

RESERVA DE CONTRATOS A LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO DE INICIATIVA SOCIAL: RÉGIMEN JURÍDICO Y DOCTRINA CONSULTIVA Y DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES

Beatriz Martín Lorenzo

Letrada del Consejo Consultivo de Castilla y León

Letrada del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

RESUMEN

La reserva de contratos a los Centros Especiales de Empleo, si bien excepciona el principio general de libre competencia, se autoriza por el derecho comunitario y el nacional como instrumento estratégico al servicio de la integración social de personas o colectivos con dificultades de empleabilidad. En este artículo se exponen las líneas principales de su régimen jurídico, de la doctrina consultiva y de los Tribunales de recursos contractuales a propósito de los distintos rasgos caracterizadores de los contratos reservados y de las novedades que en esta figura introduce la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con el establecimiento de porcentajes mínimos de reserva y la limitación de la reserva a los Centros Especiales de Empleo de “iniciativa social”, con la eventual discriminación que ello podría suponer para los de “iniciativa empresarial”, que sin embargo se descarta.

PALABRAS CLAVE: Contratos reservados, centros especiales de empleo, iniciativa social, discapacidad, Directiva 2014/24/UE; LCSP 9/2017, juntas consultivas, Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

CLAVES ECONLIT: B55, J14, K12.

RESERVATION OF CONTRACTS TO SPECIAL EMPLOYMENT CENTERS OF SOCIAL INITIATIVE: LEGAL REGIME AND ADVISORY DOCTRINE AND DOCTRINE OF THE ADMINISTRATIVE COURTS OF CONTRACTUAL RESOURCES

EXPANDED ABSTRACT

The reservation of public contracts to the Special Employment Centres is laid down as an exception to the principle of free competition on public procurement, recognised in Article 18 of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and the Council.

This exception is justified on the Consideration 36 of the Directive, concerning the objective pursued by the reservation, aimed at the social integration of persons with disabilities and disadvantages. To this end, the reservation is authorised in Article 20 of the Directive, which recognises the power of Member States to make reservations of contracts, determining the minimum percentage of persons with disabilities or disadvantages that protected workshops must employ, and the necessary publicity to be given to the reservation of the contract in the call for tenders.

The Spanish Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts, transposing into Spanish law the Directives of the European Parliament and the Council 2014/23/EU and 2014/24/EU, refers specifically to the "Principles of equal treatment, transparency and free competition" in Article 132 that expressly accepts the participation restriction represented by the reservation of contracts for social reasons. In turn, Article 94 of this Law allows the contracting authority to agree on the reservation, an option which must in any case be in accordance with the regime established by the fourth additional provision of Law 9/2017.

Unlike the previous regulation, contained in the consolidated text of the Law on Public Sector Contracts, approved by Royal Legislative Decree 3/2011, of November 14, the fourth additional provision of Law 9/2017 introduces two main innovations: the first one, the limitation of the subjective scope of the reserve to the Special Employment Centres, referred to as "social initiative"; and the second one, the requirement that the set of contracts reserved by each Administration reaches the minimum percentage that is established for each one.

Thus, the reservation, which in the previous legislation extended to all Special Employment Centres, is now limited to the Special Employment Centres of "Social

Initiative", a category that is defined as a novelty in the final fourteenth provision of Law 9/2017, which modifies at this point the Consolidated Text of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities and their social inclusion, approved by Royal Law Decree 1/2013 of 29 November by incorporating a fourth paragraph into Article 43.

According to this new provision, the requirements for the consideration of a Special Employment Centre as a "Social Initiative" ones are summarized as follows:

- Compliance with the general requirements established for all Special Employment Centres of Article 43, points 1 and 2, of the Consolidated Text of the General Law on the Rights of Persons with Disabilities.
- The absence of profit aim, determined by the obligation to reinvest all profits in the same or another Employment Centre of Social Initiative, for the improvement of the employment of the group of persons with disabilities, the competitiveness of these persons and their social economy activity.
- That the Center be promoted and participated in more than 50% by non-profit entities or entities with social character recognized in their Statutes or having the majority of the capital stock of the mercantile companies holding the Special Employment Centres.

The new regulation of the reservations of contracts to the Special Employment Centres under Article 20 of Directive 2004/18/EC has raised a number of questions that have been analysed by various pronouncements of advisory bodies and administrative tribunals responsible for solving special appeals with regard to contracting.

Initially, the mandatory or optional nature of the transposition of Article 20 of the Directive for Member States was discussed on the occasion of the analysis of the eventual direct effect of that provision, derived from the Spain's failure to comply with the end of the period for Directive transposition, laid down on 18 April 2016. In that regard, the various bodies that examined this issue acknowledged the voluntary nature of the transposition of Article 20 of the Directive.

Moreover, the limitation in the subjective area of the reservation of contracts introduced by Ley 9/2017 concerning the Special Employment Centres has determined the questioning of whether the transposition made by the Law, by exclusive reference to those of "Social Initiative" characterised by the absence of profit aim, has been consistent with Article 20 of the Directive, a circumstance on which even the raise of a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union was initially proposed by the

Special Employment Centres of “Social Initiative”, although said raise was not finally held because the Contractual Resources Courts considered that there is no contravention of Directive 2014/24/EU, given that Article 20 does not limit the legal form of entities eligible to be beneficiaries of the reservation, which may vary depending on the Member State, so that the option chosen by the National Legislator considering the Special Employment Centres as beneficiaries of contracts reserved for the “Social Initiative” does not conflict directly with Community legislation.

Finally, the present work discusses a number of pronouncements of the Advisory Boards and the bodies responsible for solving special procurement resources, which have outlined the peculiar characteristics of the procedure for the award of reserved contracts. Thus, among the issues addressed in the work, we can find those related to the consequences of the lack of adoption of the pre-litigation agreement setting the minimum percentage of the reservation; the need to justify the decision to reserve the contract; the status of Special Employment Center of “Social Initiative” as a required condition for accessing the contract and the questioning of the possibility of subcontracting in the reserved contracts; the object of the reservation; or the prohibition of the extension of the reservation to all lots of a contract by expelling small and medium-sized enterprises from the market, this way restricting unduly the free competition.

In any case, it would be desirable, in favour of legal certainty, to better demarcate legally the aspects that characterise the reserved contracts, thereby reducing the discretion that, in the absence of such precision, each contracting authority must implement when exercising the reservation provided by Article 99 of the LCSP, with sights set on the need to strengthen the possibilities of employment and the better labour and social integration of the collective of persons with disabilities and, in particular, that of persons with disabilities with special difficulties in accessing employment.

KEY WORDS: Reserved contracts, special employment centers, social initiative, disability, Directive 2014/24/EU, LCSP 9/2017, advisory boards, Administrative Courts of Contractual Resources.

SUMARIO

1. El principio de libre concurrencia y la reserva de contratos a los centros especiales de empleo. 2. Tratamiento de la reserva de contratos a los centros especiales de empleo en la Directiva 2014/24/UE y en la LCSP 9/2017. 3. Doctrina consultiva y de los Tribunales Administrativos de recursos sobre la reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social. 3.1 Carácter potestativo de la transposición. 3.2 Limitación de la reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social. 3.3 Aspectos caracterizadores de la reserva de contratos regulada en disposición adicional cuarta de la LCSP. 4. Conclusiones. Bibliografía.

1. El principio de libre concurrencia y la reserva de contratos a los centros especiales de empleo

Entre los “Principios de contratación” que recoge el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE cobra especial relevancia el de libre concurrencia que enuncia su apartado primero, a cuyo tenor, *“Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”*.

Sin embargo, la aplicación del principio de libre concurrencia se matiza cuando confluye con otros intereses igualmente dignos de protección y así, entre sus primeros considerandos, el tercero, la Directiva de Contratos 2014/24/UE previene que *“Al aplicar la presente Directiva debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad¹, en particular en relación con la elección de medios de comunicación, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución del contrato”*. En virtud del artículo 4 de la Convención, los Estados firmantes adquirieron el compromiso de adoptar

1. Aprobada mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (DO L 23 de 27.1.2010).

todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que fueran pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, entre ellos, el de “Trabajo y empleo” al que se refiere su artículo 27². De acuerdo con este objetivo, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, compelió al Gobierno a promover la adopción de medidas para “*Establecer condiciones en los contratos del sector público relacionadas con el porcentaje de empleo de las personas con discapacidad en la ejecución de los mismos*” (D.F. 1^a).

Los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país³. A este respecto, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Conseguir que la contratación pública funcione a Europa y para Europa”, publicada el 3 de octubre de 2017⁴, considera que con dicha regulación no solo se trata de obtener una mejor relación calidad-precio para el dinero público, sino también de “proporcionar mejores resultados para los objetivos sociales y de otras políticas públicas”. Pese a ello, la Comunicación advierte de que “los Estados Miembros no están utilizando plenamente las posibilidades de la contratación pública como herramienta estratégica para fomentar objetivos de política social sostenibles y la innovación”⁵.

2. Sobre este particular puede consultarse Rubio de Medina, M.D: “Las referencias al empleo en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2013.

3. A ello se refirió ya el Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre las “Especialidades de contratación en Servicios Sociales: Convenios de financiación”. A su vez un interesante análisis del reconocimiento normativo de la dimensión estratégica de la contratación pública se encuentra en Medina Arnáiz, T: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, Thomson Reuters, Observatorio de los contratos públicos 2018, 1^a edición, agosto 2019.

4. COM (2017) 572 final. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-572-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

5. Ferrando García, F.M. y Rodríguez Egío, M.M: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: Un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al «dumping» social”, en García Romero, M.B/ Pardo López, M.M. (Dir.) y otros, *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1^a edición, febrero 2018., pág. 3.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de acuerdo con la enunciación de los principios generales de la contratación pública, en el que se inserta el de facilitar el acceso a la contratación pública de las empresas de economía social (art. 1.3), se refiere específicamente a los “Principios de igualdad, transparencia y libre competencia” en el artículo 132, en el que admite expresamente la limitación a la participación que la reserva de contratos representa por razones sociales⁶. Dispone en este sentido, en su apartado primero, que “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad. En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta*”.

La reserva de contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo (en adelante, CEE) se introdujo como novedad en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con fundamento en el Considerando 28 y el artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, pues no es hasta esta tercera generación de Directivas en materia de contratación pública cuando se recoge, con carácter expreso, la posibilidad de utilizar aspectos sociales como criterio de adjudicación de los contratos sobre la base de la jurisprudencia del TJUE⁷. El “Libro Verde para la Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el Futuro”, publicado en 1996, mencionaba la posibilidad de constituir un “mercado cautivo para un taller protegido, del cual no cabe esperar que haga frente a la competencia de empresas comerciales tradicionales con una productividad normal” (Comisión Europea, 1996:43), lo cual puede considerarse un antecedente de lo que posteriormente recoge la Directiva de 2004 en su artículo 19 sobre los contratos reservados⁸. El empleo protegido se deriva así de la necesidad social de crear puestos

6. Así se calificaba ya, en respuesta a la consulta formulada por la Federación Empresarial de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM), en el Informe 1/12, de 20 de noviembre de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según el cual “La reserva a Centros Especiales de Empleo actualmente prevista en la disposición adicional quinta del TRLCSP constituye una excepción al régimen de licitación previsto con carácter general para los contratos de las Administraciones Públicas, por motivos de carácter social”.

7. A esta evolución se refiere Moleón Alberdi, M.E: “Los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública”, Gabilex nº19, septiembre 2019, págs. 93-94. <http://gabilex.castillalamancha.es>

8. Así lo entienden Mendoza Jiménez, J., Román Cervantes, C. y Hernández López, M: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 33, 2018, pág. 6.

de trabajo alternativos a los ordinarios o autónomos para las personas con discapacidad que les permitan su total integración social y, simultáneamente, les procure la protección que precisan. Y a esta exigencia responde la creación de los Centros Especiales de Empleo, que son por ello, una forma específica de realizar Economía Social⁹.

La opción de reserva se configuró en la Ley 30/2007 con carácter potestativo¹⁰. El mismo carácter potestativo se mantuvo en la disposición adicional quinta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Es a partir de la reforma operada en el TRLCSP por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, cuando la reserva se torna en obligatoria y se amplía su ámbito subjetivo, limitado hasta entonces a los CEE respecto de personas con discapacidad, a las empresas de inserción, en relación con los colectivos en riesgo de exclusión social referidos en su normativa reguladora¹¹.

Como señala la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 860/2018, de 1 de octubre, la obligatoriedad de la reserva constituyó “la gran novedad, mientras la redacción original de la Ley 30/2007 que se mantuvo en el derogado TRLCSP hablaba de ‘podrá reservarse’, la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, incluyó el mandato de ‘mediante acuerdo del Consejo de Ministros o a través del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva’”.

Con anterioridad a la reforma operada por la citada Ley 31/2015, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (IJCCA) de la Comunidad Autónoma de Aragón 16/2010, de 1 de diciembre, se pronunció sobre la posi-

9. Grimaldos García, M.I: “Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 26, 2015, pág. 6.

10. La disposición adicional séptima de la Ley 30/2007 dispuso “*Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por ciento de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. (...)*”.

11. Se refiere a ello Pozo Bouzas, E.G: “Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”. El Derecho.com, Lefebvre, 9 de marzo de 2018.

bilidad de establecer, mediante instrucciones, cupos de reserva en favor de Centros Especiales de Empleo, opción que descartó al entender que la limitación del principio de libre concurrencia exigía que ello se llevase a cabo mediante una norma con rango de ley. En este sentido señala que “la posibilidad de excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, en tanto supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública, no es admisible que se pueda articular mediante unas ‘instrucciones de contratación’. Por tanto, a juicio de esta Junta -como ya se señaló en nuestro Informe 17/2008, de 21 de julio-, la única forma es que mediante una norma con rango de Ley se reserve directamente la participación en procedimientos de adjudicación a unos destinatarios concretos, fijando a través de sus actos legislativos un porcentaje mínimo del volumen de contratación que quede reservado a determinados sectores. De esta manera, se da plena efectividad al objetivo buscado por la Directiva. En el caso de no establecer ese mínimo, y permitir que sea cada órgano de contratación el que decida si reserva o no un contrato (hablando la normativa que ‘la Administración podrá reservar...’), puede llevar, simplemente, a que ningún órgano de contratación realice esa reserva, dejando vacía de contenido la previsión de la Directiva europea (...)”.

La posibilidad de excepcionar las reglas de concurrencia propias de la contratación pública en favor de entidades sin ánimo de lucro ha encontrado a su vez respaldo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en diversas sentencias, tales como la de 28 de enero de 2016, asunto C-50/14, decisión prejudicial, caso Casta, que junto a la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, decisión prejudicial, caso Spezzino, tuvieron como precedente principal la Sentencia de 17 de junio de 1997, recaída en el asunto Sodemare (C-70/95), en el que se planteó la compatibilidad con el derecho comunitario de la conformación de un sistema de asistencia social reservado a entidades sin ánimo de lucro y en el que el Tribunal concluye que tal sistema se basa en el principio de solidaridad y avala que el Estado italiano, en ejercicio de su competencia pueda considerar que la mejor forma de alcanzar sus objetivos en la contratación pública, sea mediante el requisito de la ausencia de ánimo de lucro¹². Por su

12. Sendra Pérez, E: “Contratos reservados”, en Recuerda Girela, M.A. (Dir.) y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, junio 2018, pág. 1.965. A su vez, un comentario detallado de la STJUE de 28 de enero de 2016, Casta y otros, puede encontrarse en Gimeno Feliú, J.M: “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias”, Observatorio de Contratación Pública, 9 de febrero de 2018.

parte, el Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), señaló que “La reserva de contratación pública abierta a los talleres protegidos de todos los Estados miembros, si respeta el principio de transparencia, resulta, en principio, admisible y así se reconoce en la STJCE de 18 de noviembre de 1999, Asunto Unitrom (C-275/98) y en la Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Asunto Telaustria (C-324/98).

En definitiva, puede decirse que la reserva de contratos en cuanto instrumento de contratación socialmente responsable o estratégica justifica la limitación del principio de libre concurrencia, por las razones de interés general que le sirven de fundamento, en este caso, la inserción laboral de las personas con dificultades de acceso al mercado de trabajo, siempre que sea proporcionada, es decir, necesaria, idónea y adecuada para el fin expresado.

2. Tratamiento de la reserva de contratos a los centros especiales de empleo en la Directiva 2014/24/UE y en la LCSP 9/2017

El empleo y la lucha contra la pobreza son dos de los cinco objetivos para Europa 2020, y, en particular, para la consecución del llamado “Crecimiento Integrador”, que incluye por parte de la Unión Europea el “Concebir y aplicar programas de promoción de la innovación social para los más vulnerables, en particular facilitando una educación innovadora, formación y oportunidades de empleo para las comunidades más desasistidas, luchar contra la discriminación (por ejemplo, de los discapacitados) y desarrollar una nueva agenda para la integración de los inmigrantes con el fin de que puedan explotar plenamente su potencia”. Por su parte, en su respectivo nivel, los Estados miembros para el logro de aquellos necesitarán, entre otras actuaciones, “Promover la responsabilidad colectiva e individual compartida en la lucha contra la pobreza y la exclusión social” o “Definir y aplicar medidas adaptadas a las circunstancias específicas de grupos que presentan riesgos particulares (por ejemplo, (...), discapacitados y personas sin hogar)¹³.

13. COMISIÓN EUROPEA [COM (2010) 2020 final], de 3.3.2010. EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES>

De ello se hace eco la Directiva 2014/24/UE, en su Considerando 36, que insiste en el valor del empleo como elemento integrador y favorecedor de la igualdad de las personas con dificultades de inserción en el mercado laboral. Señala a este respecto que *“El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados”*.

Ahora bien, consciente de la dificultad que representa para estas entidades la libre actuación en el mercado, en el mismo Considerando se permite la reserva de contratos a su favor, como excepción al principio general de libre concurrencia que aparece justificada, precisamente, por los objetivos de integración laboral de los colectivos empleados en ellas. En este sentido, el Considerando 36 de la Directiva prosigue diciendo que *“Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido”*.

De acuerdo con la motivación anterior, el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, sobre “Contratos reservados”, dispone lo siguiente:

- 1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos¹⁴.*
- 2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo.*

14. Como destaca García Blanco, J. M.: “Consideraciones de tipo social y ambiental”, en Mestre Delgado, J.F. y Manent Alonso, L. (Dir.), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 476, “Las directivas comunitarias utilizan la expresión “talleres” ajena a nuestra normativa (...), lo que ha sido adaptado en nuestro ordenamiento a las reservas a CEE, empresas de inserción y reserva de ejecución en el marco de empleo protegido”.

El artículo 24 de la Directiva 2014/23/UE establece una previsión similar referida a la posibilidad de reserva de concesiones, centrada doblemente en que, por un lado, el fin u objeto social o fundacional principal de la entidad se corresponda con la integración de personas discapacitadas o desfavorecidas y, por otro, en que se alcance el porcentaje marcado de trabajadores discapacitados o desfavorecidos sobre el total de composición de la plantilla.

El tratamiento que dispensa esta nueva generación de Directivas 2014 supone un relativo avance en relación a la opción de reserva prevista en la precedente Directiva 2004/18/CE, que abordaba la regulación de los contratos reservados por referencia exclusiva al colectivo de discapacitados que, además, debía ser mayoritario en la entidad de empleo protegido. En este sentido, su artículo 19 señalaba 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”*.

La opción que brinda a los Estados actualmente el artículo 20 de la Directiva de Contratos, ha encontrado su traslación en España a través del artículo 99.4, último párrafo, de la LCSP. Este precepto, de carácter básico, admite la reserva de contratos o lotes a favor de los CEE o empresas de inserción, como excepción al principio de libre competencia recogido en el artículo 132 de la LCSP, al establecer que el órgano de contratación *“Podrá reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta. (...)”*.

Aunque este trabajo se centra en el análisis de la reserva regulada en la disposición adicional cuarta, baste señalar que el mismo artículo 99.4 hace mención a la otra posibilidad de reserva que permite la LCSP en la disposición adicional cuadragésima octava, en la que se transpone el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE¹⁵. A diferencia de la primera, esta otra modalidad de reserva es de aplicación voluntaria y limitada por su tipo y objeto a los contratos de servicios

15. Como justificación de esta modalidad de reserva el Considerando 118 de la Directiva 2014/24/UE señala que *“Para garantizar la continuidad de los servicios públicos, la presente Directiva debe permitir que la participación en procedimientos de licitación de determinados servicios en el ámbito de los servicios sanitarios, sociales y culturales se reserve a organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal parti-*

de carácter social, cultural y de salud cuyos códigos CPV están incluidos en el Anexo IV de la LCSP, dispone de una duración máxima de tres años y está condicionada a que la organización no haya sido adjudicataria de la misma reserva en los últimos tres años.

Volviendo a la reserva en favor de los CEE, hay que tener en cuenta que la facultad que se concede al órgano de contratación para acordar la reserva en el artículo 99.4 de la LCSP se relativiza sin embargo en el mismo precepto, por la necesidad de que su opción se ajuste al régimen que establece la disposición adicional cuarta de la LCSP de la que, básicamente, resultan los dos siguientes condicionantes:

- Limitación del ámbito subjetivo de la reserva a los Centros Especiales de Empleo, denominados “de iniciativa social” (en adelante, CEEIS)¹⁶.
- Necesidad de que el conjunto de contratos reservados a su amparo por cada Administración, alcance el porcentaje mínimo que se establezca por cada una de ellas.

La disposición adicional cuarta, apartado primero, de la LCSP, de carácter básico a excepción de su párrafo 3º, establece lo siguiente:

1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007,

cipe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales. El ámbito de la presente disposición debe limitarse exclusivamente a determinados servicios sanitarios y sociales y otros servicios conexos, determinados servicios educativos y de formación, bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales, servicios deportivos y servicios a hogares particulares, y no pretende que queden sujetas a ella ninguna de las demás exclusiones previstas en la presente Directiva. Dichos servicios deben estar sujetos únicamente al régimen simplificado”.

16. El proyecto de Ley aprobado por el Gobierno (BOCG de 2-12-2016) no recogió inicialmente la condición de que se tratase de Centros de “Iniciativa Social”, que se incorporó al texto de la Ley a raíz de las enmiendas formuladas por distintos grupos parlamentarios (núms. 194, 320, 771 y 955) http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-2.PDF

de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

El Acuerdo de Consejo de Ministros a que se refiere este apartado deberá adoptarse en el plazo máximo de un año a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si transcurrido este plazo el Acuerdo de Consejo de Ministros no se hubiera adoptado, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva de 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta Ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este apartado.

Del primer párrafo del precepto transcrito, resulta la principal diferencia que presenta la regulación de la LCSP respecto de la precedente del TRLCSP, consistente en la introducción de una restricción al ámbito subjetivo de la reserva que, si hasta ahora se extendía a todos los CEE, ahora se circunscribe a los CEEIS, categoría que se define como novedad en la propia LCSP, a través de su incorporación al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (TRLGDPD), al que modifica en la disposición final decimocuarta, mediante la incorporación de un apartado 4 a su artículo 43.

La condición de “Iniciativa Social” de los CEE se encuentra vinculada a la ausencia de ánimo de lucro en la actividad que desarrollan, lo que no obsta a que deban reunir los requisitos generales que para todos los CEE se establecen en los apartados 1 y 2 del artículo 43 del TRLGDPD, que los conceptúan con carácter general en atención a su finalidad, ligada al empleo del colectivo de personas con

discapacidad en el porcentaje mínimo fijado en la Ley, y a su vinculación a los consecuentes servicios de ajuste personal y social que facilitan el adecuado desarrollo del puesto de trabajo.

La conceptualización general prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 43 del TRLGDPD es la siguiente:

1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

Como se ha indicado, los CEEIS deben reunir las características propias de cualquier CEE y las específicas que, como novedad, adiciona el propio artículo 43 del TRLGDPD, en su apartado 4, que los define de la siguiente manera: “*aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social*

sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

De acuerdo lo expuesto, los requisitos necesarios para la consideración de un CEE como de “Iniciativa Social” se resumen en los tres siguientes:

- Cumplimiento de los requisitos generales del artículo 43, apartados 1 y 2, del TRLGDPD.
- La ausencia de ánimo de lucro, determinada por la obligación de reinversión de todos sus beneficios, en el mismo u otro CEEIS para la mejora del empleo del colectivo, de su competitividad y de su actividad de economía social.
- Que el Centro sea promovido y participado en más de un 50% por entidades sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, o bien que estas dispongan de la mayoría del capital social de las sociedades mercantiles titulares del Centro Especial de Empleo.

Todo ello sin perjuicio del requisito de calificación e inscripción del CEE en un registro público, de acuerdo con la normativa autonómica correspondiente, el cual, tras la declaración de inconstitucionalidad del principio de eficacia en todo el territorio nacional de las decisiones administrativas sobre acceso a las actividades económicas, efectuada en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 79/2017, de 22 de junio, y en las posteriores SSTC núms. 110 y 111/2017, ambas de 5 de octubre, pudiera exigirse por cada Comunidad Autónoma como condición necesaria para acceder a la reserva de contratos¹⁷.

17. Como manifestación de ello, el Decreto 227/2018, de 14 de diciembre, por el que se regula la calificación e inscripción de los centros especiales de empleo en el Registro de centros especiales de empleo de la Comunitat Valenciana (DOCV de 18 de enero de 2019), señala en su Preámbulo que *“Atendiendo a la finalidad de dicha norma [la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado], la calificación e inscripción de los centros especiales de empleo en un registro público, en ningún caso puede entenderse como una traba al establecimiento de un operador económico, sino más bien como un control previo para el acceso a las actividades en condiciones de mercado, ya que la previa inscripción en el registro es condición indispensable para la percepción de ventajas económicas diversas, que van desde ayudas económicas, (...) hasta la prioridad o reserva de contratos de las administraciones públicas”.*

3. Doctrina consultiva y de los Tribunales Administrativos de recursos sobre la reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social

La reserva de contratos a los CEE que ampara el artículo 20 de la Directiva 2004/18/CE ha planteado cuestiones diversas.

Inicialmente se debatió acerca del carácter obligatorio o potestativo de su transposición para los Estados Miembros vinculado al eventual efecto directo de tal precepto, ante el incumplimiento por parte de España del término del plazo de transposición de la Directiva fijado en el 18 de abril de 2016.

Por otra parte, la limitación en el ámbito subjetivo de la reserva de contratos que ha introducido la LCSP, en lo que a los CEE se refiere, ha determinado el cuestionamiento de si la transposición efectuada por la Ley, por referencia exclusiva a los de “Iniciativa Social”, ha sido acorde con aquella norma comunitaria, circunstancia sobre la que incluso se instó el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por parte de Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Empresarial”, la cual, sin embargo, no llegó a materializarse.

Por último, existen diversos pronunciamientos de las Juntas Consultivas y de los órganos encargados de la resolución de los recursos especiales en materia de contratación acerca de algunos de los rasgos caracterizadores de los contratos reservados, que han contribuido a ir perfilando con mayor nitidez su régimen jurídico particular.

Los tres aspectos enunciados se desarrollan a continuación¹⁸:

3.1. Carácter potestativo de la transposición

Los distintos órganos que analizaron el efecto directo de la Directiva con ocasión del vencimiento del plazo de transposición, reconocieron la voluntariedad de la transposición del artículo 20 de la Directiva.

18. Sobre esta cuestión también puede consultarse, Martín Lorenzo, B: “Limitación de la reserva de contratos en favor de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social” *Legal Today* 31/05/2019, Aranzadi. http://www.legaltoday.com/practicajuridica/publico/d_administrativo/limitacion-de-la-reserva-de-contratos-en-favor-de-los-centros-especiales-de-empleo-de-iniciativa-social e igualmente Martín Lorenzo, B. y Ramos Antón, F: “La reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 165, Sección Contratista versus Administración, Enero-Febrero 2020, Wolters Kluwer.

En este sentido, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña 1/2016, de 6 de abril, en la catalogación que efectuó de los distintos artículos de la Directiva, señaló que su artículo 20 debía incluirse entre las “Disposiciones de la Directiva que son de transposición potestativa por parte de los estados miembros” puesto que deja a su elección el recogerlas o no en los derechos internos respectivos, de manera que remiten, con carácter potestativo, a su eventual regulación por parte de las normativas internas, con fórmulas del tipo los Estados miembros “podrán prever” o “podrán establecer”. En el tenor del artículo 20 “Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar (...)”. En cualquier caso, aclaró que el artículo 20 se encontraba pretranspuesto al derecho interno, a través de la disposición adicional quinta del TRLCSP (en la redacción establecida por la ya mencionada Ley 31/2015).

Con anterioridad, el documento de estudio de los tribunales administrativos de recursos contractuales de 1 de marzo de 2016 sobre “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, se basó precisamente en el carácter facultativo de la reserva habilitada por el artículo 20 de la Directiva, para negarle su eficacia directa: “Al igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP”.

En esta línea también, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) nº 62/2017, de 11 de mayo, señala que “Para que pueda invocarse efecto directo es necesario, por tanto, que el contenido del precepto de la Directiva sea claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario, (...); por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición. Pues bien, el referido artículo 20 de la Directiva 2014/24 no cumple con esas exigencias, en tanto ofrece una posibilidad a los Estados (y no a los poderes adjudicadores), por lo que no existe un mandato incondicionado”.

Por último, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCCYL) 108/2018 y 109/2018, ambas de 15 de noviembre, sostienen igualmente el carácter facultativo de la trasposición del artículo 20 de la Directiva para los Estados miembros. Traen a colación a su

vez, a la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC) 100/2018, de 13 de agosto, que también la defiende, “de tal modo que la opción de no incorporar este contenido (...) no hubiera merecido los reproches o consecuencias jurídicas de una transposición incorrecta”.

3.2. Limitación de la reserva a los centros especiales de empleo de iniciativa social

Para valorar la licitud de la labor de transposición de la Directiva efectuada por el legislador español al limitar la reserva a los CEEIS, debe recordarse que los CEE pueden tener o no ánimo de lucro¹⁹. Esta diferenciación se recoge ya en el artículo 5.b) del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo, a cuyo tenor, *“Atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros podrán carecer o no de ánimo de lucro, según que aquellos repercutan en su totalidad en la propia institución o se aproveche parte de ellos en otra finalidad distinta que haya de cubrir la Entidad titular del mismo”*.

Según la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, tanto los CEE como las empresas de inserción son entidades de Economía Social (art. 5.1); que prestan servicios de interés económico general (art. 5.4); y que, entre sus principios de actuación se encuentra el de “Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada (...) al fin social objeto de la entidad” (art. 4.1.b). De acuerdo con ello, únicamente podrían considerarse entidades de Economía Social los CEE sin ánimo de lucro²⁰.

19. En ello se diferencian de las empresas de inserción, que carecen siempre de ánimo de lucro de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

20. Del mismo parecer participa Moratalla Santamaría, P: “Centros Especiales de Empleo”, CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, nº 29, 2016, pág. 24, en el que, tras el análisis de los principios orientadores de la economía social definidos en el artículo 4 de la propia Ley 5/2011, señala que “únicamente los CEE de iniciativa social pueden ser considerados entidades plenas de la economía social, toda vez que comparten todos y cada uno de sus principios y valores fundamentales (primacía de las personas y del objeto social sobre el capital y la aplicación de los resultados obtenidos en beneficio de las personas y del interés general, organización y cultura empresarial participativa y democrática, generación de empleo de calidad y compromiso con su mantenimiento, fomento de políticas de cooperación, de solidaridad, de equidad entre las personas y de responsabilidad con la cohesión social, etc.)”. A su vez, Gimeno Feliú, J.M: “Las condiciones sociales en la contratación pública: posi-

Hay que tener en cuenta además que la política social europea encaminada al fomento del empleo, incluye el objetivo de integración de las personas excluidas del mercado laboral, para el que la acción comunitaria se articula a través del apoyo y complemento de la acción de los Estados miembros (art. 153.1.h del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, -TFUE-), de modo que el propio artículo 153 TFUE, en su apartado 4, advierte de que las disposiciones comunitarias que se puedan adoptar para ello *“no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados”*.

De acuerdo con ello “el artículo 20 de la Directiva es una norma dispositiva en sentido más favorable, por lo que la implantación más radical o restrictiva de esa política de acceso a los contratos reservados por motivos sociales no deviene contraria al enunciado del mismo”, así lo entendió el Dictamen nº 32/2017, de 27 de julio, del Consejo de Navarra, sobre el anteproyecto de Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra²¹.

El IJCCA de la Comunidad de Aragón 19/2018, de 17 de julio, interpretó en el mismo sentido que “La Directiva 2014/24/UE, coherentemente con su naturaleza y régimen jurídico, establece una habilitación genérica de reserva que los Estados miembros están llamados a regular identificando las características definitorias de los beneficiarios de la reserva e imponiendo el momento en el que en todo caso deberá hacerse esta pública, que será la convocatoria de licitación. A partir de ahí la mayor o menor densidad regulatoria, la complejidad o simplicidad del procedimiento para hacer efectiva la reserva dependerá de los Estados miembros”.

Por su parte, distintos Tribunales Administrativos han sostenido la licitud de la limitación que se analiza. Como precedente puede citarse el Acuerdo del TACPA 57/2013, de 7 de octubre, que, si bien por referencia al artículo 19 de la Directiva 2004/18/CE, señala que “la regulación de la tipología jurídica de empresas perso-

bilidades y límites”, Anuario del Gobierno Local 1 (2017), págs. 241-287, señala que “No es posible, por tanto, una interpretación que amplíe la reserva al denominado conjunto de empresas de economía social, pues se establecería una restricción claramente contraria al principio de competencia”.

21. El artículo 36 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, también limita la reserva a los CEEIS si bien exige una mayor intervención o porcentaje de participación que la LCSP, al considerar por tales “aquellos participados o promovidos en más de un 90% directamente, por una o varias entidades privadas sin ánimo de lucro (...), y que, en sus estatutos o acuerdos fundacionales se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para la creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad”.

nificaciones del empleo protegido, que puedan y deban ser beneficiarios de esa reserva contractual, en los procedimientos de adjudicación de contratos de los poderes adjudicadores, es una cuestión que compete a cada Estado de la Unión. Por esta razón, la Directiva Comunitaria no descende, ni puede hacerlo, a concretar las figuras jurídicas concretas beneficiarias de contratos reservados”²².

Tras la entrada en vigor de la Directiva 2014/24/UE han existido otros pronunciamientos, recaídos en su mayoría al resolver los recursos especiales en materia de contratación deducidos por la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE), en los que alegaba la discriminación que la reserva configurada en la LCSP representaba para los Centros Especiales de Empleo de “Iniciativa Empresarial” lo que, a su juicio, demandaba el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, al extralimitarse la norma nacional de la previsión del artículo 20 de la Directiva.

Puede citarse en primer término, la Resolución del OARC 100/2018 que rechaza que en la transposición se hayan traspasado los límites del margen de apreciación del que dispone el estado miembro, ya que la regulación prevista en la LCSP se mueve en la línea de los principios definidores de las empresas sociales, comunes a la mayor parte de los Estados, entre los que se encuentran el de carecer de ánimo de lucro. Indica que “el Considerando 36 de la Directiva 2014/24, al justificar la razón de esta reserva de contratos a favor de determinadas entidades se refiere expresamente a ‘empresas sociales’; concepto que carece en el Derecho de la Unión Europea de una definición unívoca que deban respetar en todo caso los Ordenamientos nacionales y al que las distintas tradiciones lingüísticas, culturales y jurídicas de los países miembros han asignado significados diferentes. Así, la Comisión Europea ha propuesto, en el documento ‘Iniciativa en favor del emprendimiento social’ (COM (2011) 682 final), una descripción basada en principios comunes a la mayoría de los Estados miembros, cuya diversidad de opciones políticas, económicas y sociales quiere respetar; de hecho, señala que tales principios comunes, similares por cierto a los ahora recogidos en el TRGLDPD, aluden a los operadores:

- i. para los cuales el objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social,

22. En este recurso se debatía si era posible la reserva en favor de Empresas de Inserción, opción que como se indicó anteriormente, no fue introducida en el TRLCSP hasta la reforma de la D.A.5ª por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre.

- ii. cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social y
- iii. cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión”.

El argumento empleado por el OARC se transcribe en las resoluciones del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público nº 202/2018, de 10 de octubre, y en las del TARCCYL 108 y 109/2018. Estas añaden, a modo de conclusión, que la LCSP respeta en este punto los dos requisitos que autorizan la reserva de contratos conforme al artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE, “ya que el objetivo principal de los CEE de iniciativa social es la integración social y profesional de las personas desfavorecidas y el porcentaje de trabajadores con discapacidad supera con creces el mínimo del 30%, puesto que, en los términos del artículo 43.1 del TRLGDPD, ha de ser al menos del 70%”.

También se pronunciaron sobre esta polémica las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 860/2018 y 914/2018, de 1 y 11 de octubre, respectivamente, que consideran que no se produce una contravención de la Directiva 2014/24/UE, pues el artículo 20 no delimita la forma jurídica de las entidades susceptibles de ser beneficiarias de la reserva, que puede variar en función del Estado miembro. Por ello “la opción elegida por el Legislador nacional de reputar como beneficiarios de los contratos reservados a los CEE de iniciativa social no entra en colisión directa con la normativa comunitaria (...)”. De acuerdo con ello, estas resoluciones descartan que concurra el juicio de relevancia que posibilitaría el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

De objeto similar a las anteriores fue la reclamación interpuesta por CONACEE ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra la cual, sin embargo, fue inadmitida por defectos formales en su presentación a través del Acuerdo 107/2018, de 18 de octubre.

3.3. Aspectos caracterizadores de la reserva de contratos regulada en disposición adicional cuarta de la LCSP

Existen también pronunciamientos de las juntas consultivas o de Tribunales de Recursos Contractuales que han ido perfilando o dotando de mayor claridad al

régimen jurídico de la reserva que se analiza, tanto en lo que se refiere a los presupuestos necesarios para su operatividad como a las características del procedimiento de adjudicación de los contratos reservados, y que pasan a exponerse:

La falta de adopción del Acuerdo previo, bien del Consejo de Ministros o de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que fije el porcentaje mínimo de reserva, no impide la efectividad de esta²³.

Así lo entendió el IJCCA de la Comunidad de Aragón 19/2018 según el cual “Resultaría del todo contradictorio que, siendo objetivo esencial de esta disposición adicional garantizar un mínimo de reservas de contratos o lotes, la omisión o, emisión de este acuerdo genérico, que no deriva de la normativa europea, además, impidiese a los órganos de contratación realizar reservas de concretos contratos o lotes. Y es que, como demuestra el hecho de que la propia Directiva 2014/24/UE exija que en la convocatoria de la licitación de contratos reservados o con lotes objeto de reserva se haga referencia específica a su artículo 20 (y en el apartado segundo de la disposición adicional cuarta de la LCSP), siendo los órganos de contratación los llamados a reservar, no parece razonable que lo que inicialmente se concibe como garantía, como estímulo, para alcanzar umbrales relevantes de contratos o lotes reservados, se convierta en barrera infranqueable para los órganos de contratación que deseen reservar”. En el mismo sentido, las resoluciones del TARCCYL 108 y 109/2018 llegan a idéntica conclusión sobre este particular.

La decisión de reservar el contrato debe justificarse de acuerdo con el artículo 116.4.a) de la LCSP.

A este respecto la Resolución del OARC 129/2019, de 24 de julio, entiende que tal precepto “no se refiere únicamente a los motivos para seleccionar uno de los procedimientos previstos en el artículo 131 de la LCSP, sino también a las cuestiones procedimentales que, como la analizada, son relevantes para limitar a un cierto tipo de operadores económicos el acceso al contrato. No obstante, la falta de motivación es una irregularidad puramente formal, pues ni impide al acto alcanzar su finalidad ni provoca indefensión alguna, dado que la DA 4ª de la LCSP no contiene ningún elemento discrecional cuya existencia deba verifi-

23. En todo caso, tratándose del sector público estatal el problema que se comenta se solventa en la propia DA 4ª de la LCSP, párrafo 3º de su apartado 1, que prevé que a falta de adopción del Acuerdo del Consejo de Ministros en el plazo de 1 año, deberá reservarse un mínimo de un 7%, que se incrementa hasta un 10% a los cuatro años de su entrada en vigor, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV del anexo VI formalizados en el ejercicio previo a la reserva.

carse para legitimar la opción de la reserva (en particular, no se pide ningún juicio de proporcionalidad de la medida) y apenas contiene elementos reglados en el mismo sentido, más allá de la correcta delimitación de los operadores económicos beneficiarios y la constancia de una referencia a la propia norma en el anuncio de la disposición, aspectos ambos que no son objeto de debate (ver el artículo 48.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común”).

El carácter de CEEIS es una condición de aptitud para acceder a un contrato reservado.

Tal condición debe ser acreditada en el procedimiento de licitación a tenor del artículo 65 de la LCSP relativo a las “Condiciones de aptitud” para contratar con el sector público, cuyo apartado primero dispone que *“Cuando por así determinarlo la normativa aplicable, se requieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo”*. Con apoyo en este precepto, la ROARC 35/2019, de 12 de febrero, anuló la adjudicación de un contrato reservado a una entidad que no acreditaba ser CEEIS, empresa de inserción o el desarrollo de programas de empleo protegido. Lo mismo sucedió en el asunto resuelto en la RTACRC 510/2019, de 9 de mayo.

Por el mismo motivo, no es posible la adjudicación del contrato reservado a uniones temporales de empresas en las que alguna de ellas no disponga de aquella condición. Esta conclusión aparece avalada por el IJCCA de la Comunidad de Aragón 16/2011, de 8 de junio, a cuyo tenor “El carácter de Centro Especial de Empleo -o de Empresa de Inserción-, que se exige (...) para ser contratista en un contrato reservado, debe concurrir en todos y cada uno de los eventuales integrantes de una unión temporal de empresarios, sin que puedan operar en este punto las reglas de acumulación previstas en la normativa contractual, dado que no se trata de un requisito de solvencia, sino de una condición legal de aptitud”.

Las razones expuestas han llevado a cuestionar igualmente la licitud de la subcontratación en los contratos reservados. El mismo IJCCA de la Comunidad de Aragón 16/2011 se ha ocupado de este tema advirtiendo de la eventual desnaturalización de la reserva que puede suponer el recurso a la subcontratación en los contratos reservados, con la consecuente vulneración del principio de concurrencia. Entiende el Informe que “es admisible que el órgano de contratación, al preparar estos contratos reservados, elimine la posibilidad de la subcontratación, siendo sencilla en estos casos la justificación demandada por la norma, pues en

principio bastaría con la mera referencia a la naturaleza del contrato y la finalidad de la reserva. De permitirse la subcontratación en un concreto expediente a favor de empresas ordinarias, no resultaría adecuado a priori establecer un límite meramente cuantitativo, encajando más en la finalidad última de la reserva el establecimiento de una limitación cualitativa de la subcontratación. (...) En todo caso, la subcontratación, solo podrá permitirse respecto de prestaciones o elementos accesorios, y así deberá figurar en los pliegos y en la oferta. Los órganos de contratación deberán comprobar que se cumplen los requerimientos que se acaban de exponer, ya que la existencia de una novación subjetiva encubierta -a perseguir en todo caso- conllevaría en los contratos reservados una doble infracción legal: la propia de la novación no autorizada y la derivada de desvirtuar la finalidad última de la reserva”.

En la misma línea la Resolución del OARC 129/2019 considera que “Aunque la LCSP no contiene una prohibición expresa de la subcontratación de los contratos reservados con empresas no beneficiarias de la reserva, del segundo párrafo del artículo 65.1 de la LCSP se deduce que la condición de CEEIS es en este caso un requisito de aptitud, existiendo en la LCSP ejemplos de cómo dichos requisitos (solvencia, clasificación, no estar en prohibición de contratar...) se exigen también a los subcontratistas (ver, artículo 215.2 b de la LCSP); asimismo, y en última instancia, debe recordarse que es aplicable la clásica prohibición del fraude de ley contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil”. A diferencia de lo que sostiene el citado IJCCA de Aragón 16/2011 en cuanto a su admisibilidad sobre prestaciones accesorias, este Tribunal matiza, no obstante, que la misma no se incluye en el concepto de subcontratación pues, a su juicio, “la subcontratación supone, a los efectos de la LCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal, de tal modo que no están comprendidos en este concepto otras modalidades de externalización de la actividad empresarial como, por ejemplo, la adquisición a otras empresas de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sí sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación (ver la Resolución 92/2016 del OARC/KEAO)”.

El objeto de la reserva puede proyectarse sobre cualquiera de los tipos contractuales, puesto que es la LCSP la que, en su caso, puede limitar su extensión y no lo ha hecho.

Distinto era el caso de la ley aragonesa sobre el que se pronunció el Acuerdo del TACPA 62/2017, de 11 de mayo: “el artículo 7 la Ley 3/2011, de medidas de Contratos del Sector Público de Aragón, posibilita la reserva de contratos a centros especiales de empleo con la excepción de los contratos de obras y concesiones de obras. Opción justificada en la propia lógica y características de los centros especiales de empleo vinculados a la integración laboral de personas con discapacidad, lo que hace que su ámbito natural de relación sean los servicios y los suministros. Ir más allá de la previsión legal de reserva de empleo permitida por la legislación aragonesa (ampliando esta opción al contrato de obras), supone una clara contravención de los principios de igualdad de trato, en tanto se restringe, de forma indebida, la competencia, estableciendo reglas de favor incompatibles con el principio de transparencia y concurrencia de la contratación pública (STJUE de 2 de junio de 2016, Pippo Pizzo)”.

En la LCSP no se establece ninguna limitación a este respecto, por lo que cabe concluir que es admisible la reserva en relación a todo tipo de contratos y cualquiera que sea su importe (ROARC 129/2019). Pueden existir sin embargo limitaciones indirectas a la reserva derivadas, en los contratos en los que es habitual la subrogación del personal, del necesario respeto a los porcentajes legales de personas con discapacidad que los CEE deben mantener para ser acreedores de la reserva, por lo que se ha afirmado que en el planteamiento estratégico de la reserva de mercado habrá de tenerse en cuenta que, dado el tamaño de las entidades que pueden optar a los mismos, la gran mayoría de contratos deberán serlo para nuevas necesidades, salvo que el servicio lo prestara con anterioridad una empresa social, o bien en sectores que no contemplan la subrogación²⁴.

En el caso de división en lotes del objeto del contrato, la reserva de todos ellos al amparo de la D.A. 4ª de la LCSP perjudica a las PYMES.

En este sentido se pronuncia el Acuerdo del TACPA 62/2017 citado, cuando señala que “La opción de realizar tres lotes y reservar los tres lotes a centros especiales de empleo resulta también contraria a los fundamentos que sobre esta cuestión prevé el artículo 46 de la Directiva 2014/24. Precepto que sí tiene efecto directo (y que ya fue aplicado en nuestro Acuerdo 60/2015). Es elocuente el considerando 78 de la nueva Directiva: ‘Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las pymes. (...)’ El fundamento de los lotes es abrir la posibilidad de ofertas a empresas PYMES y de posibilitar, para lotes concretos, en su

24. Op. cit. nota 8.

caso, la reserva social a favor de empresas con características especiales como son los centros especiales de empleo o de inserción social. Pero cerrar todos los lotes a favor de «empresas sociales» vulnera el fundamento de las previsiones europeas ya que expulsa del mercado a las PYMES que trabajan en este sector. En definitiva, el fundamento normativo utilizado por el Ayuntamiento para justificar la reserva del contrato impugnado es incorrecto en tanto excede los límites a la «visión social del contrato público», y, en consecuencia, restringe de forma indebida la competencia y los principios rectores de la contratación pública (...). Por ello, vicia de nulidad de pleno derecho tanto al pliego como a todo el procedimiento”.

A los caracteres que se han expuesto, perfilados por vía interpretativa, cabe sumar los relativos a la publicidad y régimen de prestación de garantías en los contratos reservados, de los que sí se ocupa expresamente la D.A. 4ª de la LCSP.

De este modo, como excepción que es al principio de libre competencia, la reserva ha de ser convenientemente publicitada. Por ello la D.A. 4ª, al igual que el artículo 20 de la Directiva, impone con carácter básico que en el anuncio de licitación se haga referencia expresa a la reserva autorizada por la Ley.

Además de dar a conocer la limitación a la concurrencia, la publicidad es necesaria para llamar al procedimiento a los destinatarios de la reserva puesto que, como aclara la Resolución del TACRC 860/2018, la reserva del contrato a determinadas categorías de operadores económicos de carácter social “no quita para que se aplique la libre competencia entre ellos, quedando abierta la licitación a cualquier empresa que cumpla las condiciones al igual que en cualquier licitación ordinaria. Además, las condiciones de solvencia técnica y económica, y el resto que se establezcan en los pliegos, deben seguir cumpliéndose como en cualquier otro procedimiento”. En términos similares, la Resolución del OARC 129/2019 señala que la reserva “permite una licitación de acceso limitado a cierto tipo de empresas que compiten por el contrato, pero no la adjudicación directa a una de ellas elegida sin concurrencia ni publicidad previa; además, también en los procedimientos de adjudicación sometidos a la reserva de la DA 4ª de la LCSP debe procurarse, en el marco de las especialidades que los caracterizan, la salvaguarda de la libre competencia, lo que implica, entre otras cosas, la configuración del contrato y del procedimiento para que se dé la máxima participación posible en este último”.

Por último, el apartado tercero de la D.A.4ª de la LCSP exceptúa la regla general de prestación de garantía definitiva del artículo 107.1 de la LCSP, pues

prevé, también con carácter básico, que *“En los procedimientos de contratación en los que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta Ley, salvo en los casos en los que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente”*.

4. Conclusiones

En la consecución de los objetivos pretendidos a través de la reserva de contratos en favor de los CEEIS, en su nueva configuración legal, va a jugar un papel primordial el grado de compromiso asumido por los distintos niveles de gobierno, puesto que es a través de los correspondientes Acuerdos, bien del Consejo de Ministros o de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, donde deben fijarse tanto los cupos de reserva como las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de la obligatoriedad de la reserva.

Junto a ello, la coherencia del sistema exige la implicación del entramado orgánico creado en la LCSP para la gestión de la contratación, en particular, de los órganos consultivos, tal y como se ha previsto, en el ámbito estatal, por el Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública, que asigna a esta Comisión el desarrollo de las previsiones y el seguimiento de la aplicación del referido Acuerdo del Consejo de Ministros y prevé expresamente, en su artículo 4.2, que esta función de la Comisión se realice en colaboración con la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a quien corresponde promover normas o medidas procedentes para la mejora del sistema de contratación (art. 328.3.a de la LCSP), y en coherencia con lo establecido en la Estrategia Nacional de Contratación Pública, que debe incluir medidas que permitan cumplir, entre otros objetivos, el de utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas sociales (art. 334.2.e LCSP).

Además de tal labor, que se desarrolla a nivel de planificación y control de seguimiento, continuarán jugando un papel destacado en la delimitación del régimen jurídico de la reserva, tal y como lo han hecho hasta ahora, los pronunciamientos particulares que se adopten por las distintas juntas consultivas de contratación, en el ejercicio de su función interpretadora a través de informes y recomendaciones, así como la doctrina que sienten los órganos encargados de la

resolución de los recursos especiales en materia de contratación con ocasión de los asuntos litigiosos que se planteen en relación con la reserva analizada.

Ahora bien, esta última tarea debe verse facilitada por una mejor delimitación en la LCSP, o en su desarrollo reglamentario, de los aspectos que singularizan a los contratos reservados, reduciendo así el margen de apreciación que, a falta de tal precisión, debe desplegar cada órgano de contratación a la hora de ejercitar las facultades de reserva que le otorga el artículo 99 de la LCSP, y todo ello en favor de la seguridad jurídica que, como principio inspirador de la buena regulación *ex* artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, debe conseguir que, en este caso, la LCSP sea coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, “para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”, con el horizonte puesto en la necesidad de afianzar las posibilidades de empleo y la mejor integración laboral y social del colectivo de personas con discapacidad y, dentro de él, en particular, la de aquellas personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al empleo.

Bibliografía

- FERRANDO, F.M. & RODRÍGUEZ, M.M.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública a la luz de la doctrina del TJUE: Un ejemplo de la controversia entre las libertades económicas y la protección frente al «dumping» social”, en García Romero, M.B/ Pardo López, M.M. (Dir.) y otros: *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, febrero 2018, págs. 217-238.
- GARCÍA, J.M.: “Consideraciones de tipo social y ambiental”, en Mestre Delgado, J.F. y Manent Alonso, L. (Dir.), *La Ley de contratos del sector público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 476.
- GIMENO, J.M.: “Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias” *Observatorio de Contratación Pública*, 9 de febrero de 2018.
- GIMENO, J.M.: “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local* 1, 2017, págs. 241-287.
- GRIMALDOS, M.I.: “Los centros especiales de empleo. Aproximación a su régimen jurídico”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 26, 2015, págs. 233-260.
- MARTÍN, B.: “Limitación de la reserva de contratos en favor de los Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social”, *Legal Today*, 31 de mayo de 2019, Aranzadi. http://www.legaltoday.com/practicajuridica/publico/d_administrativo/limitacion-de-la-reserva-de-contratos-en-favor-de-los-centros-especiales-de-empleo-de-iniciativa-social.
- MARTÍN, B. & RAMOS, F.: “La reserva de contratos a los centros especiales de empleo de iniciativa social”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 165, Sección Contratista versus Administración, Enero-Febrero 2020, Wolters Kluwer, págs. 139-157.
- MEDINA, T.: “El destino de las cláusulas sociales en la contratación pública”, Thomson Reuters, *Observatorio de los contratos públicos* 2018, 1ª edición, agosto 2019.

- MENDOZA J., ROMÁN, C. & HERNÁNDEZ, M.: “Los contratos reservados: una herramienta para el fortalecimiento de las entidades sociales”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 33, 2018, págs. 295-332.
- MOLEÓN, M.E.: “Los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública”, *Gabilex* nº19, septiembre 2019, págs. 93-94. <http://gabilex.castillalamancha.es>
- MORATALLA, P.: “Centros Especiales de Empleo”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 29, 2016, págs. 235-274.
- POZO, E.G.: “Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”. *El Derecho.com*, Lefebvre, 9 de marzo de 2018.
- RUBIO, M.D.: “Las referencias al empleo en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2013, págs. 1-20.
- SENDRA, E.: “Contratos reservados”, en Recuerda Girela, M.A. (Dir.) y otros, *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª edición, junio 2018, pág. 1965.