertan, de acuerdo con las Leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual... Esta exclusión permite, en principio, romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicio establecida en el art. 8.1 ET y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción; ahora bien —excepción de la excepción—, el art. 8.1 ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto”. Únicamente la actuación hermenéutica sobre la Ley ha permitido ir recortando progresivamente el voluntarismo, según muestran de forma más acabada las SSTS, Social, 2 y 10 febrero y 27 abril 1998 (Ar. 1248, 1798 y 3870), 17 diciembre 2004 (rec. 4178/2003) y

dado en unos casos por la cobertura de una necesidad permanente con sucesivos vínculos, y en otros por la mera celebración de alguno de este tipo para hacer frente a una necesidad que, aun temporal, por sus características cae fuera de su objeto, dando ocupación, en realidad, “a verdaderos trabajadores en el sentido propio determinado en el ET para prestar actividades atinentes a una naturaleza enteramente laboral”⁹⁹⁹, sin desconocer tampoco los riesgos de una contratación libre de servicios de “*casual workers*” con escasa cualificación, acentuando la excesiva precariedad y temporalidad en el seno de las Administraciones públicas.

Dos importantes hitos normativos pretenden corregir esta deplorable situación, con más fortuna el primero que el segundo. Así, de un lado, el EBEP deroga la disposición adicional 4.2 LMRFP, clasificando a los empleados públicos, sin ninguna vía de escape, en las cuatro categorías siguientes: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual (art. 8). De otro, la LCSP suprime, en buena lógica, la categoría de contratos de asistencia y consultoría que tantos problemas venían planteando, pero (aquí es donde surge, de nuevo, la crítica), en el intento de depurar el concepto de contrato de servicios vuelve a cometer el mismo error (incluso agravado) que su precedente, pues utiliza términos todavía si cabe más abstractos. De esta forma, define esta modalidad contractual como aquélla, cuyo “objeto sean prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro” (art. 10, con remisión al Anexo II –modificado por el RDLCSP–, en el cual se incluyen 27 supuestos redactados de forma excesivamente lata), siempre y cuando “los servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos” (art. 277.1). Únicamente se esfuerza en dejar claros los plazos máximos (cuatro años excepcionados en múltiples ocasiones) de vigencia del presente contrato (art. 279)¹⁰⁰⁰ y en señalar la responsabilidad del contratista respecto de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se

14 octubre 2008 (TOL 1407898), las SSTSJ, Social, Cataluña 23 diciembre 2003 (TOL 475115), Murcia 8 marzo 2004 (TOL 393866), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 14 marzo y 1 septiembre 2005 (TOL 733677 y AS 805), Madrid 12 abril 2005 (TOL 634038), Valencia 14 julio 2005 (TOL 700877), Navarra 30 septiembre 2005 (TOL 733485) y Cantabria 22 octubre 2008 (JUR 359405) ó la SJS, núm. 31, Madrid 21 marzo 2005 (AS 1153), comentada por PALOMAR OLMEDA, A.: “De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas”, AS, núms. 7-8, 2005, págs. 32 y ss.

⁹⁹⁹ CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2003, pág. 141.

¹⁰⁰⁰ Cabe prórroga por acuerdo de las partes por una duración no superior a seis años. No obstante, la celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente (art. 279.1 LCSP). Es más, los contratos que sean complementarios de contratos de obras o suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que no excederá del plazo de duración del contrato principal (art. 279.2 LCSP).

deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas de la ejecución (art. 281.2).

No ha sido aprovechado, por tanto, el contexto de la reforma recientemente tramitada para incrementar la limitación de la libertad contractual de la Administración, elevando los elementos reglados, con el fin último, no tanto de evitar abusos de su posición dominante contra el contratante, sino de eliminar prácticas corruptas derivadas de la colisión entre los administradores públicos y los contratantes privados, protegiendo a la Administración contra sus propias debilidades para el mejor servicio del cumplimiento de sus fines y el buen uso de los fondos públicos frente a las malas prácticas detectadas en muchos casos. La cautela prevista en el art. 277.4 LCSP, tendente a dejar claro que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”, es a todas luces insuficiente, pues de poco sirve esta caución legal, dejada en manos del Ente público, si no puede contribuir a erradicar el lema: “contrate usted a quien quiera y en la forma que desee, mantenga la irregularidad, pronto conseguirá un empleado público (y un nuevo voto político, sindical o ambos a la vez)”¹⁰⁰¹. Tampoco sirve de mucho la exigencia de autorización conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas para proceder a la contratación temporal de nuevos efectivos (Orden 824/2009, de 30 de marzo, por el que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueban medidas de austeridad y eficiencia en materia de empleo público), pues ello no deja de ser un mero trámite burocrático a incorporar dentro de la documentación preparatoria del contrato sin mayor trascendencia. En definitiva, “la contratación administrativa debería quedar sometida, en la realidad, a los mismos principios que el resto de la actividad administrativa, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 CE), y habría de realizarse sirviendo con objetividad a los intereses generales y de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103 CE)”¹⁰⁰². El legislador ha dejado pasar una importante oportunidad para dar un nuevo sentido al contrato de servicios. Por el contrario, la arbitrariedad vuelve imperar en un terreno en el cual debería quedar totalmente eliminada.

¹⁰⁰¹ BORRAJO DACRUZ, E.: “Los nuevos contratos laborales o la magia social de las Leyes pactadas”, *AL*, suplemento al núm. 26, 1997, pág. 642.

¹⁰⁰² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 11, 2005, pág. 6.

VI | RECAPITULACIÓN

Aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la verdad es que puede tener un extraordinario poder de conformación social sobre el tejido empresarial. No cabe duda de que las Administraciones públicas pueden condicionar a las empresas a que observen determinados comportamientos (sin obligarles coactivamente a ellos), utilizando el radical señuelo de los intercambios económicos, que se verán más o menos favorecidos en la medida en que las entidades empresariales adopten programas o actuaciones que los poderes públicos desean fomentar. Es más, las propias instituciones europeas han mantenido (e incluso alentado) la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema (suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus bienes o servicios a las entidades adjudicadoras situadas en otro Estado miembro). Incluso, la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, reconoce expresamente, en su art. 27, la posibilidad de que el poder adjudicador pueda establecer obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y, por lo que aquí interesa, a la tutela de las condiciones de

trabajo. Bajo tales premisas, no puede extrañar que una de las principales novedades introducidas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), consista precisamente en la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación administrativa consideraciones de tipo social, configuradas “como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas, prefigurando una estructura que permita acoger en el futuro pautas de adecuación de los contratos a los nuevos requerimientos éticos y sociales” (Exposición de Motivos).

La preocupación del sistema de contratación pública por promocionar un impulso en un determinado sentido a la actividad de los empresarios privados, en cuanto ello puede contribuir a la satisfacción de fines de interés común, obliga a descender al detalle de algunas de las implicaciones jurídico laborales derivadas de tal planteamiento, con el fin de tratar de dar cuenta de los diferentes mecanismos que el Derecho del Trabajo diseña para llevar a la práctica tal compromiso, no sin dejar de detectar ciertas distorsiones o disfuncionalidades del ordenamiento jurídico entre normas sociales y administrativas, principalmente por lo que afecta a los siguientes supuestos:

- I. La selección de los contratistas privados por la Administración ha remitido siempre, como regla general, a fórmulas de licitación pública con las cuales pretende garantizarse tanto la igualdad de los particulares como la obtención, a través de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés general. Sin quebrar esta premisa de partida, la disposición adicional 6ª de la LCSP parte del carácter social *in genere* que es aplicable a ciertos contratos administrativos, a la vista de las características de los sujetos de los que se predica una preferencia en la adjudicación, siempre y cuando concurren los dos requisitos siguientes: de un lado, su previsión expresa en el pliego de condiciones particulares del contrato a adjudicar, quedando, por tanto, en manos del órgano de contratación la posibilidad de establecer o no la preferencia; de otro, la proposición que se califique como prioritaria ha de contener una oferta que iguale a otra u otras de las presentadas, de entre las que resulten más ventajosas por aplicación de los criterios objetivos de adjudicación establecidos en el contrato en cuestión. Cumplidos tales requisitos, la propia disposición adicional 6ª agrupa a los destinatarios de la preferencia en la adjudicación del contrato en cuatro órdenes distintos, cuya cualificación viene determinada por el interés social, que de uno u otro modo deriva de sus características:

- A) El primero viene integrado por aquellas empresas, que tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos superior al 2 por 100. Se trata de una medida de “empleo selectivo”, tendente a doblar una voluntad empresarial poco inclinada a contratar a quien no asegure un rendimiento laboral óptimo, haciendo gala de lo que se ha dado en llamar discriminación positiva, cuya plena constitucionalidad ha sido reconocida por el máximo intérprete de la Norma Fundamental. Aun cuando la inserción laboral de las personas incapacitadas es desde luego una de las medidas de mayor calado social en los tiempos actuales, el diseño jurídico de la preferencia aquí analizada plantea las siguientes cuestiones:
- a) La empresa beneficiaria de la misma puede ser pública o privada. La segunda de estas dos modalidades no presenta problemas, pues, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (sociedad, empresario individual, asociación, fundación...), quedan incluidas en el ámbito de aplicación. En cambio, las primeras han de revestir auténtica “forma jurídico-privada”, es decir, por encima de todo han de ser “empresas”, sometidas sin excepción, directa ni indirecta, a las mismas reglas de competencia operativas en el mercado, de modo que el adjetivo “públicas” viene a indicar tan sólo un modo particular de actuar, en cuanto manifestación de la iniciativa administrativa en la economía con el fin de satisfacer intereses generales.
 - b) El parámetro del 2 por 100 queda referido a la plantilla total de la empresa, lo cual engloba, desde luego, sus posibles subdivisiones productivas, por más singularidad y autonomía que ostenten. Es más, la inexistencia de un volumen mínimo de trabajadores sobre el cual aplicar el referido porcentaje conlleva, como lógica consecuencia (beneficiosa a todas luces), que las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestro entorno empresarial y fuentes destacadas de la creación de empleo, también puedan contribuir a la inserción del colectivo de minusválidos. No quedan claros, sin embargo, los criterios para efectuar dicho cómputo.
 - c) El mutismo sobre las modalidades contractuales en virtud de las cuales estuvieran vinculados los discapacitados con la empresa es absoluto, debiendo dar cabida a cualquiera de las existentes en el ordenamiento laboral: indefinidas o temporales, a tiempo completo o parcial, quedando incluidos –lógicamente– los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal. Únicamente se aclara que si varias empresas licitadoras, de las que hubieran empatado en cuanto a la proposición más ventajosa, acreditan tener relación laboral con personas minusválidas 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. La preocupación por mantener la estabilidad en el empleo y permitir una adaptación adecuada al mundo laboral de los discapacitados no puede sino valorarse de forma positiva, pero debería haberse visto acompañada, no obstante, por algún tipo de previsión tendente a evitar que, durante el tiempo de vigencia del contrato administrativo, el empresario adjudicatario pueda despedir a los trabajadores minusválidos sin causa justificada y así reducir el porcentaje de reserva; es más, si el despido resultara procedente o el contrato se extinguiera por causa distinta como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, la voluntad del trabajador discapacitado o su fallecimiento, debería imponerse la obligación de sustitución de los afectados por otros trabajadores que cumplan las mismas características. Sólo así quedaría salvaguardado el espíritu de la norma y se evitarían hipotéticas situaciones de fraude, en las cuales en el momento de efectuar la licitación la intención del empleador (ayudado por el empleado, en los supuestos de connivencia) únicamente pretendería conseguir la adjudicación del contrato administrativo, pero no proporcionar un empleo de larga duración a un porcentaje determinado de personas discapacitadas.

- d) Tampoco se precisa el grado de minusvalía exigido para entender cumplida la cuota, lo cual beneficiará lógicamente a aquellos discapacitados cuya limitación sea menos acusada, marginando a las personas aquejadas de minusvalías más severas (sobre todo, discapacitados psíquicos). Quizá por esta razón, la LCSP ha intentado reforzar la inserción laboral de las personas incapacitadas a través de otras medidas, singularmente las tres siguientes: 1) El art. 49 c) de la LCSP impide contratar con la Administración a aquellas personas (físicas o jurídicas) en quienes concurren determinadas circunstancias y, entre el elenco allí listado, la de “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de... integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad”, abarcando cualquier contravención dotada de gravedad del cúmulo de las obligaciones establecidas tanto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, como en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 2) El art. 101.1 de la LCSP determina que “las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal y como son definidos en la Ley 51/2003”. Se trata de una previsión de hondo calado para el colectivo aquí analizado, no en vano estas prescripciones resultan pieza esencial del expediente de contratación, pues completan la cláusula administrativa al tiempo que definen el compromiso contractual, máxime cuando en el supuesto de no ser posible

definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia por el órgano de contratación. 3) La disposición adicional séptima de la LCSP recoge la posibilidad de reconocer una “reserva de participación en procesos de licitación para centros especiales de empleo o bien una reserva de ejecución de contratos en programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias no pueden ejercer una actividad profesional en condiciones normales”. Ello supone otra de las novedades, incorporadas al nuevo texto legal, tendentes a mejorar las bajas tasas de empleabilidad de los minusválidos más profundos con el solo requisito de que en el anuncio de licitación se haga referencia a esta reserva.

- B) El segundo de los sujetos beneficiados por la preferencia está integrado por aquellas empresas dedicadas específicamente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, cuya menor productividad puede ser un lastre especialmente duro para la organización productiva. En el intento de aclarar quién posee la condición de marginado social, la LCSP hace una enumeración exhaustiva, en la que aparecen, en primer lugar, personas con escasez de recursos económicos, quedando englobados en dicho grupo los perceptores de rentas mínimas de inserción (o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma) o aquellos otros que no puedan acceder a dichas percepciones, bien por no cumplir el período exigido de residencia o empadronamiento o, incluso, por haber agotado el período máximo de disfrute legalmente establecido. Junto a los posibles perceptores de rentas mínimas de inserción, también tienen cabida personas que, aun cuando igualmente pudieran tener problemas económicos, lo que realmente les enmarca en estos colectivos vulnerables, es la existencia de ciertas “dificultades” sociales previas, las cuales les sitúan en distintos procesos de reinserción social. Así, quedan encuadrados los jóvenes, mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de instituciones de protección de menores; personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación privativa de libertad les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales o exreclusos.

Sin embargo, no se hace referencia, lo cual no deja de ser criticable, a los menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2002, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo, así como a los que se encuentran

en situación de libertad vigilada y los exinternos. También se echa de menos algún tipo de alusión a los extranjeros o pertenecientes a determinadas etnias, que suman a su posición laboral como “ajenos” el peso de una discriminación social arraigada. Tampoco aparecen encuadradas en el elenco de sujetos con grandes dificultades de empleabilidad, recogido en la disposición adicional aquí analizada, las víctimas de violencia de género, lo cual no puede dejar de valorarse de forma negativa, máxime cuando la posibilidad de acceso al desempeño de una actividad profesional constituye un importante cauce de normalización de la vida de las mujeres vejadas por sus parejas o exparejas, así como una de las vías más directas para contar con una autonomía económica precisamente en un momento en el que los gastos aumentan.

- C) Cuando el Estado devuelve a la sociedad funciones que él no puede desarrollar con la eficacia deseable, corresponde de una manera predominante a las entidades sin afán lucrativo desempeñar tales tareas en sustitución de las Administraciones públicas, desarrollando, por consiguiente, actividades de interés colectivo o general capaces de garantizar el bienestar social. En este intento de potenciar el denominado tercer sector, cobra pleno sentido el establecimiento de una preferencia a favor de las entidades sin ánimo de lucro en la adjudicación de determinados contratos públicos de carácter social o asistencial, entidades que aparecen como tercer colectivo beneficiario amparado por la disposición adicional 6ª de la LCSP. El carácter altruista es la realidad determinante de la cualificación del sujeto que le hace acreedor de la preferencia. Esta circunstancia suele derivar de la propia manifestación expresa y literal hecha en los actos fundacionales o modificadores de la personalidad jurídica concreta de cada entidad. Sin embargo, la omisión de tal expresión no puede impedir que la ausencia de ánimo de lucro efectivamente se cumpla, siempre y cuando concurra el presupuesto fundamental de su contenido, que consiste, no tanto en la inexistencia de beneficios derivados de su actividad, sino en que éstos no son distribuibles entre los miembros del substrato personal de la entidad, repercutiendo, por el contrario, en las propias actividades y fines solidarios que constituyen el objeto de su propia personalidad.

Pero ello no debe hacer olvidar que aun cuando las entidades no lucrativas se benefician de la prestación de sujetos voluntarios, carentes de retribución, lo cierto es que aparecen también como instituciones “creadoras” de cuantiosos puestos de trabajo en el mercado ordinario, sobre todo por lo que se refiere a los denominados “nuevos yacimientos de empleo”. De ahí la importancia de la preferencia establecida en la adjudicación de los contratos administrativos a favor de las entidades sin ánimo de lucro en cuanto al incremento del empleo

se refiere, máxime si se tiene en cuenta que la escasa formación exigida para desempeñar las ocupaciones propias de las mismas permite que sean realizadas por desempleados, carentes de cualificación, expulsados del mercado laboral como consecuencia de la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación, por jóvenes y en un alto grado también por mujeres. Precisamente, pues, algunos de los colectivos más necesitados.

- D) La Exposición de Motivos de la LCSP hace referencia expresa a la utilización de posibles cláusulas sociales con el fin último de conseguir una acomodación de las prestaciones a las exigencias de un “comercio justo” con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. Desde tal perspectiva, el párrafo 4º de su disposición adicional sexta reconoce “la preferencia en la adjudicación de los contratos que tengan por objeto productos en los que exista alternativa de comercio justo, para las proposiciones presentadas por aquellas entidades reconocidas como organizaciones de comercio justo”. Pese a la confusa redacción de esta disposición, lo cierto es que su puesta en práctica puede suponer un acicate importante a la hora de conseguir que las empresas muestren una mayor implicación frente a todas las formas aún subsistentes de explotación laboral, no en vano el comercio justo no tiene sino como finalidad principal la de ofrecer, vender y promocionar productos que cumplen determinados criterios sociales y de desarrollo, contribuyendo a la erradicación de la pobreza a través de la promoción de oportunidades a favor de pequeños productores y trabajadores de los países más desfavorecidos (Resolución del Parlamento europeo sobre comercio justo y desarrollo). De conformidad con las reglas internacionales sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, contenidas en el Convenio de Roma de 1980, un determinado contrato de trabajo va a quedar sujeto, en la generalidad de los casos, a aquella legislación social propia del país donde el trabajador preste servicios. Sin embargo, la Administración, a través del sistema de contratación pública, puede impulsar que las entidades productivas no se limiten al puro cumplimiento de la legislación laboral interna de la nación en donde operan, aprovechándose de la precariedad de buena parte de estas normativas. Puede conseguir, por tanto, un plus de compromiso de determinadas empresas que les lleve a implementar unos estándares laborales superiores, consistentes en, al menos, respetar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (principalmente, la ONU y la OIT).

- II. Habiendo hecho mención a los requisitos y sujetos beneficiados por la preferencia en la adjudicación del contrato, cabe plantearse, ahora, si los poderes adjudicadores pueden estar habilitados para incluir en los pliegos otros crite-

rios sociales de desempate entre ofertas equivalentes, distintos de los mencionados. Para dar respuesta a este interrogante, procede acudir a lo dispuesto en el art. 34.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIEMH), el cual puede servir de modelo para futuras actuaciones. En virtud de este precepto, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices relativas a la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el contrato de trabajo, “siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava (entonces vigente) de la LCAP” (ahora disposición adicional 6ª LCSP). La propia LOIEMH se esfuerza, además, en diseñar los cauces reales y las manifestaciones concretas a través de las cuales la Administración podrá comprobar que efectivamente la posible empresa adjudicataria promueve la demandada paridad laboral, no en vano contempla la creación de un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado como señuelo en el tráfico comercial de la entidad productiva. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier organización empresarial podrá presentar al Ministerio de Trabajo un balance sobre los parámetros de no discriminación implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados (art. 50 LOIEMH). Para la concesión del mismo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la equidad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la entidad empresarial (art. 46 Ley Orgánica 3/2007). Sin duda, la posesión de tal distintivo puede ser considerado por la Administración como acreditación empresarial precisa para aplicar el criterio social de desempate.

III. Ahora bien, teniendo en cuenta que la incidencia de los supuestos de desempate va a quedar muy reducida en la práctica y despojada de gran parte de su virtualidad, pues es muy difícil que en una licitación pública, donde se desciende hasta un valor infinitesimal, se produzca un verdadero equilibrio entre ofertas, cobra pleno sentido la posible introducción de las consideraciones

sociales en otros momentos del proceso de contratación, singularmente en los dos siguientes:

1º. El art. 134 LCSP reconoce expresamente, como novedad, la inclusión de los criterios sociales entre los baremos de adjudicación, como una aportación más que puede influir, de forma positiva, en la elección de la oferta más ventajosa y en la concreta ejecución del vínculo contractual. En todo caso, estos parámetros deberán de ser objetivos y su aplicación uniforme a todos los empresarios, de modo que no podrán ser discriminatorios ni restrictivos del principio de concurrencia de las licitaciones públicas. Debidamente publicitados, todas las empresas serán conocedoras de los criterios a utilizar por la Administración a la hora de adjudicar el contrato, y todas podrán acomodar a los mismos su política de gestión laboral para concurrir en igualdad de condiciones con las demás. El problema reside, no obstante, en las restricciones a la utilización de las exigencias sociales como pautas de valoración de las ofertas, que el propio art. 134 de la LCSP menciona: a) Utiliza la expresión “oferta económicamente más ventajosa”, en lugar de “oferta más ventajosa”, sin más adjetivos ni adverbios restrictivos, pues la propuesta más ventajosa no debe ser únicamente la más barata en precio, sino que puede serlo también la que genera mayores ventajas en creación de empleo de calidad, en inserción laboral de sectores desfavorecidos, en prácticas contra la discriminación o en cualesquiera otras líneas de política social. b) Insiste en que los criterios estén directamente “vinculados al objeto del contrato”, condicionando tales parámetros a la calidad de la prestación como tal, lo cual, a veces, es difícil de materializar. 3) Aclara que la satisfacción de las exigencias sociales debe responder 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, lo cual supone también una grave limitación (más aún, si cabe, que las anteriores) que el legislador no debería haber impuesto, pues será preciso identificar en cada caso este tipo de necesidades. En ciertas ocasiones, dicha tarea resultará sencilla, tal y como sucede cuando la Administración, que paga una renta mínima o un ingreso mínimo de inserción, contrata con empresas que dan empleo a perceptores actuales o potenciales de dicho subsidio o cuando el Ente público, que proporciona ayudas directas o indirectas a personas en situación o riesgo de exclusión social, contrata con empresas que tengan a su servicio personal de este tipo. Pero en otros muchos supuestos –la mayoría– la cuestión puede complicarse en exceso.

2º. El art. 102 LCSP acoge expresamente la posibilidad de aplicar criterios sociales en la fase de ejecución del contrato, siempre y cuando no sean directa o indi-

rectamente discriminatorios, ni primen a los licitadores locales o nacionales, debiendo además señalarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, no en vano las empresas, al participar en la licitación, se comprometen a cumplir el requisito social señalado en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado, de modo que, en caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos, el órgano de contratación puede optar por resolver la contratación o por imponer las penalidades correspondientes. La cuestión principal queda, no obstante, situada en determinar las vías mediante las cuales puede la Administración verificar el efectivo incumplimiento por el empresario adjudicatario de sus compromisos sociales adquiridos como condiciones de ejecución del vínculo contractual. Sería necesario, por tanto, extremar el cuidado en garantizar que la organización productiva que ha obtenido el contrato administrativo quede sometida a la obligación de soportar auditorías sociales externas destinadas a acreditar el respeto a tales exigencias, información de la que luego se servirá la Administración para adoptar o no la decisión de mantener o extinguir los vínculos adquiridos. También sería interesante que el Ente público pudiera exigir el acceso directo a los centros de trabajo de sus adjudicatarios, para poder comprobar de primera mano (a través de técnicos en la materia) el respeto de los parámetros sociales recogidos en los pliegos, llegando incluso a reservarse la facultad de poder realizar entrevistas privadas a los trabajadores que allí presten servicios para que, libre y anónimamente –ajenos a todo tipo de presión–, puedan describir la situación laboral realmente existente.

IV. Por muy importante que parezca la lista de los supuestos de tutela de intereses sociales incorporada hasta ahora a este discurso, aún es posible encontrar a lo largo del articulado de la LCSP otras previsiones dignas de mención, que, de una forma más velada, inciden también en el objetivo deseado:

A) Atendiendo a la relevancia que en la siniestralidad laboral juegan las concesiones administrativas, las cuales llevan aparejados, directa o indirectamente, un cúmulo de factores de riesgos que actúan sobre los empleados y determinan su mayor vulnerabilidad, no puede extrañar que, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 c) de la LCSP, quede vetada la contratación con la Administración de aquellas empresas sancionadas con carácter firme por “infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales”. Se trata, ante todo, de apartar del tráfico jurídico a determinados sujetos que, por su conducta antecedente en el propio sector en que se desenvuelven, no cuentan con un nivel indispensable de credibilidad personal y pueden crear, además, un peligro adicional. Por tal razón, no se alcanza a

comprender por qué el art. 49.1 c) de la LCSP eleva la entidad de la infracción, capaz de hacer aplicable la prohibición de contratar con la Administración, de grave a muy grave para el supuesto aquí analizado y no para otros, reseñados en el mismo párrafo, relacionados con la contravención de “la disciplina de mercado” o la “materia profesional”, pues en estos últimos casos basta con que se trate de una infracción grave. La entidad de los bienes en juego (derecho a la vida e integridad física) justifica, sin duda, esta crítica.

- B) Teniendo en cuenta que la Administración tiene en la solvencia el mejor instrumento para dominar el vínculo contractual, porque la misma no es sino sinónimo de idoneidad para su ejecución, no puede sino valorarse de forma positiva que en el contrato de obra [art. 65 c) LCSP], en el de servicios [art. 67 g) LCSP] y en el resto [art. 68 LCSP por remisión al anterior], aparezca, entre la enumeración de los medios para valorar la solvencia técnica, la obligación del titular de la organización empresarial de efectuar una “declaración sobre la plantilla media anual de la empresa”, pues ello permite ofrecer una dimensión real de la actividad productiva al margen de ciertas desviaciones como pueden ser las contrataciones de personal a través de empresas de trabajo temporal o de sucesivos contratos *a termino* de escasa duración. Facilita, por tanto, una dimensión constante del volumen de empleo de la entidad empresarial por encima de los altibajos de las cargas de trabajo momentáneas, lo cual repercutirá en una mayor eficacia de la prestación de la actividad pública a favor de los ciudadanos y, al tiempo, reducirá los elevados índices de inestabilidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español y sus deplorables efectos: descualificación, inseguridad profesional y personal, siniestralidad, disminución del consumo, etc.
- C) Los extensos plazos de duración de muchas contrataciones y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquellas múltiples incidencias que pueden afectar al sujeto que, como adjudicatario, está obligado a cumplir los deberes inherentes a ese contrato administrativo, provocando la novación subjetiva del mismo. Tal realidad ha motivado que la LCSP (al igual que hacía la LCAP) intente garantizar la prestación interrumpida del servicio con el fin de satisfacer su aprovechamiento por los usuarios en todo momento, estableciendo a tal fin la oportuna “subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente” (art. 209.3). A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario. Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44

del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET), antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial (que inspira, como se ha visto, la regulación incorporada a la LCSP), es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una transmisión “de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma” (art. 44.1 ET). Teniendo en cuenta este presupuesto objetivo, la doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de concesiones administrativas no hay efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo, de modo que no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el art. 44 ET, a no ser –como lógica excepción– que dicha subrogación venga impuesta por el convenio colectivo aplicable o por el pliego de condiciones administrativas, tal y como prevé el art. 104 de la LCSP. Sin apartar la vista de lo previsto en el art. 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación de la cláusula subrogatoria al no concurrir los requisitos legales para ello, sería harto conveniente –y el legislador debería forzar a ello con contundencia– que el pliego de condiciones de la contrata se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión.

- D) El relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública. Con el fin de garantizar el buen fin de la concesión, la nueva Ley establece únicamente ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato. De este modo, a través de la subcontratación no se produce ningún tipo de subrogación contractual, ya que el contratista principal –es decir, el adjudicatario inicial– continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (art. 210.4 LCSP). Tal sistema de responsa-

bilidad administrativa no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja clara la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados, independientemente de lo dispuesto en la LCSP. Sin duda, el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de la Administración comitente, que actuaría como empresario directo de los trabajadores involucrados en la prestación del servicio público si no hubiera acudido a la técnica de la concesión, supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate. Más clara se debería haber manifestado, no obstante, la LCSP, excepcionando del principio de responsabilidad directa y exclusiva del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria de todos los sujetos implicados en la cadena de externalización.

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones (Ley primordial del contrato o *lex inter partes*) se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social. La autoexoneración de responsabilidad prevista en los mismos hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración. Una prohibición expresa de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

- E) Las empresas de trabajo temporal han interactuado con los factores ya existentes en el ordenamiento jurídico español a la hora de elevar los niveles de precariedad laboral hasta parámetros absolutamente desconocidos e inaceptables. Por tal razón, no puede extrañar que la legislación de Contratos del Sector Público se haya esforzado en dejar claro que la Administración no ostenta una facultad indiscriminada para acudir a estas entidades, actuando en la posición de empresa usuaria. Antes al contrario, tras un azaroso debate parlamentario,

la disposición adicional 5ª de la LCSP prohíbe la celebración de contratos de servicios con empresas de trabajo temporal “salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”. Esta prohibición no sólo merece una valoración positiva por cuanto contribuye a no aumentar las tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado de trabajo español, sino también porque trata de evitar una vulneración de los principios que rigen el acceso al empleo público. Salta a la vista de inmediato que, a través de una empresa de trabajo temporal, la Administración se podrá servir de personas previamente reclutadas sin tener en cuenta los parámetros de mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. En efecto, la empresa usuaria (Ente público –en este caso–) no seleccionará al personal temporal cedido; su intervención quedará ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta empresa de trabajo temporal con la que se va a suscribir el contrato de puesta a disposición. Más tarde, la escogida será quien proponga, con criterios propios, al trabajador más acorde con la plaza a cubrir, sin que en tal determinación proceda –obviamente– respetar los mentados principios, aplicándose, por el contrario, íntegramente el Derecho del Trabajo.

Pese al acierto de la mentada restricción, es criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional 5ª de la LCSP cuando permite utilizar, si bien con carácter excepcional, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, con carácter eventual, para la “realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”, pues si bien está claro cuanto cabe entender por “encuestas” y “toma de datos”, no lo está tanto la determinación de cuáles sean los trabajos “de naturaleza análoga” a los anteriores, en tanto parece hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa. Por si fuera poco, y siendo deplorable el punto de arranque, no lo es menos el desarrollo posterior de la contratación de trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal, permitida por la disposición adicional 5ª de la LCSP, pues la “realización de encuestas, toma de datos y otros servicios análogos” son las actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista es su duración (también harto arbitraria), no en vano ambos finalizarán, no cuando concluya la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino cuando expire el término fijado en el negocio de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso la duración máxima pueda superar los seis meses.

La extinción *ex lege* de los contratos celebrados con la empresa de trabajo temporal, al vencimiento de su plazo inicial, sin admisión de prórroga alguna (ni siquiera hasta alcanzar los seis meses), lleva necesariamente a preguntarse por la situación de los trabajadores cedidos que realizan las tareas cuando éstas quedan sin finalizar y concluye el término. Con ello se abre un nuevo punto de incertidumbre acerca de la calificación jurídica de este tipo de variantes en presencia, así como sobre el cauce legal para hacer viable la conclusión de los cometidos en curso, sin que necesariamente sea menester suscribir un nuevo contrato de servicios a partir del cual se siga la cesión del mismo (u otro) trabajador para idéntica Administración. La cuestión todavía se complica más por un tenor legal claro en su consecuencia de provocar la cesación en su prestación a todos los efectos, sin posibilidad alguna de continuación. Así, el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª de la LCSP ha intentado eliminar, impidiendo la aplicación del art. 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal (LETT), la consecuencia de la indefinición para aquellos supuestos en los cuales el contratado a través de este tipo de empresas siga prestando servicios en la usuaria más allá del máximo establecido. El motivo para apoyar esta opción legal enlaza con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones, los empleados de la empresa de trabajo temporal puedan llegar a consolidarse en los puestos de trabajo como fijos.

Ahora bien, pese a lo categórico de la afirmación, tal proceder excluye expresamente la operatividad de uno de los preceptos del ordenamiento social que constituyen un mecanismo de garantía y de protección de los cedidos. Al tiempo, dicha previsión normativa parece no ser –en el sentir de algunos autores– ajustada a Derecho, pues las consecuencias jurídico-laborales de una contratación temporal irregular no pueden ser suprimidas de un plumazo por el legislador administrativo, máxime cuando la excepción a la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, sobre la consolidación mentada, aparece formulada de manera significativamente restrictiva e insegura, no en vano únicamente queda referida a quienes “realizaran las actividades que constituyan el objeto del contrato”. De esta forma, si dichos trabajadores llevan a cabo tareas distintas no quedarán incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional 5ª aquí analizada, pudiendo, en su caso, llegar a consolidar su posición como personal al servicio de la Administración usuaria. De esta manera, y atendiendo a una interpretación lógica, procede señalar cómo debe resultar de aplicación efectiva el abundantemente citado art. 7.2 LETT tanto para cuantos cedidos realizaran tareas constitutivas del objeto pactado como para aquellos otros encargados de desarrollar funciones distintas, debiendo considerar que quienes a

la finalización del plazo de puesta a disposición continuaran prestando servicios en la Entidad pública correspondiente están vinculados a la misma por un contrato indefinido pero no fijo. Tal efecto resulta perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial imperante en materia de irregularidades en la contratación temporal en el ámbito de los organismos públicos (actualmente recogida en el art. 11 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–), la cual viene a reconocer únicamente el carácter de indefinidos, y no así de fijos de plantilla, a los afectados, a fin de no contrariar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las tareas de interés general, con una doble consecuencia: por una parte, la Administración está obligada a cubrir la plaza a través de los procedimientos de selección reglamentarios, en cuyo caso concurrirá una causa lícita para la extinción del contrato del trabajador; por otra, el empleado habrá de participar y superar las oportunas pruebas si quiere adquirir la condición de fijo.

- F) Como es de todos conocido, el sector de la construcción de obras públicas encabeza año tras año las estadísticas de accidentes de trabajo, que, además resultan de gran severidad. De ahí que no deba ser sino objeto de crítica el hecho de que el texto de la LCSP no efectúe ningún tipo de previsión tendente a garantizar derechos tan importantes como la vida e integridad física de los trabajadores involucrados en la edificación de las infraestructuras. Ahora bien, partiendo de lo previsto en el art. 3.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), no cabe duda de que la Administración tiene la consideración de empresario respecto de sus empleados y también la tiene, en calidad de comitente principal, respecto de los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas, asumiendo idénticas obligaciones que los empleadores privados que externalizan sus servicios y, caso de incumplirlas, quedando sujeta a las mismas responsabilidades administrativas, civiles y penales.

La profunda dimensión del riesgo que, en diferentes órdenes, subyace en el proceso constructivo de carácter público, así como su repercusión social y relevancia económica, demandan una adecuada protección y una garantía efectiva de los daños y perjuicios de toda índole que pudieran sufrirse (art. 24 LPRL, desarrollado Real Decreto 171/2004, de 30 de enero). Con este motivo, en pocos ámbitos como en el de la edificación, han proliferado técnicas como la progresiva objetivación de la responsabilidad (desvinculada de la idea de dolo o de negligencia y fundada en la simple acreditación de los daños), la presunción de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba, bajo la prevalencia de un principio de efectividad en la reparación del resultado dañoso sobre la exigible individualización de las responsabilidades concurrentes. Así

lo reconocen, entre otras muchas disposiciones normativas, el art. 42 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 24 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en el sector de la construcción, y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, desarrollada por el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto.

Aun cuando la Ley 32/2006 exime de responsabilidad solidaria al promotor, lo cierto es que la Administración-comitente debe asumir la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y supervisión de la construcción de la obra pública aun cuando no desarrolle directamente ninguna actividad relativa a la explotación del contrato administrativo, no en vano ésta asume una inequívoca “posición de garante” (art. 232 LCSP), en virtud de la cual puede resolver el vínculo contractual [art. 232.1.d) LCSP] o proceder al secuestro del mismo por incumplimiento grave de las obligaciones correspondientes al concesionario (art. 234 LCSP). Este deber de vigilancia de la Administración respecto del cumplimiento por el adjudicatario y los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales viene reforzado, además, en el art. 43.2 LISOS, precepto a partir del cual cabe deducir la responsabilidad solidaria de aquélla respecto a las infracciones en las que hayan incurrido el concesionario y los subcontratistas durante la vigencia de la contrata. Tal obligación consiste en verificar que el contratista y los subcontratistas cumplen, efectivamente, con sus obligaciones en materia preventiva más que en vigilar directamente a los trabajadores de dichas empresas en la ejecución de su prestación de trabajo, razón por la cual, por un lado, la Administración deberá exigir al adjudicatario una acreditación por escrito de que, antes del inicio de la actividad objeto de la concesión, ha realizado la correspondiente evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva para la ejecución de la misma (arts. 10.1 y 10.2 Real Decreto 171/2004) y, por otro, deberá comprobar, también con carácter previo al comienzo de las actividades, que toda suerte de contratistas y subcontratistas han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellos (art. 10.3 Real Decreto 171/2004).

Estas dos importantes manifestaciones del deber de vigilancia (la de exigir acreditación y la de comprobación de la coordinación) no agotan, sin embargo, su contenido, pues parece dudoso que a la Administración le baste la mera constatación inicial del cumplimiento de estas cautelas formales para poder contar, durante la vigencia de toda la contrata, con una garantía de inmunidad a la responsabilidad solidaria del art. 42.3 LISOS. El carácter público de

la infraestructura obliga a la Administración a no desentenderse del cumplimiento del contrato en sus diferentes fases, no en vano el deber de vigilancia es un deber de tracto sucesivo, lo cual significa que su cumplimiento exige su despliegue y ejercicio tanto en el momento de concertación de la contrata como a lo largo de toda su ejecución. La facultad de elección que ostenta la Administración sobre los distintos empresarios que van a realizar la obra y los técnicos al servicio de la misma, desde el coordinador hasta el director facultativo, pasando por el responsable del contrato, justifica la oportuna imposición de su responsabilidad frente a los daños ocasionados como consecuencia de un accidente de trabajo. Tal y como está redactado el artículo 42 LISOS, la Administración comitente, el concesionario y las diversas empresas contratistas o subcontratistas involucradas en la construcción de la infraestructura van a quedar en un mismo nivel de sujetos responsables con relación a la protección del empleado al servicio del adjudicatario o de las empresas auxiliares. Los trabajadores, contratados por el adjudicatario de la concesión o por las empresas contratistas y subcontratistas, quedan tutelados como si fuesen operarios al servicio de la Administración, pues de no existir o de no haberse permitido el recurso a la concesión los hubiese tenido que contratar directamente. Esta consecuencia contrasta, empero, con la regla general de responsabilidad del contratista y de la Administración establecida en el art. 198 de la LCSP, en virtud del cual corresponde al primero indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, a no ser que hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración.

No deja de ser criticable, a la postre, el hecho de que en los pliegos de condiciones de los contratos administrativos de obras o de las concesiones de obras públicas se incluya una cláusula a partir de la cual el nombramiento y el abono de los honorarios del coordinador de la obra sean a cargo del contratista constructor, lo cual no deja de plantear importantes problemas, por tratarse de una obligación indelegable e intransmisible del promotor (el Ente público, *in casu*), al quedar convertido quien debe realizar las funciones inherentes a tal cargo en subordinado de quien lo ha nombrado y puede revocarlo de su puesto. Procede, pues, corregir de inmediato este vicio administrativo.

- G) A medida que se han venido incrementando las tareas a realizar en la Administración Pública se ha visto la necesidad de habilitar a favor de la misma una gran variedad de mecanismos de contratación para afrontar estas nuevas actividades, lo cual se ha llevado a cabo a través de diversas fórmulas contractuales tanto en régimen administrativo como laboral. La utilización por las

Administraciones del contrato de trabajo a la hora de reclutar a su personal, manteniendo en paralelo las figuras tradicionales de prestación de servicios en el ámbito público, ha hecho surgir, entre otros muchos problemas interpretativos, el de distinguir adecuadamente el uno de las otras. Tal afirmación cobra plena virtualidad si se atiende al hecho de que la nueva legislación de Contratos del Sector Público define ampliamente el contrato de servicios como aquél cuyo “objeto sean prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro” (art. 10, con remisión al anexo II, en el cual se incluyen 27 supuestos redactados de forma excesivamente lata), con una sola limitación: que los servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos” (art. 277.1). Únicamente se esfuerza en dejar claros los plazos máximos (cuatro años excepcionados en múltiples ocasiones) de vigencia del presente contrato (art. 279) y en señalar la responsabilidad del contratista respecto de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas de la ejecución (art. 281.2).

No ha sido aprovechado, por tanto, el contexto de la reforma para incrementar la limitación de la libertad contractual de la Administración, elevando los elementos reglados, con el fin último de evitar prácticas que conduzcan a un reclutamiento irregular de personal a su servicio, protegiendo a los Entes públicos contra sus propias debilidades para el mejor servicio del cumplimiento de sus fines y el buen uso de los fondos públicos frente a las desviaciones detectadas en muchos casos. La cautela prevista en el art. 277.4 LCSP tendente a dejar claro que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público”, es a todas luces insuficiente, pues de poco sirve esta caución legal, si queda en manos del Ente público su correcta aplicación. En definitiva, la contratación administrativa debería quedar sometida, en la realidad, a los mismos principios que el conjunto de la actividad administrativa, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 CE), y habría de realizarse sirviendo con objetividad a los intereses generales y de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103 CE). El legislador ha dejado pasar una importante oportunidad para dar un nuevo sentido, mucho más restrictivo, al contrato de

servicios. Por el contrario, la arbitrariedad vuelve imperar en un terreno en el cual debería quedar totalmente eliminada.

En fin, con la contratación administrativa no sólo se busca la selección de los mejores adjudicatarios con el objetivo último de garantizar la eficacia en la prestación de servicios públicos de interés general, sino que también se pueden conseguir beneficios sociales, no en vano, en el nuevo contexto socioeconómico, el sistema de licitación pública puede contribuir de manera realmente eficaz a proporcionar al individuo “sin trabajo”, o con una ocupación “harto precaria”, un empleo ofertado en condiciones dignas, conformando la libertad de contratación empresarial en el sentido deseado.

VII | BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Efficienza e produttività nelle Pubbliche Amministrazioni: I progetti-pilota i un'occasione fallita?*, Milán, 1991.

AA.VV. (ARIÑO y ASOCIADOS): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003.

AA.VV. (CEPEDA MORRAS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C., Coords.): *Comentarios a la Legislación de Contratos del Sector Público*, Valencia, 2008.

AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Madrid, 2003.

AA.VV. (GARCÍA FERNÁNDEZ, M., Dir.): *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 1999.

AA.VV. (GARCÍA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003.

AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.

AA.VV. (JIMÉNEZ APARICIO, E., Coord.): *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2002.

AA.VV. (LLAVADOR CISTERNES, H., Coord.): *Contratación administrativa*, Pamplona, 2008.

AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Coords.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, 2005.

AA.VV. (RUIZ OJEDA, A., Dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, 2004.

ABRAHAMSON, P. et alii: *Comparing Social Welfare Systems in Nordic Europe and France, Copenhagen Conference*, V. 4, Paris, 1998.

AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de causalidad en la contratación temporal”, *RMTAS*, núm. 33, 2001.

ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, 1985.

ALBERDI ALONSO, I. et alii: *Informe sobre la situación de la familia en España*, Madrid, 1995.

ALBERDI, I. y MATAS, N.: *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Barcelona, 2002.

ALBESA VILLALTA, A.: “La seguridad y salud laboral en las contratas y subcontratas de obras y servicios (obligaciones y responsabilidades)”, *RTSS (CEF)*, núm. 163, 1996.

ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Madrid, 1984.

– “Las empresas de trabajo temporal”, *TS*, núm. 43, 1994.

ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÍA SERRANO, M.: “La contribución del tercer sector al bienestar social: una aproximación a las entidades no lucrativas en España”, *RMTAS*, núm. 15, 1999.

ALFONSO MELLADO, C. L.: *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial*, Madrid, 2000.

– y FABREGAT MONFORT, G.: “Discriminación laboral de género: un enfoque constitucional”, *Tirant on Line*, 636199.

– y SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Sobre la posibilidad de conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial”, *RL*, 1995, T. I.

ALONSO COLOMER, F.: “Ejecución de las obras”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003.

ALONSO LIGERO, M. S.: “Igualdad salarial”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Vol. 1º, Madrid, 1994.

ALONSO GARCÍA, B.: “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *TS*, núm. 91, 1998.

– “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.). *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.

ALONSO OLEA, M.: “El trabajo de la mujer”, *RMTAS*, núm. 13, 1998.

– “Las raíces del contrato de trabajo”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 21, 1989.

– “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Ed.): *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1999.

– y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid, 1995.

– y CASAS BAAMONDE, Mª. E.: *Derecho del Trabajo*, 25ª edición, Madrid, 2008.

ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.

ÁLVAREZ CIVANTOS, O. J.: *Mercado sostenible y responsabilidad social (Hacia la responsabilidad social de los actores sociales)*, Granada, 2006.

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “Medidas de creación de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y CALVO GALLEGO, F. J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Albacete, 2008.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, 1982.

– “La regulación especial de trabajo de los minusválidos (II)”, *RL*, 1987, T. I.

ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., et alii: “Igualdad y no discriminación”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y ELORZA GUERRERO, F., Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2001.

ANDIUZA ARRIOLA, R.: “El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción”, en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999.

ANIORTE SANZ, R.: “El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, *RTSS (CEF)*, núm. 206, 2000.

APARICIO TOVAR, J.: “Los derechos sociales ante la internacionalización económica”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Coord.): *La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos*, Granada, 1999.

APILLUELO MARTÍN, M.: “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000.

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *RL*, núm. 2, 2008.

ARGUELLES BLANCO, A. R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid, 2004.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Dos años de medidas sociales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: soluciones inconclusas”, *RTSS (CEF)*, núm. 291, 2007.

ARIÑO ORTIZ, G.: “El servicio público como alternativa”, *REDA*, núm. 23, 1979.

ARROYO ZAPATERO, L.: *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona, 1998.

ASCOLI, U.: “Estado de bienestar y acción voluntaria”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 38, 1997.

– y PAVOLINI, E.: *La organización del tercer sector en las políticas socio-asistenciales en Europa: comparación de diferentes realidades. Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, 2000.

AZNAR LÓPEZ, M.: “La configuración jurídica de las entidades no lucrativas de tipo social y humanitario: nuevas perspectivas”, *Documentación Social*, núm. 3, 1996.

– “Aspectos jurídicos de los servicios sociales: de la referencia constitucional a la legislación ordinaria”, *RMTAS*, núm. 30, 2001.

BALLESTER PASTOR, M^a. A.: “La Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre, o la ilicitud de la normativa ‘protectora’ de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en las minas”, *TS*, núm. 27, 1993.

BARRAÑO CID, M. y DE LA PAZ, J.: “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”, en AA.VV. (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.): *Seguridad Social y familia*, Madrid, 1999.

BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión externa”, *REDT*, núm. 94, 1999.

– “Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local. Conversión en funcionarios”, *AL*, núm. 3, 2000.

BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Valladolid, 2007.

BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H. G.: “La mundialización de la economía y el Derecho Internacional del Trabajo: realidades y desafíos”, *TS*, núm. 98, 1998.

BAYLOS GRAU, A.: “Códigos de conducta y buenas prácticas de las empresas en materia laboral. El problema de la exigibilidad judicial”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 66, 2004.

BAZ TEJEDOR, J. A.: “Responsabilidad social empresarial laboral: especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *RDS*, núm. 41, 2008.

BELADÍEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997.

BELTRÁN GÓMEZ, A. I.: “Algunas consideraciones sobre la problemática práctica de la acreditación de la solvencia por los licitadores”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 2, 2002.

BELTRÁN MIRALLES, S.: “Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000.

BENÍTEZ MORCILLO, G.: “Prohibiciones para contratar (arts. 20 y 21)”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, 2003.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Principio de igualdad y Derecho Privado”, en AA.VV.: *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Vol. II, 1991.

BERMEJO VERA, J.: “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número monográfico, 2008.

BERNAL BLAY, M. A.: “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de abril, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. monográfico, 2008.

BLASCO JÓVER, C.: “La protección de la trabajadora víctima de maltrato en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *RL*, núm. 21, 2005.

BLASCO MAYOR, A.: “Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización”, *AL*, núm. 5, 1996.

BLASCO PELLICER, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Valencia, 1998.

BLASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de elecciones sindicales: aspectos críticos*, Valencia, 1995.

BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Pamplona, 2003.

– “La Ley de protección integral contra la violencia de género: perspectiva social”, *REDT*, núm. 128, 2005.

BLÁZQUEZ ROMÁN, A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 42, 2005.

BOCANEGRA SIERRA, R.: “Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros”, *REDA*, núm. 18, 1978.

– “La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas”, *DA*, núm. 237-238, 1994.

BOLDOVA PSAMAR, M. A. y ARUEDA MARTÍN, M. A.: “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género)”, *La Ley*, núm. 6146, 2004.

BORRAJO DACRUZ, E.: “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *RT*, núm. 65, 1982.

– “Las empresas de trabajo temporal: actualidad del tema”, *AL*, núm. 1, 1993.

– “Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas”, *AL*, suplemento al núm. 26, 1997.

BORRAJO INIESTA, I.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, núm. 78, 1993.

BOSCO, G.: *Il mercato interno della Comunità Economica Europea*, Milán, 1990.

BRAUN, G.: “Le télétravail”, *DS*, núms. 7-8, 1981.

BRITTON, A.: “Full employment in the industrialized countries”, *ILR*, Vol. 136, núm. 3, 2000.

CABALLERO SÁNCHEZ, R.: “La integración del principio de igualdad en las distintas políticas públicas sectoriales”, en AA.VV. (MONTROYA MELGAR, A., Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres (Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres)*, Madrid, 2007.

CABEZA PEREIRO, J.: “Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Comentario a la STC 58/1994, de 28 de febrero (BOE de 24 de marzo)”, *RL*, núm. 20, 1994.

– “Comentario al art. 24”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada, 1998.

– y LOUSADA AROCHENA, J. E.: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, 1999.

CABRA DE LUNA, M. A.: *El tercer sector y las fundaciones de España. Hacia el nuevo milenio*, Madrid, 1998.

CABRERA BAZÁN, J.: *La novación ilícita del contrato de trabajo*, Sevilla, 1963.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Creación de empleo y yacimientos de empleo”, *GS*, núm. 167, 1998.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.; COLLADO CURIEL, J. L. y MARTÍNEZ MARÍN, M. I.: *Nuevos yacimientos de empleo en España. Potencial de crecimiento y desarrollo futuro*, Madrid, 1998.

CAIRÓS BARRETO, D. M^a.: “La subrogación de servicios en las empresas de limpieza y en las de vigilancia y seguridad”, *AL*, núm. 11, 1996.

CALVO GALLEGO, F. J.: “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *TL*, núm. 87, 2006.

– “El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la Construcción”, *TL*, núm. 93, 2008.

CAMAS RODA, F.: *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2002.

CAMPS RUIZ, L. M.: “La sucesión de empresa”, *RT*, núm. 81, 1986.

- “Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades”, *PJ*, núm. 16, 1989.
- *La contratación laboral temporal para ocupar puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1990.
- “Transmisión de empresas: efectos laborales según la jurisprudencia (I)”, *AL*, núm. 16, 1991.
- *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Valencia, 1993.
- *Las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2001.

CANO GALÁN, Y.: “Relación del trabajador con la empresa usuaria”, en AA.VV. (SEMPE-RE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Madrid, 2004.

CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F. J.: “Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: Estrategia Global de acción para el empleo de las personas con discapacidad (2008-2012)”, *AS*, núm. 17, 2009.

CARRASCO BENGOA, M. C.: *El trabajo doméstico. Un análisis económico*, Madrid, 1991.

CARRASCO GÓMEZ, J. J.: “Psicopatología del maltratador doméstico”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Madrid, 1999.

CARRASCOSA, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre aplicabilidad a las obligaciones contractuales: el impacto en el sistema jurídico español”, *RL*, T. I, 1996.

CARRATALA TERUEL, J. L. y LABADO SANTIAGO, J. M^a.: “Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública”, *TS*, núm. 13, 1993.

CARRETERO SÁNCHEZ, A.: “La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación”, *La Ley*, núm. 6023, 2004.

CASADO, D.: “El sector voluntario de objeto social en la perspectiva europea”, en AA.VV. (JEREZ NOVARRA, A., Dir.): *¿Trabajo voluntario o participación?*, Madrid, 1998.

- *Panorámica de la discapacidad*, Barcelona, 1991.

CASARES MARCOS, A.: *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, Valencia, 2003.

– “Tipología fundacional”, en AA.VV. (BENEITO PÉREZ, J. M., Dir.): *Tratado de Fundaciones*, Barcelona, 2007.

CASAS BAAMONDE, M. E.: “Derecho Público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, C. y VALDÉS DAL-RE, F, Coords.): *Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, 1997.

– “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 11, 1998.

– “Los contratos de trabajo a tiempo parcial, contrato fijo discontinuo y contrato de relevo y la jubilación parcial”, *REDT*, num. 100, 2000.

CASAJERO SÁNCHEZ, M. A.: “Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de obras y servicios”, *RTSS (CEF)*, núm. 200, 1999.

CASTILLO BLANCO, F. A.: “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *REDA*, núm. 86, 1995.

CASTRO ARGÜELLES, M^a. A.: *El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales*, Pamplona, 1993.

– “Régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *DL*, núm. 44, 1994.

CASTRO CONTE, M.: “Art. 33. Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V., Dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Pamplona, 2008.

CASTRO SÁNCHEZ, M. A.: *Manual de prevención de riesgos en la construcción*, Madrid, 2004.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Propuestas para un estatuto básico del empleado público”, *AS*, T. V, 2005.

– “A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, *AS*, núm. 22, 2006.

CEGARRA FERNÁNDEZ, F. J.: “La definitiva exclusión del personal contratado para ‘trabajar en el exterior’ del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado”, *REDT*, núm. 123, 2004.

CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P.: “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 5871, 2003.

CERMI: “Nota sobre los aspectos de discapacidad de las Leyes de Contratación Pública aprobadas recientemente en España”. www.cermi.es

CES: Informe 5/1995, de 26 de octubre, sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación, Madrid, 1995.

- “Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española”, núm. 3, 2003.
- “Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004.
- “Conciliación entre la vida laboral y familiar”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 45, 2006.
- *Dictamen 4/2006, sobre el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, 2006.
- “Observatorio de Relaciones Industriales”. *Área de Estudio y Análisis*, núm. 94, 2006.

CHACARTEGUI JAVEGA, C.: “Tiempo de trabajo, racionalidad horaria y género: un análisis en el contexto europeo”, *RL*, núm. 19, 2006.

COLINA ROBLEDO, M.: “La nueva regulación de los contratos temporales estructurales para obra o servicio determinado y de eventualidad, y los contratos de trabajo a tiempo parcial y de trabajadores fijos discontinuos”, *DL*, núm. 54, 1997.

COMISIÓN EUROPEA: *Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea. Reflexiones para el futuro, presentado el 27 de noviembre de 1996.*

CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2004.

CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”, *RL*, núm. 2, 1992.

- “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *RTSS*, núm. 13, 1994.
- “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, *RMTAS*, número extraordinario, 2000.
- “Outsourcing y relaciones laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000.
- *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, Madrid, 2003.
- y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998.

DAGNINIO GUERRA, A.: “Responsabilidad de la Administración”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., Dir.): *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999.

DAVISTER, C.; DEFOURNY, J. y GREGOIRE, O.: “Les entreprises sociales d’insertion dans l’Union Européene”, *Working Paper*, núm. 3/11, European Research Network (EMES).

DE AHUMADA RAMOS, F. J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2000.

DE LA CASA QUESADA, S.: “La inserción laboral de los inmigrantes”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos retos. XXIII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *RL*, núm. 6, 2005.

DE LA VILLA GIL, L. E.: “La regulación del empleo de los minusválidos en España”, *TS*, núm. 55, 1995.

- “Do ut facias: en torno a los estímulos de contratación laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (Ejemplar dedicado a Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea), núm. 23, 1999.
- “¿Acabar con el trabajo precario? Notas de urgencia a la reforma laboral del 2006”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 11, 2006.
- “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 14, 2007.
- y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “El derecho al trabajo de los minusválidos”, *RT*, núm. 79, 1995.

DE LUCA, J.: “La polémica sobre los derechos de la solidaridad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995.

DE LUIS CARNICER, M. P. et alii: “La flexibilidad de la empresa y la conciliación de la vida laboral y familiar”, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2741, 2002.

DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.: “Actividades mercantiles de las fundaciones”, en AA.VV.: *Derecho de Sociedades*. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Tomo I, Madrid, 2002.

DE QUINTANA PELLICER, J.: “La descentralización productiva (outsourcing). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial”, *AL*, núm. 10, 2000.

DE SOLAS RAFECAS, J. M. y SASTRE BECEIRO, M.: “Art. 86. Criterios para la adjudicación del concurso”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, T. III, Granada, 2004.

DEL VAL TENA, A. L.: “La subcontratación en el sector de la construcción y la extensión de las responsabilidades empresariales: viejos y nuevos supuestos de responsabilidad”, en AA.VV. (DEL VAL TENA, A. L. y GARCÍA BLASCO, J., Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2003.

DE VICENTE PACHÉS, F.: “Asistencia social y servicios sociales: régimen de distribución de competencias”, *TS*, núm. 138, 2002.

– *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, 2003.

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

DEL REY GUANTER, S.: “Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria”, *RL*, T. II, 1987.

– y LEAL PERALVO, F.: “La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada”, *RL*, T. II, 1996.

– y LUQUE PARRA, M.: “Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral”, *RL*, núm. 20, 1999.

DEL SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995.

– “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas”, *RAP*, núm. 136, 1995.

DELGADO MARTÍN, J.: “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 2, 2004.

DEX, S.: *La división sexual del trabajo. Revoluciones conceptuales en las ciencias sociales*, Madrid, 1991.

DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales*, Vol. I y II, Madrid, 1998.

DIÉGUEZ CUERVO, G.: “Estabilidad en el empleo y contratos temporales”, *REDT*, núm. 2, 1980.

DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: “Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras y servicios en materia de seguridad y salud en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de Ley de Prevención de riesgos laborales”, *AL*, núm. 30, 1995.

DOLZ LAGO, M. J.: *Las imprudencias punibles en la construcción. Desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial*, Granada, 1996.

DORREGO DE CARLOS, A.: “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: retos y oportunidades para la Administración y nuevas empresas”, *La Ley*, núm. 6934, pág. 3.

DURÁN LÓPEZ, F.: “Globalización y relaciones de trabajo”, *REDT*, núm. 92, 1998.

– y SÁEZ LARA, C.: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Madrid, 1997.

DUTHEILLET DE LAMOTHE, O.: “Du Traité de Rome au Traité de Maastricht: la longue marche de l’Europe sociale”, *DS*, núm. 2, 1993.

EDO HERNÁNDEZ, V.: “La empresa pública en España”, *Papeles de Economía Política*, núm. 38, 1989.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: “Igualdad y acceso al empleo de las personas con discapacidad”, *REDT*, núm. 238, 2008.

ELFFMAN, M.: “Discriminación en el empleo”, en AA.VV. (BLANPAIN, R., Ed.): *XV Congreso mundial del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I: Discriminación en el empleo*, Leuven, 1998.

EMBED IRUJO, J. M.: “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”, *RVEH*, núm. 7, 2003.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, *RL*, Tomo I, 1991.

– “Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, *RL*, núm. 9, 2007.

ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, 1999.

– “La reforma de la regulación del empleo de las personas con discapacidad (1997-2000)”, *RL*, Tomo I, 2001.

- “Relación laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Reserva de empleo y medidas alternativas”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.
- y FUSTE MIQUELA, J. M.: “Los enclaves laborales de centros especiales de empleo en empresas ordinarias (una aproximación crítica tras un período de experimentación)”, *RTSS (CEF)*, núm. 286, 2007.
- y MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: “La relación laboral especial de los minusválidos”, *TS*, núm. 91, 1998.

FAJARDO SPÍNOLA, L.: “Ejecución del contrato de concesión de obra pública”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003.

- *Contratación administrativa*, 4ª edición, Barcelona, 2008.
- *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *Seguridad y salud en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*, Pamplona, 2003.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “El comité de empresa. Procedimiento electoral”, *REDT*, núm. 100, T. II, 2000.

- *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de algunos de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, 2003.
- “La obligación genérica del empresario de proteger la seguridad y salud de los trabajadores”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, 2006.
- y AGRA VIFORCOS, B.: “Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?”, *Revista General de Derecho*, núm. 644, 1998.
- “La incapacidad temporal y la prevención de riesgos laborales”, en AA. VV.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Murcia, 2007.
- y QUIRÓS HIDALGO, J. G.: “El papel de la OIT ante la globalización económica: la búsqueda de un trabajo decente”, en AA.VV. (GARCÍA MURCIA, J., Coord.): *La globalización económica y el Derecho del Trabajo*, Oviedo, 2006.
- y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Utilización y control de datos laborales automatizados*, Madrid, 1997.
- *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005.

- *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Sevilla, 2006.
- y TASCÓN LÓPEZ, R.: “Responsabilidad empresarial por los daños causados a una trabajadora a la que se discriminaba por razón de sexo (Comentario a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1999)”, *La Ley*, núm. 5148, 2000.
- y MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación laboral*, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R.; ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G.: *Los minusválidos en el mercado laboral: Incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*, León, 2004.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid, 1991.

- “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AA.VV. (ALARCÓN CARACUEL, M. R., Coord.): *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, 1991.
- “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *RL*, T. I, 1993.
- “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004.
- *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete, 2005.
- “El derecho de las contrata: entre la licitud y la prevención”, *RDS*, núm. 36, 2006.
- “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, en AA.VV.: *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2007.

FERNÁNDEZ MARCOS, L.: “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, *AL*, núm. 1, 1992.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: “Introducción”, en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “Tratamiento de la seguridad e higiene en la nueva regulación sobre las empresas de trabajo temporal”, *REDT*, núm. 75, 1996.

FERNÁNDEZ URRUTIA, A.: “Un intento de freno a la siniestralidad y a la precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, *DL*, núm. 80, 2007.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: “Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?”, en AA.VV.: *Las relacio-*

nes laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, Madrid, 2001.

FERRADANS CARAMES, C.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Pamplona, 2006.

FITA ORTEGA, F.: *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Valencia, 1999.

FLAQUER, LL.: *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Barcelona, 2000.

FOLGUERA CRESPO, J.: “Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales”, *AL*, T. II, 1992.

FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Madrid, 1997.

- “Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi)*, Vol. VI, 2000.
- *Grupos públicos de sociedades*, Madrid, 2007.

GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1997.

- *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998.
- “Supuestos y consecuencias de la utilización ‘inadecuada’ de las empresas de trabajo temporal”, *RL*, núm. 19, 1998.
- *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, 1999.
- “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los centros especiales de empleo”, *TL*, núm. 55, 2000.
- “La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001.

GALIANA MORENO, J. M.: “Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, *REDT*, núm. 88, 1998.

GALLEGO CORCOLES, I.: “El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.

GANZENMÜLLER ROIG, J. F; ESCUDERO MORATALLA, J. F y FRIGOLA VALLINA, J.: “La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica”, *Actualidad Penal*, núm. 16, 1999.

GÁRATE CASTRO, J.: “Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la ‘propia actividad’ (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004.

– “Descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones Públicas”, *AL*, Tomo I, 2004.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: “Las pensiones dinerarias; en particular, los ingresos mínimos de inserción y el debate sobre la renta básica”, *DA*, núm. 271-272, 2005.

GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral*, Madrid, 1989.

– “El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006, y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV. (DEL VAL TENA, A. L. y GARCÍA BLASCO, J., Coord.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, 2ª edición, facsímil, 1984, Madrid, 1956.

– “Prólogo”, a la obra de SOSA WAGNER, F: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004.

– y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 14ª edición, Madrid, 2008.

GARCÍA INDA, A.: “Aspectos legales del voluntariado: el modelo de la Ley 6/1996, de 15 de enero”, *Documentación Social*, núm. 104, 1996.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, *AL*, núm. 34, 1994.

– “La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal” (I y II), *AL*, núms. 1 y 2, 1996.

GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L.: “Régimen jurídico de los trabajadores autónomos en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Su problemática”, *DL*, núm. 70, 2004.

GARCÍA MURCIA, J.: “El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *RPS*, núm. 130, 1981.

- “El trabajo de los incapacitados”, *TS*, núm. 91, 1998.
- *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Pamplona, 2001.
- “La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio”, *DL*, núm. 68, 2003.
- “Igualdad y discriminación por razón de sexo: la negociación colectiva”, en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.): *La presencia femenina en el mundo laboral*, Pamplona, 2006.
- y BERNARDO JIMÉNEZ, I.: “Art. 54”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., Coords.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, 2004.

GARCÍA NINET, I.: “Régimen jurídico del personal voluntario”, *RSS*, núm. 18, 1983.

- “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales” (I y II), *TS*, núms. 96 y 97, 1999.
- “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Valencia, 2000.
- “La subcontratación en el sector de la construcción o el abuso de la subcontratación y el crecimiento de la siniestralidad en el sector”, *TS*, núm. 191, 2006.
- y VICENTE PALACIO, A.: “Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J., Dir.): *Manual de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, 2002.

GARCÍA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Valencia, 1998.

- “Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación”, *TL*, núm. 47, 1998.
- “El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo”, *RL*, núm. 11, 1998.
- *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada, 1999.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ,

M. C. y VALDÉS DAL-RE, F. (Coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, 1997.

– y GOÑI SEIN, J. L.: “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AA.VV.: *Descentralización y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000.

GARCÍA QUIÑONES, J. C.: “El concepto jurídico laboral de discapacitado”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005.

GARCÍA ROMERO, M. B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, 1999.

GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F.: *Sucesión de empresas*, Madrid, 1996.

– “Cambio de titularidad-sucesión de empresa. Selección de jurisprudencia”, *RL*, núm. 10, 1995.

GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997.

GARCÍA VALVERDE, M. D.: “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (sentencias comentadas: STSJ de Extremadura de 12 de marzo de 2007 y STS de 21 de marzo de 2007)”, *AS*, núm. 14, 2007.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: “El Reglamento ‘Roma I’ sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, núm. 6957, 2008.

GARRIDO HERNÁNDEZ, A.: *La seguridad laboral en la construcción ¿una meta inalcanzable?*, Madrid, 2005.

GARRIDO PÉREZ, E.: “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *TL*, núm. 51, 1999.

– *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*, Valencia, 2000.

– “El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.

GIL IBÁÑEZ, J. L.: “Capacidad para contratar y clasificación de los contratistas”, en AA.VV. (GIL IBÁÑEZ, J. L., Dir.): *Contratación administrativa*, Madrid, 1995.

GIMENO FELIÚ, J. M.: “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar los aspectos sociales y medioambientales”, en AA.VV. (GIMENO FELIÚ, J. M., Coord.): *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, 2004.

– “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 14, 2006.

GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1986.

– y SAGARDOY DE SIMÓN, I.: *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 1998.

GOERLICH PESET, J. M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL*, núm. 8, 1997.

– “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A.: *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia, 1997.

GÓMEZ ALBO, P.: “Descentralización productiva, externalización y subcontratación”, *AL*, núm. 10, 2000.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. V, Madrid, 1991.

GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, Madrid, 2000.

– “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones Públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, núm. 20, 2003.

GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: “Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas”, *AS*, Vol. II, 1999.

– *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: “Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las medidas de protección de los minusválidos: caracteres generales y clasificación”, *TL*, núm. 7, 1986.

– “Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid, 2007.

– y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ VELASCO, J.: “Desconcertante relación jurídica entre el trabajador temporal y el empresario cesionario”, *RTSS*, núm. 17, 1995.

– y VIVES USANO, P.: “Propia actividad en las contrataciones, entre promotor y constructor ¿o no? (comentario a la STS, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2005)”, *RTSS (CEF)*, núm. 273, 2005.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “Productividad y salarios en la experiencia española más reciente de negociación colectiva de trabajo” *AL*, núm. 1, 1989.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, *REALA*, núms. 274-275, 1997.

GOÑI SEIN, J. L.: “La familia monoparental: ausencia de atención política y legislativa y su impacto sobre la situación sociolaboral de la mujer”, *TL*, núm. 82, 2005.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Situación de embarazo y principio de igualdad de trato. La regulación comunitaria y su jurisprudencia”, *REDT*, núm. 97, 1999.

– “La reforma laboral de 2006 y la contratación temporal. La lucha contra el abuso de la contratación temporal: un análisis de urgencia”, *AL*, núm. 17, 2006.

GUGGENBÜHL, A. y LECLERC, S.: *Droit Social Européen des travailleurs salariés indépendants*, Bruselas, 1995.

GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: “Comentario a la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 4, 2007.

GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, M. S.: “La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 29, 2007.

GUTIÉRREZ RESA, A.: *La acción no gubernamental*, Valencia, 1997.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Deslocalización productiva y relaciones laborales”, *TL*, núm. 12, 2005.

HERNÁNDEZ, S.: “Etá lavorativa, etá pensionabile e principio di parità tra i sessi”, *Il Dir. Lav.*, núm. 6, 1996.

HERRERA GÓMEZ, M.: *El tercer sector en los sistemas de bienestar*, Valencia, 1998.

IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La subcontratación en los contratos del sector público”, *AA*, núm. 1, 2007.

IBÁÑEZ PASCUAL, M.: “Construcción de pareja, individualización y cambio familiar”, *Ábaco. Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, núms. 29/30.

IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Murcia, 2003.

IGLESIAS CABERO, M.: “El Derecho del Trabajo para el siglo XXI”, *DL*, núm. 53, 1997.

– “La gestión privada del empleo”, *AL*, núm. 9, 2000.

ITURRI GARATE, J.: “Propuestas de revisión de la legislación vigente en materia de trabajo de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Derecho Laboral del siglo XXI. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 118, 2007.

IZQUIERDO HERNÁNDEZ, F. J. y MOLINA GARCÍA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996.

JACQMAIN, J.: “¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?”, *RL*, núm. 5, 1997.

JAUREGUI ATONDO, R.; MOLTO GARCÍA, J. I. y GONZÁLEZ DE LENA, F.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Valencia, 2004.

JIMÉNEZ ASENCIO, R.: *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989.

JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983.

KAUTTO, M. et alii: *Nordic Social Policy*, Londres, 1999.

LAHERA FORTEZA, J.: “Ilicitud de la extinción anticipada de los contratos eventuales celebrados con una empresa de trabajo temporal (Comentario a la STS 4ª de 4 de febrero de 1999)”, *RL*, núm. 11, 1999.

– *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001.

– “Prevención de riesgos laborales del autónomo en el sector de la construcción”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, 2004.

– “Acceso al mercado laboral y contratación de los discapacitados”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005.

LANZADERA ARENCIBIA, E.: “La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre”, *RTSS (CEF)*, núm. 288, 2007.

LAPARRA NAVARRO, M.; GAVIRIA LABARTA, M. y AGUILAN HENDRICKSON, M.: “Las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas”, *Documentación Social*, núm. 196, 1994.

LEGUIDEC, R.: “Decadencia y resurgimiento del trabajo gratuito”, *RIT*, Vol. 115, núm. 6, 1996.

LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, 1983.

LESMES ZABALEGUI, S.: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005.

– *Manual de cláusulas sociales. La adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas como herramienta de inserción sociolaboral para personas en situación o riesgo de exclusión social*, Pamplona (documento virtual: www.gaztelan.org).

LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, Madrid, 1999.

– “El enclave laboral. Puntos críticos de una nueva herramienta de responsabilidad social corporativa”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005.

LLOMPART BENASSAR, M.: “Régimen jurídico de los enclaves laborales”, *AL*, núm. 21, 2007.

LÓPEZ ÁLVAREZ, A.; GONZÁLEZ DE HEREDIA, M. R. y ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Reflexiones multidisciplinares acerca de la violencia de género y doméstica”, *La Ley*, núm. 6440, 2006.

LÓPEZ ANIORTE, M. C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003.

LÓPEZ BALAGUER, M.: *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2000.

LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J. F.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, 7ª edición, Valencia, 2005.

LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RÓDENAS, M. J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, Albacete, 2008.

LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995.

LÓPEZ GUERRA, L.: “Funciones de gobierno y dirección política”, *DA*, núm. 215, 1988.

LÓPEZ LÓPEZ, J.: “Ingresos mínimos y organización territorial”, *Documentación Social*, núm. 78, 1990.

– *La protección a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea*, Bilbao, 1996.

– “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, *TL*, núm. 67, 2002.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “Cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal. Una perspectiva de estudio comparado”, *REDT*, núm. 131, 2006.

LÓPEZ-ARANGUREN MARCOS, L. M.: *Las empresas de inserción en España*, Madrid, 2002.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Las empresas de trabajo temporal: puntos críticos”, *AL*, núm. 31, 1999.

– “Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, *AL*, núm. 7, 2005.

LUJÁN ALCARAZ, J.: “Las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción”, *AS*, T. V, 2004.

– “El nuevo programa de fomento de empleo”, *AS*, núm. 20, 2007.

– “La igualdad en la responsabilidad social de las empresas”, *AS*, núm. 12, 2007.

LUQUE PARRA, M.: *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*, Madrid, 2002.

LUQUE PÉREZ, A.: “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, en AA.VV. (CASTILLO BLANCO, F. A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998.

LYON-CAEN, G. y LYON-CAEN, A.: *Droit Social International et Européen*, Paris, 1992.

MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M. A.: *Marginación, Estado social y prestaciones autonómicas*, Barcelona, 1991.

MANCINI, G. F.: “Diritto del Lavoro e Diritto Comunitario”, *GDLRI*, núm. 27, 1985.

MANTECA VALDELANDE, V.: “El derecho a ser contratista”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 40, 2005.

– “La legalidad de los pliegos en la contratación pública”, *AA*, núm. 20, 2008.

MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia, 2001.

MARTÍN HUERTA, P.: “Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato (arts. 245 a 248)”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentario a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003.

MARTÍN JIMÉNEZ, M.: *El salario mínimo legal*, Málaga, 1986.

MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad”, *RL*, núm. 4, 1999.

MARTÍN MATEO, R.: *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, 1988.

MARTÍN PUEBLA, E.: “Trabajadores al servicio de la Administración (La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)”, *RL*, T. I, 1990.

– “Empresas de inserción y política de empleo”, *AS*, núm. 22, 2008.

MARTÍN REBOLLO, L.: “La administración de garantías: vigencia y limitaciones”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, 1992.

– *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1997.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, *RAP*, núm. 140, 1996.

MARTÍN TOVAL, L.: “La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”, *TL*, núm. 71, 2003.

MARTÍN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RPS*, núm. 137, 1983.

- “La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 33, 1988.
- “La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho”, en AA.VV. (SÁNCHEZ PEGO, F. J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994.
- “Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988.
- “Disposiciones laborales y sociales de la Ley de protección integral contra la violencia de género”, *TS*, núm. 174, 2005.
- y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 17ª edición, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: “La discriminación salarial por razón de sexo”, *RL*, núm. 22, 1989.

MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *La protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos*, Albacete, 2006.

MARTÍNEZ BLANCO, A.: “El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, *DA*, núm. 194, 1982.

MARTÍNEZ DE VIERGOL LANZAGORTA, A.: “Incentivación de la contratación de mujeres víctimas de violencia de género o mayores de 45 años de edad”, *TS*, núm. 171, 2005.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980.

- “Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: “Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado”, *RMTAS*, núm. 38.

– *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998.

MARTÍNEZ LUCAS, J.: *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Régimen legal. Criterios jurisprudenciales*, Valencia, 1996.

MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1990.

MARTÍNEZ MORENO, C.: “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral” (I), *TS*, núm. 197, 2007.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *RAP*, núm. 144, 1997.

MARTINS CATHARINO, J.: “El régimen jurídico de las `empresas de trabajo temporal””, *REDT*, núm. 11, 1982.

MATEU CARUANA, M. J.: “Política de empleo. El fomento del empleo de la mujer víctima de violencia en la Comunidad Europea como instrumento de defensa del principio de igualdad de oportunidades entre sexos”, en AA.VV. (RIVAS VALLEJO, M. P. y BARRIOS BAUDOR, G. L., Dirs.): *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Pamplona, 2006.

MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Madrid, 1999.

MEILAN GIL, J. L.: *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Madrid, 1968.

– *La estructura de los contratos públicos*, Madrid, 2008.

MELERO ALONSO, E. y ESPÍN SÁEZ, M.: “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas: fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999.

MEMENTO PRÁCTICO: *Contratos públicos 2008-2009*, Madrid, 2007.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “Prerrogativas y derechos de la Administración”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: “El contrato de consultoría y asistencia tras la reforma de la LCAP con ocasión de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre”, *REDA*, núm. 107, 2000.

– *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, M^a. P.: “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001.

- “Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado”, *TL*, núm. 41, 1997.
- y VELASCO PORTERO, T.: “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral. Mucho ruido y pocas nueces”, *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2005.

MERCADER UGUINA, J. R.: “La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas”, *RTSS*, núm. 14, 1994.

- *Modernas tendencias de ordenación salarial*, Pamplona, 1996.
- “Nuevos rumbos en materia salarial”, en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, 2004.
- “La ‘parte general’ de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: la extensión material de la tutela por razón de sexo”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007.
- y TOLOSA TRIBIÑO, C.: “Las ‘especialidades’ de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales: ¿del buen uso de la lentitud?”, *RL*, T. II, 2002.
- y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Valoración jurídica de la incapacidad para el trabajo”, en AA.VV. (BOROBIA FERNÁNDEZ, C.): *Valoración médica y jurídica de la incapacidad laboral*, Madrid, 2007.
- y NIETO ROJAS, P.: “La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *RL*, Tomo I, 2007.
- “El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción (el RD 1109/2007, de 24 de agosto)”, *RL*, núm. 21, 2007.

MERINO SEGOVIA, A.: *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción*, Albacete, 2006.

MESTRE DELGADO, J. E.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992.

- “Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2^a edición, Madrid, 2003.

MESTRE DELGADO, J. y DE LA PEÑA, M.: “El régimen de los minusválidos en España”, en AA.VV. (MUÑOZ MACHADO, S. y DE LORENZO, R., Dirs.): *Código europeo de las minusvalías*, Madrid, 1996.

MIÑAMBRES PUIG, C.: “La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *RMTAS*, núm. 19, 1999.

– *La estabilidad de los funcionarios y trabajadores ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, Madrid, 2001.

MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *RL*, núm. 1, 2004.

MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000.

MOLINA HERMOSILLA, O.: “El autoempleo como solución –más pretendida que real– para la inserción de colectivos más desfavorecidos”, *AS*, núm. 16, 2007.

MOLINA NAVARRETE, C.: “El problema de la identificación del concepto de ‘unidad productiva autónoma’ ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, *TL*, núm. 32, 1994.

– “Del ‘principio’ al ‘derecho’ a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2004.

– “Las dimensiones socio-laborales de la lucha contra la violencia de género. A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –BOE de 29 de diciembre–”, *RTSS (CEF)*, núm. 264, 2005.

– “El rescate de los desempleados por un puñado de euros: compra de empleos y tragedia-media del crash 2008”, *RTSS (CEF)*, núm. 310, 2009.

MOLINER TAMBORERO, G.: “La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, T. II, 1996.

– “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000.

MOLTO GARCÍA, J. I.: *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Madrid, 1998.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas”, *RL*, Tomo II, 1986.

- *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, 1995.
- “El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 1999.
- *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad (Estudio del ordenamiento interno y comunitario)*, Madrid, 1999.
- *Transmisión de empresa en crisis y Derecho concursal (Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario)*, Granada, 1999.
- “El Derecho social en el umbral del siglo XXI: la nueva fase del Derecho del Trabajo”, *Lan Harremanak*, núm. 2, 2000.
- “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de constitución flexible del trabajo”, en AA.VV. (MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V., Coords.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2003.
- y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Art. 43. Responsabilidad empresarial”, en AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J. L., Dirs.): *Comentario sistemático al texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones del orden social y normas concordantes*, Granada, 2006.
- y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, 1999.
- “Prevención de riesgos laborales y sistema de responsabilidades empresarial, sindical y de los trabajadores”, en AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, 2000.

MONTOYA MEDINA, D.: “Responsabilidad de las promotoras inmobiliarias y propia actividad empresarial”, *REDT*, núm. 130, 2006.

- *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004.

MONTOYA MELGAR, A.: “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *RPS*, núm. 121, 1979.

- “Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”, *REDT*, núm. 16, 1983.
- “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida”, *DL*, núm. 58, 1999.
- “Contratos temporales y principio de estabilidad en el empleo”, *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 32, 2002.

- “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas”, *REDT*, núm. 129, 2006.
- y CRISTÓBAL RONCERO, R.: *Comentario a la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre)*, Madrid, 2004.
- y DURENDEZ SÁEZ, I.: *La sucesión de notarios y sus efectos laborales*, Madrid, 1998.

MORA MATEO, J. E.: “La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004.

MORA ROSADO, S.: “El fenómeno del voluntariado en España”, *Documentación Social*, núm. 104, 1996.

MORALES ORTEGA, J.: “Los destinatarios de las políticas de empleo”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. y CALVO GALLEGO, F. J., Dirs.): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Madrid, 2006.

MORCILLO MORENO, J.: “Las obligaciones del concesionario de obra pública tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 43, 2005.

MORELL OCAÑA, L.: “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.

MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Pamplona, 2002.

MORENO MOLINA, A. M.: “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas”, en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Coords.): *La Ley de Igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007.

- “La insuficiente incorporación del Derecho Comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número monográfico, 2008.

MORENO MOLINA, J. A.: *Contratos públicos. Derecho Comunitario y Derecho español*, Madrid, 1996.

- *El nuevo régimen de la contratación administrativa*, 2ª edición, Madrid, 2000.
- “Los contratos de consultoría, asistencia y servicios”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.

– y PLEITE GUADAMILLAS, F: *El nuevo reglamento de contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2001.

– *Nuevo régimen de contratación administrativa (adaptada al nuevo Reglamento de Contratos y a la Ley de Concesión de Obras Públicas)*, Madrid, 2003.

MORGADO PANADERO, P: “La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral”, *RL*, núm. 23-24, 2002.

– “Las políticas de fomento del empleo a la luz de las últimas reformas laborales”, *RL*, núm. 2, 2007.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Tercer sector: entre el Estado y el mercado”, en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Salamanca 9-11 octubre 2000, Barcelona, 2002.

MURILLO MARINA, J.: “Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral”, *RTSS*, núm. 1, 1991.

NAVARRO NIETO, F: “La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas”, *AL*, núm. 18, 2005.

NICOLÁS BERNAD, J. A.: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, Granada, 2004.

NIETO GARCÍA, A.: “La noche oscura de la función pública”, *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 13, 1980.

– “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, en AA.VV.: *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid, 1984.

NORES TORRES, L. E.: *El trabajo en contratas. La noción de ‘contrata de propia actividad’*, Valencia, 2004.

NÚÑEZ MUNAIZ, R.: *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.

NÚÑEZ-GONZÁLEZ, C.: “La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía. Comentario a la Sentencia de 11 de mayo de 1995 del TSJ de la Comunidad Valenciana”, *TS*, núms. 68-69.

OIT: *Informe sobre el trabajo en el mundo*, Ginebra, 2005.

OJEDA AVILÉS, A.: “El procedimiento de recolocación revisitado”, *REDT*, núm. 14, 1983.

– y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006.

OLMO GASCÓN, A. M.: “Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal”, *AL*, núm. 46, 1996.

ORCARAY REVIRIEGO, J. J.: “El encadenamiento de contrata y subcontratas. La responsabilidad solidaria de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales”, *Revista General de Trabajo y Seguridad Social (Iustel)*, núm. 7, 2004.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “El reto dogmático del principio de eficacia”, *RAP*, núm. 133, 1994.

ORTIZ DE SOLORZANO, C.: “La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)”, *REDT*, núm. 116, 2002.

– “La sustitución de contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y la jurisprudencia del TJCE)”, *REDT*, núm. 116, 2003.

ORTIZ LALLANA, M. C.: “La supervivencia del Derecho del Trabajo”, *AL*, núm. 42, 1999.

PADROS, X. y FORTUNY, J. M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Barcelona, 1995.

PALOMAR OLMEDA, A.: “La protección social de los extranjeros e inmigrantes: una visión desde la jurisprudencia del orden social”, *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, 2005.

– “El principio de igualdad y la interdicción de la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva constitucional”, en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español. Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Valencia, 2005.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Política de empleo y protección social en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en AA.VV. (MARTÍNEZ ABASCAL, V. A, Coord.): *Política de empleo y protección social. Segundas Jornadas Universitarias Tarraconenses de Seguridad Social*, Barcelona, 1996.

PANIZO ROBLES, J. A.: “El nuevo programa de fomento del empleo (comentarios al Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del Crecimiento y del Empleo”, *RTSS (CEF)*, núm. 280, 2006.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985.

PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007.

PARAMIO PARAMIO, A.: “Ámbito jurídico. La organización preventiva en el sector de la construcción”, en AA.VV.: *Coordinadores de seguridad y salud en el sector de la construcción. Manual para su formación*, Valladolid, 2003.

PÁRAMO MONTERO, P.: “En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción”, *RL*, Tomo II, 1997.

PARDELL VEA, A.: “La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, en AA.VV.: *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2005.

PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *DA*, núms. 218-219, 1989.

– JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Vol. I, Barcelona, 1998.

PASCUAL ALLEN, M. C.: “Los contratos temporales y las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada de las legislaciones laborales y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997.

PAZ ARES, C.: “Ánimo de lucro y concepto de sociedad (breves consideraciones a propósito del art. 2.2 LAIE)”, en AA.VV.: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1995.

PEDRAJAS MORENO, A.: “Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa”, en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998.

– y SALA FRANCO, T.: *Contratas y empresas de trabajo temporal: responsabilidades*, Valencia, 2006.

– “Las reformas laborales, de empleo y de Seguridad Social efectuadas por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE del 29 de diciembre de 2004)”, *Tirant on Line*, núm. 526.384.

– “Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Comentario de urgencia de sus aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Tirant on Line*, núm. 1.044.019.

– “La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *Tirant on Line*, núm. 1.126.932.

PEMÁN GAVÍN, J. M.: “La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, *DA*, núm. 271-272, 2005.

PÉREZ AMORÓS, F.: “Retos del Derecho del Trabajo del futuro”, *RDS*, núm. 32, 2006.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990.

– “El concepto de ‘propia actividad’ empresarial”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000.

PÉREZ DEL RÍO, T.: “El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad”, en AAVV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985.

– “La Ley 39/1999, de Conciliación de las Responsabilidades Familiares y Profesionales de las Personas Trabajadoras: temas de debate”, *TL*, núm. 52, 1999.

– y ZAMBONINO PULITO, M.: “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones Públicas”, *RDS*, núm. 43, 2008.

PÉREZ GIL, M. C.: “Las empresas de trabajo temporal: trabajo precario y discriminación”, *AS*, Tomo V, 1998.

PÉREZ LUQUE, A.: *Personal temporal de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1989.

PÉREZ REY, J.: “Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, págs. 95 y ss., 2003.

– “Cuando la Ley no es suficiente: el fomento del empleo en la reforma laboral de 2006”, *RDS*, núm. 38, 2007.

PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión”, *RL*, núm. 1, 1998.

PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: “Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra”, en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994.

PÉREZ-ILLARBE, J. A.: “Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público”, *Zerbitzuan*, núm. 40, 2006.

PLEITE GUADAMILLAS, F.: “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 56, 2006.

PRATS ALBENTOSA, L.: “El Reglamento UE, Roma I, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *La Ley*, núm. 6978, 2008.

PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003.

PURCALLA BONILLA, M. A.: *El trabajo globalizado*, ejemplar multicopiado, Tarragona, 2005.

– “Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica de los artículos 316 y 317 del Código Penal”, *AS*, núm. 22, 2006.

QUINTANA LÓPEZ, T.: “La actividad administrativa de prestación. El servicio público. La doctrina clásica del servicio público. Evolución de la doctrina. Nacionalización y municipalización de servicios y actividades”, en AA.VV.: *Derecho Administrativo*. Parte especial, Madrid, 1995.

– “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obra pública”, *REDA*, núm. 131, 2006.

QUINTANILLA NAVARRO, B.: *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid, 1996.

– “Violencia de género y derechos sociolaborales: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *TL*, núm. 80, 2005.

– y MADRID YAGÜE, P.: “Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2001.

QUIRÓS HIDALGO, G.: “Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento”, *AS*, núm. 4, 2005.

RAMOS MORCILLO, M. J.: “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *RTL*, núm. 68, 1996.

RAMOS QUINTANA, M. I.: “Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo”, *JL*, núm. 10, 2002.

- *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007.
- RAY, J. E.: “Le droit du travail à l’épreuve du télétravail: le statut du télétravailleur”, *DS*, núm. 2, 1996.
- REBOLLO ÁLVAREZ-AMANDI, A.: *La nueva Ley de Fundaciones*, Madrid, 1994.
- REBOLLO PUIG, M.: “Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro”, *Poder Judicial*, núm. 20.
- REBOLLO RICO, A.: “Derechos y obligaciones del concesionario”, en AA.VV. (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003.
- RENTERO JOVER, J.: “Globalización y garantía de la jurisdicción social”, *Contextos*, núm. 3.
- RIVERA SÁNCHEZ, J. R.: *Las horas complementarias en el contrato de trabajo a tiempo parcial*, Pamplona, 2003.
- RIVERO LAMAS, J.: “Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa”, *RPS*, núm. 55, 1962.
- *La novación del contrato de trabajo*, Barcelona, 1963.
- “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *ADC*, T. XXV, 1972.
- “El empleo y las relaciones laborales en el umbral del siglo XXI: una perspectiva comparada”, *TL*, núm. 44, 1997.
- “La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000.
- “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.
- “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: merma de sus garantías y la ‘crisis’ del trabajo subordinado”, *AS*, núm. 5, 2001.
- “La pretendida unificación supranacional del Derecho Social”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 230, 2004.

- “Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas”, *RTSS (CEF)*, núms. 281-282, 2006.
- *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006.
- “Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgo”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, 2006.
- *Responsabilidades de régimen laboral de la Administración en las concesiones de obra pública*, Gijón, 2007.
- “La violencia de género sobre la mujer trabajadora: problemas jurídicos pendientes de solución”, *Revista del Ilustre Colegio de las Islas Baleares*, número monográfico, 2007.
- *La familia en el ámbito jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia, 2008.
- y MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y AGRA VIFORCOS, B.: *La conciliación de la vida laboral y familiar. Especial referencia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León*, Valladolid, 2007.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *RL*, núm. 24, 2000.

RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M.: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, 1993.

RODRÍGUEZ RAMOS, M^a. J.: “La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva (CEE) sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales”, *AL*, núm. 12, 1992.

- *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, 1995.
- *Procedimiento de elecciones a representantes de los trabajadores y funcionarios*, Pamplona, 1995.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La Ley 14/1994, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F y CASAS BAAMONDE, M^a. E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994.

- *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994.
- “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *TL*, núm. 56, 2000.
- y CALVO GALLEGO, J.: *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*, Valencia, 2000.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *RPS*, núm. 93, 1972.

- “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, *RPS*, núm. 121, 1979.

- “Exclusiones, reservas y preferencias de empleo”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. IV, Madrid, 1983.
- “El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET”, *RL*, núm. 5, 1996.
- “Propia actividad y contrata”, *RL*, núm. 6, 1996.
- “Encadenamiento de contratas y transmisión de empresa”, *RL*, núm. 15, 1996.
- “La igualdad de los tratamientos laborales y su relevancia constitucional”, *RL*, núm. 22, 1998.
- “Seguridad Social, maternidad y familia”, *RL*, núm. 14, 2000.
- “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *RL*, núm. 5, 2000.
- “Seguridad Social y asistencia social en el marco de la descentralización de la política de protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003.
- “Descentralización productiva y sucesión de empresas”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.): *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid, 2004.
- “La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 11, 2005.
- “El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer”, *RL*, núm. 8, 2006.
- “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *RL*, núm. 4, 2008.
- “Un nuevo paso en la protección jurídica de las personas con discapacidad”, *RL*, núm. 18, 2008.
- “El caso Rüffert: ¿una constitucionalización del dumping social?”, *RL*, núm. 15-16, 2008.
- y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones”, en AA.VV.: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1985.
- *Igualdad y no discriminación por razón de sexo*, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: “La participación de los trabajadores en la empresa”, *RPS*, núm. 121, 1979.

- y PÉREZ DEL RÍO, T.: “La política de fomento del empleo de calidad”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: “Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al art. 17.1)”, *REDT*, núm. 100, 2000.

ROJO TORRECILLA, E.: “Protección social y rentas mínimas de inserción: de la cobertura económica al derecho de ciudadanía”, en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Seguridad Social y protección social. Temas de actualidad*, Madrid, 1986.

- “Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 18, 1997.
- “Las políticas de empleo. Especial atención a las políticas de inserción para los colectivos más desfavorecidos”, *RL*, núm. 8, 1998.
- “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta”, *TL*, núm. 59, 2001.
- “La regulación jurídica de las empresas de inserción”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M. I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de las empresas de economía social*, Oviedo, 2002.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Incapacidad permanente y reconocimiento automático de minusvalía (Comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2006 (rec. núm. 1359/2006), y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006 (rec. núm. 1033/2005)”, *RTSS (CEF)*, núm 288, 2007.

ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario. El ejemplo sevillano”, *RDS*, núm. 36, 2006.

- “El pliego de cláusulas administrativas generales de calidad social en la contratación pública del Ayuntamiento de Sevilla”, *RDS*, núm. 41, 2008.

ROMERO RÓDENAS, M. J.: “Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas”, *AL*, núm. 25, 1998.

ROQUETA BUJ, R.: “La contratación administrativa del personal: evolución”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001.

RUANO RODRÍGUEZ, L.: “Fortaleza física y discriminación por sexo (a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1996, de 3 de diciembre)”, *RL*, núm. 13, 1998.

RUBIO DE MEDINA, M. D.: “El programa de fomento de empleo aprobado por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio”, *Información Laboral*, núm. 30, 2006.

RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A.: “La clasificación de las empresas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136.

RUIZ MIGUEL, A.: “Discriminación inversa e igualdad”, en AA.VV. (VALCÁRCEL, A., Comp.): *El concepto de igualdad*, Madrid, 1994.

SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, 1994.

SAINZ MORENO, F.: “El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, y de la Ley 23/1988”, *RAP*, núm. 117, 1988.

SALA ARQUER, J. M.: *El principio de continuidad de los servicios públicos (sus orígenes en Derecho español)*, Madrid, 1977.

SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994.

– “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001.

– “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *AL*, núm. 1, 2005.

SALCEDO BELTRÁN, M. C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005.

SALINAS MOLINA, F.: “Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora”, *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999.

SAN MARTÍN AGUILAR, L. F.: “Las empresas de trabajo temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RTSS (CEF)*, núm. 192, 1992.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Contrato de puesta a disposición”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ DE LA ARENA, M. A.: “Análisis de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *JS*, núm. 29, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Actuaciones preparatorias, tramitación de expedientes de contratación y adjudicación de los contratos”, en AA.VV.: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “El acceso al trabajo y las empresas de trabajo temporal”, en AA.VV.: *Jornadas de Estudio sobre la Reforma del Ordenamiento Laboral*, Barcelona, 1994.

– “La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, *DL*, núm. 46, 1995.

SÁNCHEZ RIVERA, R.: “La conceptualización del tercer sector solidario o filantrópico en España”, en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales. XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Barcelona, 2002.

SÁNCHEZ TERÁN HERNÁNDEZ, J. M.: “La derivación de responsabilidad por deudas de la Seguridad Social en la subcontratación del sector de la construcción”, *RTSS (CEF)*, núm. 295, 2007.

SÁNCHEZ, M. C.; SILVAN, E. y URBANO, E.: “La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración”, en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A., Coord.): *El tratamiento del género en el ordenamiento español (una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J. M. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M.: *Los trabajadores discapacitados. Contratación, incentivos, centros especiales de empleo, prestaciones especiales, fiscalidades*, Valencia, 2000.

SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y.: “Empleo, protección social y lucha contra la exclusión social”, *Documentación Administrativa*, núms. 271-272, 2005.

SANGUINETTI RAYMOND, W.: *Teletrabajo y globalización*, Madrid, 2003.

– “La reconstrucción del Derecho del Trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?”, *RL*, Tomo II, 2004.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 2000.

SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.

SELLAS I BENVINGUT, R.: *El régimen jurídico del trabajo en España*, Pamplona, 2001.

SELMA PENALVA, A.: “Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública”, *AS*, núm. 11, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El Tratado de Amsterdam y el Derecho Social Europeo”, *AS*, T. V, 1998.

– “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *TS*, núm. 91, 1998.

– “El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo”, *AS*, T. V, 1999.

– “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en AA.VV. (MUERZA ESPARZA, J., Coord.): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Pamplona, 2005.

– “La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales”, *RMTAS*, núm. 58, 2005.

- “Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción”, en AA.VV. (DEL VAL TENA, A. L. y GARCÍA BLASCO, J., Coords.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona, 2007.
- “Posibilidades descentralizadoras de promotor, contratistas y subcontratistas de la construcción tras la Ley 32/2006”, *AS*, núm. 1, 2007.
- y ÁGUILA CAZORLA, O.: “Invalidez”, en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia, 2003.
- y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2003.
- y CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: *Políticas sociolaborales*, Madrid, 2005.

SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001.

SOLER VILAR, A. y OLLER RUBERT, M.: “Art. 33”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J. I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, 2007.

SORIANO GARCÍA, J. E.: *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, 1993.

SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004.

SUAY RINCÓN, J.: “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”, en AA.VV. (GÓMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004.

SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994.

- “Prólogo”, a la obra de GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2004.

SUSIN BENTRAN, R.: *La regulación de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Logroño, 1977.

TASCÓN LÓPEZ, R.: “Las medidas dirigidas a combatir el encadenamiento de contratos temporales”, en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., Coord.): *Aspectos puntuales de la reforma laboral de 2006*, Murcia, 2006.

- Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa, Madrid, 2008.

TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *La siniestralidad laboral como delito*, Albacete, 2006.

THIBAUT ARANDA, J.: *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, Madrid, 2000.

TOBLER, C.: “Encore: women’s clauses in public procurement under Community Law”, *European Law Review*, núm. 6, 2000.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “La responsabilidad empresarial por contrata y subcontratas”, *RL*, núm. 13, 1998.

– *Prontuario de seguridad y salud laboral en la construcción*, Pamplona, 2004.

– “La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J. R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007.

– *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008.

TORNOS MAS, J.: “De las actuaciones relativas a la contratación”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.

TORRENTS MARGALLEF, J.: “Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores discapacitados”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005.

TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997.

TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *AS*, núm. 15, 2007.

TUSET DEL PINO, P.: *La contratación de trabajadores minusválidos*, Pamplona, 2000.

– “El centro especial de empleo. Naturaleza y clases. Gestión y financiación”, en AA.VV. (ROMERO RÓDENAS, M. J., Coord.): *Trabajo y protección social del discapacitado*, Albacete, 2003.

– “La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez”, *AS*, núm. 5, 2006.

URÍA FERNÁNDEZ, F.: “Primeras impresiones en relación con el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *La Ley*, Tomo II, 2006.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: “Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas”, en AA.VV. (GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004.

VALLECILLO GÁMEZ, M. R. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Regulación de las empresas de inserción: marco normativo y análisis económico (Comentario a la Ley 44/2007, de 14 de diciembre)”, *RTSS (CEF)*, núm. 298, 2008.

– *Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión*, Granada, 2008.

VALDÉS ALONSO, A.: “Contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública (Comentario STS 4ª de 30 de mayo de 2007)”, *RL*, núm. 21, 2007.

VALDÉS DAL-RE, F.: “Tiempo de trabajo y trabajo a tiempo parcial”, *RL*, T. II, 1994.

– “Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I y II)”, *RL*, núms. 1 y 2, 1995.

– “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1995.

– “La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002.

– “Empresarios sin empresas y empresas sin empresarios: los problemas de la representación y negociación colectiva de los trabajadores de las ETT”, *RL*, núm. 6, 2006.

– “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos”, en AA.VV. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Madrid, 2005.

VALLE MUÑIZ, J. M. y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “Comentario al art. 316”, en AA.VV. (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.): *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª edición, Pamplona, 2001.

VALLE MUÑOZ, F. A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid, 1999.

VALVERDE ASENCIO, A.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Valencia, 1997.

– “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *TL*, núm. 86, 2006.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales”, *La Ley*, núm. 6382, 2005.

VERNIA TRILLO, S.: “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, 2002.

VICENTE IGLESIAS, J. L.: “Reflexiones sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *La Ley*, núm. 6871, 2008.

VIDAL, I.: “El mercado, el Estado del bienestar y el sector de la economía social”, en AA.VV. (ÁLVAREZ VEGA, M. I., Coord.): *Aspectos jurídico y económico de la empresa de economía social*, Oviedo, 2002.

VILANOVA, E. y VILANOVA, R.: *Las otras empresas. Experiencias de economía alternativa y solidaria en el Estado Español*, Madrid, 1996.

VILCHES ARRIBAS, M. J.: “La acción positiva como instrumento para la igualdad de oportunidades: una perspectiva sindical”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 6, 1995.

VILLAR CAÑADA, I. M.: “Los enclaves laborales”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 2005.

VILLAR EZCURRA, J. L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981.

VILLAR PALASÍ, J. L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964.

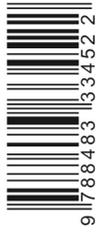
– y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho Administrativo*, T. III, Madrid, 1983.

VILLAR ROJAS, F. J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993.

– “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *DA*, núm. 271-272, 2005.

WILLIAMS, C. L.: *Gender differences at work. Women and men in non-traditional occupations*, California, 1989.

9 78-84-8333-452-2



9 788483 33452 2