

12/05/2011

María Asunción Sanmartín Mora

Todavía está muy reciente la aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y de hecho aún no se ha producido su entrada en vigor, pero un vistazo rápido nos deja ya las primeras sorpresas, como la sustitución respecto de la exigencia de clasificación, de los términos “importe” y “presupuesto” utilizados en el artículo 54 de la Ley por el muy distinto “valor estimado” del artículo 65 del Texto Refundido. Hoy sin embargo quiero poner la vista en la suerte que ha corrido el artículo 70 bis de la ley.

---

El artículo 70 bis fue introducido en la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su redacción causó desconcierto entre los gestores de la contratación ya que dispone que los órganos de contratación ponderaran, en los supuestos en que ello resulte obligatorio, que los licitadores cumplan con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante LISMI), relativo a la obligación de contar con un 2% de los trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

El término “ponderación” tiene varias acepciones, una que es sinónimo de valoración, y otra que equivale a examinar con cuidado algún asunto. La valoración del cumplimiento del artículo 38 LISMI resulta difícil de aplicar, en primer lugar y desde un punto de vista casi gramatical, porque ponderar casa mal con obligatoriedad, no es admisible ponderar el cumplimiento de una obligación legal. Pero es que además y ateniéndonos estrictamente a lo previsto en la LCSP, el cumplimiento del artículo 38 LISMI difícilmente puede usarse como criterio de valoración, ya que con carácter general no guardará relación directa con el objeto del contrato como exige el artículo 134 LCSP. En segundo lugar, el artículo 70 bis se sitúa en la subsección dedicada a la solvencia, la cual no admite, salvo en procedimientos como el restringido o el negociado con publicidad, una selección previa de licitadores en base a criterios de solvencia y solo respecto de los contenidos en los artículos 64 a 68.

Si se revisan los antecedentes parlamentarios del precepto, se comprueba que la intención de los promotores era la de comprobar en todos los contratos con la Administración Pública, que los licitadores cumplieran con lo dispuesto en el artículo 38 LISMI, y en ese sentido las enmiendas de adición que fueron varias y todas similares, hablaban de “exigir” al empresario la acreditación del cumplimiento de dichas obligaciones. Durante la tramitación en el Senado, sin embargo, se llegó a una transacción introduciendo el término “ponderación”, ya que el Grupo Parlamentario Socialista estimaba el contenido original del precepto contrario a la Directiva 2004/18/CE, al introducir de manera indirecta una prohibición para contratar.

Es cierto que dada la configuración de las prohibiciones de contratar en la LCSP, el incumplimiento del artículo 38 LISMI, al igual que ocurre con otros supuestos de infracciones del orden social y laboral, no tiene unos efectos inmediatos, ya que el artículo 49.1 c) en el que se encuadra este supuesto, no es de apreciación automática por el órgano de contratación sino que de acuerdo con el artículo 50 LCSP requiere una declaración del Ministro de Economía y

Hacienda y su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. Por ello, resulta dudoso que un órgano de contratación que comprueba en un procedimiento de contratación que un licitador no cumple con lo establecido en el artículo 38 LISMI, pueda excluirlo del procedimiento, pero podría entenderse que el artículo 70 bis intentaba avanzar en esa vía, en base a la segunda acepción del término “ponderar”, permitiendo a los órganos de contratación examinar el cumplimiento del artículo 38 LISMI.

Sin embargo, la opción del Real Decreto Legislativo 3/2011 de integrar el artículo 70 bis como apartado primero de la Disposición Adicional Cuarta, relativa a la “Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y entidades sin ánimo de lucro” viene a clarificar la cuestión, pues a mi entender, acota la “ponderación” del cumplimiento del artículo 38 LISMI a la posibilidad de señalar en los pliegos la preferencia en la adjudicación de los contratos a las empresas que tengan en su plantilla una mayor proporción de personas con discapacidad.

Ciertamente este cambio de ubicación del precepto, supone una “interpretación” del mismo que lo neutraliza y lo deja sin efecto alguno, al amparo de la autorización de la elaboración del Texto Refundido que contiene la Disposición final trigésimo segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que no se circunscribe a la mera formulación de un texto único, sino que incluye la regularización, aclaración y armonización.

Queda para otra ocasión preguntarse si realmente se podría configurar el cumplimiento del artículo 38 LISMI como un requisito previo exigible a los licitadores, cuya infracción determinaría la exclusión del procedimiento de adjudicación.