

CONCURRENCIA COMPETITIVA, IGUALDAD ENTRE LICITADORES Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN LAS RESERVAS DE CONTRATOS: UN ANÁLISIS DESDE LOS CONFLICTOS

María Burzaco Samper

Profesora Propia Agregada de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho (ICADE)
Universidad Pontificia Comillas

RESUMEN

Las Directivas de 2014 suponen un viraje hacia la contratación pública estratégica. Ésta se concibe como un instrumento de intervención económico-social que comporta la introducción de elementos correctores en las reglas tradicionales de la contratación pública. Dichas reglas (marcadas por los principios de igualdad entre licitadores y concurrencia competitiva) podían dejar en posición de desventaja a organizaciones empresariales y entidades del tercer sector en las que priman las personas sobre consideraciones puramente economicistas. Este trabajo se centra en uno de esos elementos correctores (las reservas de contratos) en las dos modalidades que contempla la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Con base en el análisis de los conflictos, defendemos que no estamos ante excepciones a las reglas generales, sino ante variaciones fundadas en determinados principios de la contratación pública actual, así como en el interés general como guía de la actuación administrativa. Por otro lado, se examinan algunos de los obstáculos en la implementación de la contratación pública socialmente responsable, subrayando la importancia del control sobre la ejecución y el análisis de sus efectos en la consecución de algunos objetivos estratégicos para la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, cláusulas sociales, Economía social, principio de igualdad, reserva de contratos, discapacidad.

CLAVES ECONLIT: A13, H57, K12, K23, L31.

COMPETITIVE TENDERING, EQUAL TREATMENT OF BIDDERS AND POSITIVE DISCRIMINATION IN RESERVATION OF CONTRACTS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THEIR CONFLICTS

EXPANDED ABSTRACT

The 2014 Directives on public procurement imply a shift towards “strategic public procurement”; a new paradigm that transforms public contracts into instruments for socio-economic intervention. This new conception is not without difficulties since its implementation requires introducing some corrections in traditional public procurement rules and principles. Indeed, the principles of equal treatment and competitive tendering need to be “reinterpreted” if a real opportunity to compete is to be given to third sector organizations in competitive procedures (organizations for which individuals are more important than purely economic criteria).

This article focuses on one of these adjustments: reserved contracts. Although they do not constitute a new category in public contract legislation, they introduce some significant variations that try to reinforce it. As opposed to traditional reservation of contracts, the Law 9/2017 of 8 November 2007 on Public Sector Contracts (LPSC) currently in force establishes two different modalities:

a) Reservation of contracts under the 4th Additional Provision LPSC: it respects the traditional framework (it applies to certain contracts and the beneficiaries are sheltered workshops and economic operators whose main aim is the social and professional integration of disabled or disadvantaged persons), but it also reinforces it. On the one hand, it obliges to specify the percentage of reserved contracts. Otherwise, the large percentages stated in the LPSC would apply. On the other hand, this reservation also affects the lots a contract may be divided into (an important provision considering that division into lots has been established as the general rule).

Although rules applicable to this type of reservations have been improved, we can still point out some flaws: the most important one is the absence of a clear and unambiguous number on which the reserved percentage shall be applied.

b) Reservation of contracts under the 48th Additional Provision LPSC: contrary to the former, this reservation is optional. It’s also linked to a certain type of contracts (in this case, contracts for social, cultural and health services) and the beneficiaries shall meet strict requirements, related to their non-profit nature.

In any case, the features of this reservation can make it difficult to distinguish it from the possibility of reserve the right for organisations to participate in procedures for the award of public contracts exclusively for some health, social and cultural services, i.e. non-contractual instruments established by the 49th Additional Provision LPSC to provide services for social needs.

The rules applicable to each of these forms of reserved contracts must be completed with further analysis focusing on the conflicts that have arisen to date. This analysis provides some interesting data:

a) Firstly, there is some evidence on the difficulties of appellate contracting authorities to abandon traditional interpretative criteria applicable under previous legislation (criteria that do no longer seem to fit the current parameters of strategic public procurement).

In that sense, a strict interpretation of the requirement to link the reservation to the subject matter of the contract can potentially lead to some legal provisions being ineffective, as recent resolutions have already pointed out.

b) Moreover, it is worth noting that including certain social clauses does not depend on the goodwill of the contracting authorities. They are indeed a legal obligation.

However, poor level of compliance with these requirements and the absence of suitable and effective means to control them constitute an obstacle that must be overcome.

c) Paradoxically, most conflicts related to reservation of contracts arise from third-sector organizations themselves, which are sometimes excluded from being their beneficiaries under current legal requirements. In this respect, we analyze the underlying arguments that have been put forward in these conflicts and the legal doctrine stated in each case.

This article stresses the importance of overcoming a purely budgetary understanding of public procurement in order to apply the comprehensive approach adopted by 2014 Directives, which entails acquiring goods and services with the best quality-price ratio. Indeed, as strategic public procurement is closely related to the principle of efficient use of public funds, the economic value of a contract shall not only include its price but all its different elements.

We claim that the reservation of contracts does not constitute an exception to general rules but a form of positive discrimination based on the aforementioned conception of strategic public procurement, as well as on the general interest, which is one of the guidelines for administrative action. Therefore, we do not consider reservation of contracts as an exception to competitive tendering. On the contrary, despite their more or less limited number, entities still have to compete even though they have to meet some additional requirements.

The European Commission has noted that the possibilities offered by strategic public procurement have not been sufficiently used yet. It claims that more efforts shall be made as public procurement is a “crucial instrument” to deliver policies that promote the creation of a fairer society based on equal opportunity, sustainable economic growth and wide market participation, while providing for sustainable public finances [Communication “Making Public Procurement work in and for Europe”, COM (2017) 572 final].

The latter requires designing standardized control mechanisms that are appropriate to their specific monitoring aim. Those mechanisms shall operate at three different levels;

- 1) Controlling compliance with LPSC and, in particular, with its strategic goal to serve public policies of different kinds.
- 2) Controlling compliance and enforcement of the provisions stated on the specific public procurement documents (them being the “law governing the contract”).
- 3) Controlling the effects derived from any contract in light of the strategic goals pursued in each case.

As far as the reserved contracts is concerned, public authorities should verify both the compliance with the percentage established for each contract and the effect of the reservation on the employability of those groups at which it was aimed. This analysis is particularly important when public authorities can choose between different organizational options (both contractual and non-contractual), according just to criteria of “good governance”.

KEY WORDS: Public procurement, social clauses, Social Economy, disability, reserve in award procedures.

SUMARIO

I. Introducción: igualdad entre licitadores y factores de corrección. II. La discriminación positiva como manifestación del principio de igualdad. El caso de las reservas de contratos. 1. Las reservas de contratos: concepto, fundamento y evolución normativa. 2. Las reservas en la LCSP: modalidades. 3. La conflictividad en torno a las reservas. III. El escenario que diseña la LCSP: ¿estamos ante la cuadratura del círculo? IV. El control de la ejecución y sus problemas. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción: igualdad entre licitadores y factores de corrección

El tránsito hacia la contratación pública estratégica que comporta la última generación de Directivas de 2014 ha concitado expectativas que, sin embargo, encuentran dificultades en su implementación. Por lo que respecta a los aspectos sociales, su inclusión en la contratación pública no es improvisada ni repentina¹, pero en ocasiones choca con inercias de la regulación anterior, en el bien entendido que estamos ante un reto que dista de ser sencillo.

Posiblemente los obstáculos de compatibilidad más evidentes se encuentren entre las cláusulas sociales (entendidas en sentido lato)² y los principios de concurrencia competitiva e igualdad de trato. Éste último constituye manifestación del principio de igualdad que no sólo es la más trabajada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP)³, sino que, hasta el momento, es la que ha presentado una relevancia práctica mayor. No en vano, muchos de los conflictos terminan anclándose en la eventual vulneración de dicho principio que la jurisprudencia comunitaria define en los siguientes términos:

1. Sobre los antecedentes y evolución hasta llegar a las Directivas de 2014: (GIMENO, 2014 y 2017: 247 y siguientes).

2. Sobre las diversas acepciones con que se maneja la adjetivación “social”: (BURZACO, 2016: 288-289).

3. Las menciones en este punto son numerosas: arts. 1; 3.4; 64; 70; 126; 132; 138.3; 145.5 b); 250.2; 258; 321.1; 321.2 b); y DA 16.1 d) LCSP.

(...) el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia, que constituye su corolario, es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44 y jurisprudencia citada). El Tribunal de Justicia también ha declarado que los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos exigen que los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación estén definidos claramente por anticipado y que sean hechos públicos, en particular las obligaciones que recaen sobre los licitadores, a fin de que éstos puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que se aplican los mismos requisitos a todos los participantes (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de febrero de 2006, La Cascina y otros, C-226/04 y C-228/04, EU:C:2006:94, apartado 32)

(STJUE de 2 de junio de 2016, Asunto C-27/15. Pippo Pizzo)

Dicho esto, la igualdad trabada a la concurrencia tiene un aspecto engañoso por cuanto puede dejar fuera de juego a empresas con determinadas características o que realicen su actividad desde la base de parámetros de impronta social. Es más: dejando incluso al margen tales factores, la actual normativa trata de fomentar el papel de las PYME en la contratación pública por entender que la regulación vigente hasta el momento no les permitía competir de manera efectiva. La predicada igualdad, por tanto, no debía de ser tal.

Así las cosas, la igualdad real requiere tomar en consideración las dispares posiciones de partida, propiciando elementos correctores que permitan que los

fondos que maneja el sector público en su actividad contractual se repartan más equitativamente. Factores de corrección que no han de resultar extraños en el marco del art. 9.2 CE, “texto memorable”⁴ que obliga a los poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integre sean reales y efectivos; 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”.

Desde esta perspectiva no es extraño que “estrategias” de muy diversa adjetivación se acojan a la contratación pública como un instrumento adecuado para la consecución de objetivos de interés general de incuestionable trascendencia. La más relevante, sin duda, es la Estrategia Europea 2020, no sólo porque destaca el papel clave de la contratación pública, sino porque se erige en el marco integrador de los fines de interés general que se encuentran en la base de la contratación pública estratégica.

Pero hay más instrumentos tanto a nivel internacional como nacional; por citar sólo algunos:

- a) Resolución del Parlamento Europeo de 7 de julio de 2016⁵, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se pide a la Comisión “que revise la Guía sobre las consideraciones sociales en materia de contratación pública, no solo con el fin de destacar las obligaciones sociales, sino también para señalar las oportunidades y los beneficios de invertir en servicios de apoyo de calidad para las personas con discapacidad”.
- b) Resolución del Parlamento Europeo de 4 de octubre de 2018 sobre el paquete de medidas de la estrategia de contratación pública (2017/2278(INI))⁶, que advierte que “aún no se está aprovechando plenamente el potencial de la

4. (LOPERENA, 2010).

5. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI)). *DOUE* C 101/13, de 16 de marzo de 2018. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_2018_101_R_0014&from=ES

6. http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0378_ES.html?redirect

contratación pública en lo que respecta a ayudar a construir una economía social de mercado competitiva”⁷. Desde esta base⁸:

- Insta a los Estados miembros a que utilicen la contratación pública de manera estratégica con el fin de promover un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en el que estén incluidas las pymes y las empresas de la economía social; subraya que ello exige de los Estados miembros que se den sistemáticamente indicaciones para tales actuaciones al más alto nivel y se apoyen al efecto a los compradores y los profesionales de las administraciones públicas (punto 9).
 - Pide a los Estados miembros que velen por que las prácticas de contratación pública se ajusten a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (punto 14).
 - Lamenta que las pymes y las empresas de la economía social sigan teniendo dificultades para acceder a la contratación pública, y pide a la Comisión que evalúe la eficacia de las medidas establecidas en las Directivas de 2014 y proponga nuevas soluciones de ser necesario (punto 36).
- c) Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020)⁹, que aunque centra las referencias a la contratación pública en la accesibilidad (puntos 2.1.1 y 2.2.2), identifica el empleo como uno de los ocho ámbitos primordiales de actuación (punto 2.1.4). En esta línea, el Plan de acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020¹⁰ recoge como objetivo operativo 4 el fomento de la contratación socialmente responsable como medio idóneo para conseguir la mejora en la empleabilidad de las personas con discapacidad¹¹.

7. Todo ello en el contexto “de más de 250.000 Administraciones Públicas de la Unión, que gastan cada año alrededor del 14% del PIB, casi dos billones de euros, en la adquisición de servicios, obras y suministros” (Considerando A).

8. Los párrafos que vendrán a continuación son citas textuales de la Resolución que nos ocupa.

9. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras” [COM (2010) 636 final]. {SEC(2010) 1323} {SEC(2010) 1324}.

10. Disponible en: http://www.msbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/plan_accion_EED.pdf

11. Interpretamos que la referencia genérica a “cláusulas sociales” que realiza la Estrategia incorpora los diversos mecanismos posibles; si no, no se explica la ausencia de referencia explícita a las reservas de contratos.

- d) Estrategia Española de Economía Social¹², que en su Eje 1 (“Apoyo al empleo y al emprendimiento en el ámbito de la economía social”) dedica el punto 5 a la contratación pública enfatizando las posibilidades que brindan las reservas y la incorporación de cláusulas sociales, aunque con buen cuidado de traer también a colación los principios de igualdad y concurrencia competitiva.

Desde una postura realista, todas estas pretensiones no pueden materializarse con los mismos mimbres que ha empleado la contratación pública hasta el momento; escenario que las Directivas de 2014 (y, como derivación, la LCSP) obligan a reconsiderar poniendo a disposición de los poderes adjudicadores una serie de instrumentos que permitan su realización.

II. La discriminación positiva como manifestación del principio de igualdad. El caso de las reservas de contratos

1. Las reservas de contratos: concepto, fundamento y evolución normativa

Algunas de las previsiones de la LCSP recogen figuras de discriminación inversa, positiva o cualesquiera denominaciones con que suelen conocerse. La base de las mismas se halla también en el principio de igualdad, aunque esta vez como excepciones o reglas especiales cuya finalidad última pasa por remover obstáculos que, de otro modo, serían difícilmente salvables.

Así, el principio de igualdad entre licitadores es muy razonable, pero sin elementos correctores posiblemente beneficie a empresas fuertes en detrimento de fórmulas empresariales de impronta social que, por sus especiales características, no pueden competir en las mismas condiciones. Por otro lado, el desempleo de personas con discapacidad y/o de aquellas en riesgo de exclusión social constituye un problema de primer orden que compromete a un porcentaje relevante

12. Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020 (BOE núm. 69, de 20 de marzo de 2018)

La importancia de la nueva legislación contractual para las entidades de economía social encuentra reflejo en: (CEPES, 2018).

de la población¹³ y, en tal medida, centra todas las políticas públicas dirigidas a estos colectivos, incluyendo la vía que ofrece la contratación pública.

El Considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE lo evidencia con estas palabras:

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. 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.

Indudablemente esta figura no supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico y un repaso por la anterior Directiva 2004/18/CE, permite constatar que el Considerando 28 que ésta dedica a las reservas no dista apenas de las palabras transcritas, si bien con referencia limitada a las personas con discapacidad como se reflejaba en el propio art. 19 de dicha Directiva¹⁴.

13. En relación con la discapacidad, véanse los datos obrantes en (BURZACO y COLINO, 2017: 208 y siguientes).

Aporta datos recientes a nivel nacional: (DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA. COMUNIDAD DE MADRID, 2018: 72-74)

Aunque el sistema parte del ideal (no cumplido) de que los CEE sirvan de tránsito hacia el empleo ordinario, no puede negarse el valor social ínsito en la labor que realizan para la inserción sociolaboral de personas con discapacidad. Ponen de relieve dicho valor social: (RODRÍGUEZ, 2012); (LESMESS y ALVAREZ DE EULATE, 2014: 27). Aportan datos empíricos: (GELASHVILI, CAMACHO-MIÑANO & SEGOVIA-VARGAS, 2016: 9 y ss); (LÓPEZ, MASIDE & TORRELLES, 2019).

14. Recordemos que el mencionado art. 19 Directiva 2004/18/CE, relativo a contratos reservados, establecía: “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

Coherentemente con tal previsión, la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público posibilitaba la reserva -“podrá reservarse” decía el precepto- de la adjudicación a Centros Especiales de Empleo (CEE) o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados fueran personas con discapacidad; porcentaje que constituía una remisión al requisito legalmente contemplado para tener tal condición de CEE.

El posterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, mantuvo esta misma redacción en la Disposición Adicional 5ª hasta la reforma operada por 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. Esta ley supuso un avance en diversos aspectos: a) por un lado, se pasó de lo facultativo a la obligación de reservar: así, la Disposición Adicional 5ª preveía que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros (u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales) se fijarían porcentajes mínimos de reserva no sólo ya de procedimientos de adjudicación de determinados contratos, sino también de lotes; b) se amplió el espectro de entidades susceptibles de verse favorecidas por las reservas comprendiéndose tanto los CEE como las empresas de inserción que cumplieran los requisitos establecidos en su regulación¹⁵.

Sin embargo, la supuesta obligatoriedad de la reserva se encontró huérfana de mecanismos frente a su incumplimiento de suerte que la efectividad práctica de la medida fue muy limitada.

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 presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación” (la cursiva es nuestra).

15. Precisamente la deficiente redacción de la remisión a tales requisitos propició equívocos cuando se indicaba como condición de la reserva que “al menos el 30 por ciento de los empleados de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sean trabajadores con discapacidad o en riesgo de exclusión social”. Tal porcentaje sólo tenía sentido para las empresas de inserción; no así para los CEE que, como ya decíamos, requieren un 70% de personas con discapacidad para tener esa consideración.

2. Las reservas en la LCSP: modalidades

La LCSP constituye un nuevo paso en la evolución de la figura que muestra un compromiso más intenso con la reserva, y, por de pronto, contempla dos modalidades cuyo alcance difiere.

A) Disposición Adicional 4ª LCSP

La DA 4ª LCSP recoge la reserva en el sentido de la normativa anterior, aunque profundizando claramente en determinados aspectos, a saber:

- a) Obligatoriedad de la reserva, esta vez con elementos que enfatizan la preceptividad y aportan mecanismos para hacerla efectiva. Destaca la fijación del plazo de un año desde la entrada en vigor de la LCSP para que se adopte el Acuerdo del Consejo de Ministros (u órganos autonómicos y locales equivalentes) señalando los porcentajes mínimos de reserva y las condiciones mínimas para garantizar su cumplimiento; y de no procederse en dicho plazo, se impone un porcentaje del 7% para los órganos de contratación del sector público estatal, que se incrementará en un 10% a los cuatro años de entrada en vigor de la LCSP¹⁶.

Son ya muchas las Administraciones Públicas que han adoptado tales acuerdos, generalmente en el marco de instrumentos que tratan de obligar a la incorporación de cláusulas sociales, medioambientales y de innovación en la contratación pública¹⁷. Y, al igual que ocurrió en el marco normativo anterior, son algunas Comunidades Autónomas e, incluso, entidades locales, las que actúan de avanzadilla¹⁸.

16. Paradójicamente el Gobierno estatal no ha cumplido la previsión, de manera que el “Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable” aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de abril de 2019 (publicado mediante Orden PCI/566/2019, de 21 de mayo; *BOE* núm. 125, de 25 de mayo de 2019) ha terminado remitiéndose a los porcentajes previstos en la ley (véase apartado décimo sobre reservas de contratos y lotes).

17. Nos remitimos al completo listado recogido en (GUTIÉRREZ, NEVADO & PACHE, 2019: 267-271). En el nivel local recoge algunos ejemplos, (CUBA, 2017: 11-12).

18. En el contexto del texto refundido anterior, véase el ilustrativo recorrido que hace (CUBA, 2017). Destaca en el País Vasco la Ley 3/2016, de 7 de abril, para la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública. Ciertamente emplear la Ley como instrumento formal no es lo habitual, canalizándose generalmente mediante Instrucciones, Acuerdos... de alcance dispar y contenido perfectible. Véase, por ejemplo, las críticas de (NÚÑEZ, 2016: 423-425) acerca del Acuerdo del Consejo de Gobierno andaluz de 18 de octubre de 2016.

- b) También supone un refuerzo de la reserva la referencia a los lotes. Si bien no constituye una novedad, la regulación sobre la división en lotes ha dado un giro radical: contrariamente a lo establecido en la normativa anterior, el art. 99.3 LCSP determina que, siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permita, deberá preverse la realización independiente de cada parte mediante dicha división en lotes, de suerte que, de no hacerse, el órgano de contratación habrá de motivarlo adecuadamente. Siendo una regla que trata de potenciar la contratación de PYME, el propio art. 99.4 LCSP subraya la posibilidad de reservar alguno o algunos de estos lotes remitiéndose a las dos modalidades de reserva que nos ocupan.
- c) Al margen de las cuestiones controvertidas que veremos después al tratar los conflictos, surge un primer interrogante acerca de cuál es la referencia a la que aplicar el porcentaje de reserva y los eventuales mecanismos de control que permitan comprobar su cumplimiento. La DA 4ª LCSP lo traba al “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”. Sin embargo, no se especifica si dicho importe se computa con base en los presupuestos base de licitación o, por el contrario, en los importes de adjudicación. QUINTANA y RODRÍGUEZ¹⁹ abogan por acogerse al presupuesto base de licitación, por entender que, si se escogiesen los valores estimados²⁰, se distorsionaría el resultado final; de igual modo, tampoco consideran correcto tomar como referencia el precio porque, si bien el cálculo no plantearía dificultades, supondría un obstáculo para la planificación y control de su cumplimiento. La realidad, sin embargo, ofrece escenarios desiguales sobre esta cuestión²¹.

19. (QUINTANA & RODRÍGUEZ, 2019: 146).

20. La locución “valor estimado” pretende homogeneizar las distintas expresiones que antes se empleaban y que presentan implicaciones de todo tipo (determinación de contratos sujetos a regulación armonizada, contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación...). Sus reglas se establecen en el art. 101 LCSP.

21. La Comunidad Autónoma vasca -primera en aprobar el correspondiente Acuerdo- ha ido en esta línea, estableciendo un 5% de los importes base de licitación de las categorías económicas del Anexo VI LCSP e indicando que tales importes se computan para el año que se inicia su tramitación y no el del inicio de ejecución. Caso de no alcanzarse el porcentaje de reserva deberá justificarse en la memoria comprensiva de importes licitados, importes reservados y causa explicativa del incumplimiento. Resolución 73/2018, de 15 de marzo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo por el que se aprueban instrucciones sobre los contratos reservados (*BOPV* núm. 63, de 3 de abril de 2018).

B) Disposición Adicional 48ª LCSP. Su distinción de la acción concertada

Se introduce una nueva DA 48ª LCSP que, bajo el rótulo “Reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones”, regula esta segunda modalidad cuyos elementos fundamentales son los siguientes:

- a) La imperatividad desaparece en cuanto la dicción literal -“... *los órganos de contratación de los poderes adjudicadores podrán reservar...*”- no permite albergar dudas sobre su carácter facultativo.
- b) También en este caso se enuncian expresamente los contratos con sus respectivos códigos que pueden ser objeto de la misma, esta vez incluidos en el Anexo IV LCSP. Como en toda reserva el anuncio de licitación debe recoger expresamente que estamos ante una reserva de esta disposición adicional.
- c) La duración máxima del contrato no excederá de tres años.
- d) La reserva sólo puede ser en favor de las organizaciones que cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:
 - a) *Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios contemplados en el apartado primero* [esto es, al objeto de los contratos que pueden constituir objeto de esta reserva].
 - b) *Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.*
 - c) *Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de*

El Ayuntamiento de Madrid, sin embargo, ha optado por los importes de adjudicación correspondientes a la anualidad precedente del conjunto de contratos licitados. Decreto de 31 de enero de 2019 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba la Instrucción 1/2019 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (BOAM núm. 8333, de 8 de febrero de 2019)

El reciente Decreto 75/2019, de 23 de mayo (BOC núm. 108, de 6 de junio de 2019), por el que se establecen las directrices de política general sobre la incorporación de criterios y cláusulas sociales en la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su art. 7, mantiene la misma dicción de la LCSP, sin que aclare este punto.

participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.

d) Que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

La rigurosidad de los requisitos parece indicar que esta reserva es más restrictiva que la de la DA 4ª LCSP. Por lo demás, el límite temporal trazado por la última de las condiciones trata de abrir campo a la concurrencia entre este tipo de entidades.

De cualquier modo, este precepto es prácticamente transcripción del art. 77 Directiva 2014/24/UE, en el bien entendido que la dicción literal de la Directiva habilitaba para que el legislador decidiera discrecionalmente la inclusión o no de este tipo de reserva²². Estamos así, ante una opción de organización de servicios²³ que ya había recibido el aval de la jurisprudencia comunitaria (SSTJUE de

22. El apartado 1 del art. 77 Directiva 2014/24/UE señala: “Los Estados miembros *podrán disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud...*” (la cursiva es nuestra).

23. En relación con los servicios a las personas, la elección está marcada por diversos ingredientes, entre ellos el importe del servicio (esto es, se supere o no el importe de 750.000 euros) o que se trate o no de un servicio excluido (art. 11.6 LCSP). El Considerando 114 Directiva 2014/24/UE explica las razones de este complejo sistema y que se anudan a las peculiares características de los servicios a las personas: “Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios. Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. *Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno.*

Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité

11 de diciembre de 2014, Asunto C-113/13, caso *Croce Rossa Italiana y otros*²⁴ y de 28 de enero de 2016, Asunto C-50/14, *Casta*).

Precisamente la opción de decidir que encuentran las Administraciones en relación con determinados servicios está en la base del equívoco entre esta reserva y la llamada *acción concertada*. Ésta se encuentra regulada en la DA 49^a LCSP conforme a la cual las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, pueden regular “instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social”²⁵. Sin ánimo de ser exhaustivos, hemos de hacer algunos apuntes sobre esta figura que es especialmente relevante para entidades de economía social:

a) A diferencia de las reservas de la DA 48^a, estos conciertos no constituyen contratos, sino que, como destaca GIMENO²⁶, constituyen una opción orga-

de Protección Social. (...). *Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.*” (la cursiva es nuestra) (LAZO, 2016) y (PALACÍN, 2017: 7-8) ofrecen con claridad la diversidad de situaciones existente.

24. Explica con detalle esta Sentencia (GIMENO, 2016; 2017: 277 y ss.; y 2018: 26-32); (TEJEDOR, 2015);

Buena parte de las resoluciones de los recursos en los que se discute la legalidad de una reserva, la fundamentación jurídica se acoge a este fallo. Por todas, Resolución TACRC núm. 777/2018, de 7 de septiembre de 2018.

25. Ya contamos con varias normas autonómicas sobre la materia. Vgr. Ley 11/2016, de 15 de diciembre de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (Aragón; BOA núm. 243, de 20 de diciembre de 2016); Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario y Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social (Comunidad Valenciana; respectivamente, DOGV núm. 8016, de 6 de abril de 2017 y núm. 8197, de 23 de diciembre de 2017); Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOIB núm. 146, de 22 de noviembre de 2018); Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales (Andalucía; BOJA núm. 39, de 23 de febrero de 2018); Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y socio-sanitario en Extremadura (DOE núm. 252, de 31 de diciembre de 2018); Ley 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social (Principado de Asturias; BOPA núm. 58, de 25 de marzo de 2019).

26. (GIMENO, 2018:32-34).

nizativa que exige previsión legal expresa que determine su alcance y significado, así como las modalidades de servicios y prestaciones y el sistema retributivo.

- b) Precisamente por su modo de operar, la jurisprudencia comunitaria ha sido singularmente cuidadosa en los límites aplicables a esta figura, exigiéndose²⁷:
- 1) que quienes actúen en este marco no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y eficacia presupuestaria; 2) que, al margen del reembolso de los costes, las entidades no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros; 3) respeto estricto a la regulación nacional sobre voluntariado o tercer sector; 4) prohibición de abuso de Derecho mediante la utilización indebida de esta figura.

Un repaso por las normas que regulan la acción concertada permite advertir que estamos ante un inmejorable ejemplo de colaboración público-privada, presidido por los principios de solidaridad y calidad asistencial y que implica un reconocimiento del determinante papel del tercer sector en la cohesión social²⁸.

3. La conflictividad en torno a las reservas

El fundamento de las reservas de contratos es, pues, claro, lo que no ha impedido la conflictividad centrada fundamentalmente en ciertas causas que examinaremos a continuación, no sin antes llamar la atención sobre una circunstancia llamativa: muchos de los conflictos son instados por entidades del tercer sector o representativas de sus intereses que se ven postergadas por requisitos que consideran limitativos.

A) Supuesta contradicción entre la legislación española y el art. 20 Directiva 2014/24/UE

Son varios los conflictos en los que los recurrentes han alegado la supuesta infracción del Derecho Comunitario por una deficiente trasposición de la Directiva en la LCSP.

27. (GIMENO, 2018: 32-34 y 58).

28. Véase a este respecto el apartado III del Preámbulo del Decreto valenciano 181/2017 (*cit.*).

Una cabal comprensión de esta alegación requiere atender al contenido del art. 20.1 Directiva 2014/24/UE:

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 desfavorecidos

La primera controversia gira en torno a los conceptos manejados: es incuestionable que la alusión genérica de la Directiva comunitaria a “talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas”, pretende dar cabida a la variada panoplia de entidades recogida en las legislaciones de los Estados miembros y cuyas denominaciones y regulación difieren²⁹. Dicha indeterminación ya había sido puesta de manifiesto por los Tribunales administrativos de contratación pública en su informe de 1 de marzo de 2016, negando efecto directo a este art. 20 de la Directiva en cuanto “no establece un mandato claro e incondicionado”³⁰. Lo explica con precisión el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi (OARCE) en un párrafo que se reproduce en otras muchas resoluciones:

29. No es este el lugar para examinar con detenimiento esta cuestión, pero es sabido que los contornos del tercer sector o perfilar definitivamente qué entidades pueden entenderse catalogadas como de Economía Social entraña cierta dificultad. Sobre esta cuestión, nos remitimos a los clarificadores trabajos de (FAJARDO, 2012 y 2018).

Asimismo, debe llamarse la atención sobre el carácter dinámico de algunas de las figuras que integran no sólo la economía social, sino conceptos de cuño más reciente con los que a veces intersecciona: economía colaborativa, circular... (CHAVES & MONZÓN, 2018).

30. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público. Documento de estudio presentado y aprobado en reunión de Madrid, el 1 de marzo de 2016* Disponible en:

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Documento_final_ESTUDIO_aplicacion_directa_de_las_Directivas_b43ec509%232E%23pdf/chk.a1819767e7f5371f26dd16ff0f1edcf3

(este) concepto (...) 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, (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

(Fundamento Jurídico 8 c)

Resolución OARCE 100/2018, de 13 de agosto de 2018)

En este sentido, el legislador español optó por traducir el precepto de la Directiva favoreciendo con las reservas a los CEE de iniciativa social y a las empresas de inserción³¹.

Surge así una ulterior controversia sobre la legalidad de incluir únicamente a los CEE de iniciativa social, excluyendo a los demás³² y poniendo en entredicho la coherencia del precepto.

31. El régimen de los CEE, sus tipologías y las diferencias entre CEE y empresas de inserción requerirían capítulo aparte. Nos remitimos en este punto a las aportaciones de: (CANO, 2011); (BENGOETXEA, 2014: 538-540); (GRIMALDOS, 2015: 8 y ss.); (MORATALLA, 2016: 14-15); (MONZÓN-CAMPOS, & HERRERO, 2016: 319-323); (ASKUNCE, 2016).

32. Recordemos que la propia LCSP, en su Disposición Final 14^a, incorporó un apartado 4 en el art. 43 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), según el cual: “Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante

La respuesta en todos los conflictos ha sido idéntica, concluyéndose que “los Estados miembros gozan de libertad para cumplir el mandato dado desde el acervo comunitario que no es otro, que el de reservar licitaciones de determinados contratos a favor de operadores económicos que desempeñan una función social”, siendo ajustado a la Directiva que el legislador español haya añadido a los CEE el calificativo de ser “de iniciativa social”³³:

El porqué de exigir esta iniciativa social expresamente a los CEE y no a las empresas de inserción es que éstas, por mandato legal, siempre deben estar promovidas al menos en un 51% en el caso de sociedades mercantiles por entidades y/o asociaciones sin ánimo de lucro o por fundaciones.

No se acepta así, la ilegalidad de los pliegos de cláusulas que contemplan el requisito de que los CEE deben ser de iniciativa social, puesto que se limitan a recoger la previsión legal *para redundar en la protección de las políticas a favor de la integración y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad* (Resolución TACRC 510/2019, FJ 5º).

Por lo demás, en los casos citados la recurrente (Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo) ha pretendido del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) la presentación de una cuestión prejudicial al efecto de dilucidar si la trasposición del art. 20 de la Directiva 2014/24/UE en la LCSP es correcta o no. Pretensión sistemáticamente rechazada por no concurrir los presupuestos para la misma:

(...) la normativa europea (artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE) sigue su precavida línea de actuación al no delimitar la forma jurídica de las enti-

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.»

33. No sólo eso, sino que, como recalca el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 19/2018, de 17 de julio, la Directiva “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 ésta 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”.

dades susceptibles de ser beneficiarias, en tanto ésta puede ser muy diversa en función del Estado miembro, por lo que 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 y desde luego, su interpretación laxa acoge el espíritu del artículo 20 de la Directiva y así se ha llevado a la Disposición Adicional Cuarta, en el sentido de redundar en beneficio de la integración y del derecho al trabajo de las personas con discapacidad. No existen dudas de interpretación ni contravención de la normativa española frente a la norma comunitaria, ante la exigencia impuesta legalmente de que la entidad titular del CEE, para que éste sea calificado como de iniciativa social, deberá recoger en sus estatutos sociales o en su acuerdo social la obligación de reinvertir íntegramente sus beneficios para destinarlos a la creación de oportunidades de trabajo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad o de su actividad de economía social, teniendo la facultad de optar por la reinversión en su propio CEE o en otros CEE de iniciativa social. En efecto, el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad define a los CEE en base a dos elementos: la titularidad y el destino de los posibles beneficios.

Por lo que se refiere a la titularidad del CEE, la ley establece dos supuestos en que podremos estar ante un Centro Especial de Empleo de iniciativa social: a) Cuando el CEE sea titularidad de entidades de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos. b) Cuando el CEE sea titularidad de sociedades mercantiles en que la mayoría de su capital social sea propiedad de una entidad de economía social sin ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus estatutos. Con fundamento en dichas consideraciones este Tribunal aprecia que no concurre el juicio de relevancia para elevar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(Resolución TACRC 860/2018, FJ 7º)

La conclusión sobre el ámbito subjetivo de la reserva debe entenderse extensiva a las eventuales Uniones Temporales de Empresas (UTE) que se presentaran a una licitación, exigiéndose que el carácter de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción concorra en todos y cada uno de los integrantes de la UTE, en cuanto condición legal de aptitud.

B) Objeto de los contratos reservados: la delimitación de los contratos susceptibles de reserva. Breve referencia al porcentaje de reserva

Las dos disposiciones adicionales que recogen las reservas hacen remisión expresa a determinados contratos: la DA 4ª alude a “suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI” y la DA 48ª a “contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV”, recogiendo también los códigos de referencia.

La fórmula empleada permite colegir que las reservas se anudan a esos contratos y no a otros, empleando una técnica de delimitación positiva que habilitaría para entender excluidos todos los contratos y códigos no expresamente recogidos en estas disposiciones. No obstante esa aparente claridad no han faltado conflictos en este punto, destacando el resuelto por Acuerdo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP) de Aragón 62/2017, de 11 de mayo de 2017 que, ante la reserva de un contrato de obras (tipo contractual no incluido en las disposiciones adicionales) considera que “ir más allá de la previsión legal de reserva (...) supone una clara contravención de los principios de igualdad de trato, en tanto restringe, de forma indebida, la competencia, estableciendo reglas de favor incompatibles con el principio de transparencia y concurrencia de la contratación pública”(FJ 4º).

Cuestión distinta es la relativa al porcentaje de reserva y que plantea varios interrogantes: por ejemplo, ¿pueden reservar contratos sin que se haya formalizado el acuerdo gubernamental al que se refiere la DA 4ª LCSP o cabe aplicar directamente esta disposición? ¿es posible que dicho porcentaje de amplíe en la práctica excediendo la cifra indicada en el Acuerdo?

Estas cuestiones se han tratado en algunos conflictos. Sirva de ejemplo la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública (TACP) de Galicia 67/2018, de 3 de septiembre de 2018, que desestima la alegación de que no cabe reserva sin acuerdo previo, acogándose a la importancia de los bienes jurídicos que la reserva pretende proteger (y que son los mencionados en el Considerando 36 de la Directiva) y subrayando que el legislador pretende establecer unos mínimos, pero no máximos. La reserva, por tanto, puede realizarse al margen de que haya o no el acuerdo al que se refiere la DA 4ª LCSP, y ello con base en el art. 99.4 LCSP (Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (TACRC) de Castilla y León núm. 108/2018 y 109/2018, ambas de 15 de noviembre de 2018). En el mismo sentido se pronunció el citado Informe JCCA Aragón 19/2018 que, además, hace notar que la posibilidad de reserva de

lotes contenida en el mencionado art. 99.4 LCSP “desborda” la DA 4ª “tanto objetiva como subjetivamente”.

Esta última afirmación, sin embargo, debe matizarse porque llevada al extremo supondría una vulneración de otros fines que también la normativa contractual protege. Precisamente en el caso resuelto por el citado Acuerdo TACP Aragón 62/2017 se apreció que la reserva de todos los lotes de un contrato suponía una contravención del principio de igualdad de trato por restringir indebidamente la competencia y contrariar los fundamentos del art. 46 Directiva 2014/24/UE³⁴.

C) *Supuesta falta de concurrencia competitiva*

He aquí una de las alegaciones habitualmente esgrimidas en relación con las reservas: la supuesta vulneración del principio de concurrencia competitiva e igualdad entre los licitadores en la medida en que, por definición, quedan extramuros del procedimiento aquellas entidades que no cumplan con las condiciones determinadas en las disposiciones respectivas. Sobre esta cuestión cumple poner de relieve algunos aspectos:

- a) La reserva no debe confundirse con los procedimientos de contratación. La concurrencia competitiva se garantiza prioritariamente a través de los procedimientos ordinarios de selección del contratista -abierto y restringido-, sin que sea dable relacionar las reservas con adjudicaciones directas o, incluso, con procedimientos en los que la competencia se ve mermada (así, el procedimiento negociado con o sin publicidad). Estos últimos procedimientos van inextricablemente ligados a los supuestos legalmente tasados -al margen, por tanto, de que estemos o no ante un contrato reservado-, precisamente por su afectación a la concurrencia.
- b) El hecho de que el abanico de entidades que pueden presentarse a licitación sea mayor o menor no comporta una alteración del principio de concurrencia. Las propias resoluciones de los recursos se encargan de enfatizar esta circunstancia:

34. Este artículo es el que regula la división de contratos en lotes que, de acuerdo con el Considerando 78 de la propia Directiva, pretende adaptar la contratación pública a las necesidades de las PYME y sigue la línea marcada por el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos”. COMISIÓN EUROPEA (2008). *Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión. Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos*. Bruselas, 25 de junio de 2008. SEC (2008) 2193.

El carácter de CEE de iniciativa social o de empresa de inserción, es una condición legal de aptitud y no un requisito de solvencia, sin que ello implique una vulneración de los principios de igualdad, no discriminación y de la libertad de competencia, tal y como defiende el recurrente, pues no olvidemos que nos hallamos ante “contratos reservados”.

La libre competencia sigue siendo el pilar fundamental de la legislación comunitaria y de la contratación pública en nuestro Derecho interno. En este caso, lo único que se hace es especificar una categoría determinada de operadores económicos de carácter social que pueden acceder al contrato que goza del carácter de reservado. Ello no quita para que se aplique la libre competencia entre ellas, 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.

(FJ 6º Resoluciones TACRC 860/2018, de 1 de octubre de 2018 y 914/2018, de 11 de octubre de 2018, en relación con la DA 4ª LCSP; acogiendo el argumento para la DA 48ª, FJ 5º Resolución TACRC 688/2019, de 20 de junio de 2019)

- c) Todo lo comentado no impide que las propias resoluciones de los recursos deslicen en ocasiones expresiones paradójicas: así, cuando se afirma que “la reserva del contrato (...), al suponer una excepción al principio de libre concurrencia que rige la licitación pública, debe ser objeto de interpretación restrictiva”³⁵. A nuestro juicio, la restricción viene dada desde la propia literalidad de los términos de la reserva que comporta, a la postre, una determinación clara de los eventuales licitadores y del objeto contractual. Elementos reglados, en suma, que impiden una extensión extramuros de los mismos.

Por lo demás, este es el resultado que arroja una lectura conjunta de las disposiciones adicionales y el art. 132.1, segundo párrafo LCSP, conforme al cual: “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”. No se entiende bien por qué solo aparece referenciada esta DA cuando la 48ª supone también restricciones importantes respecto de los licitadores llamados a participar, como veremos a continuación.

35. Resolución TACRC núm. 510/2019, *cit.*, FJ 5º.

D) Carácter facultativo de la reserva de la DA 48ª LCSP y deber de motivación

Como decíamos la DA 48ª LCSP permite que los órganos de contratación reserven determinados contratos de servicios sociales, culturales y de salud a las organizaciones que cumplan los requisitos establecidos en la propia disposición adicional. El carácter facultativo de esta reserva y lo que implica la misma se han utilizado como base para argumentar que en estos casos se exige un deber especial de motivación.

El TACRC no sólo discrepa de esta visión, sino que implícitamente evita considerar este tipo de reserva como una suerte de excepción, normalizando su empleo:

[La DA 48ª] simplemente permite que se emplee este procedimiento en determinados contratos a la vista del código CPV de los mismos, por lo que, verificada la real correspondencia entre objeto, código y disposición legal, sería perfectamente admisible la utilización del procedimiento reservado, siempre que, claro está, se dé cumplimiento al resto de requisitos legalmente previstos. El deber de justificar la utilización de este procedimiento sería el general del art. 116.4 de la LCSP. Pues bien, véase que dicho precepto exige que se justifique adecuadamente en el expediente el procedimiento de licitación elegido, no debiendo justificarse necesariamente en el PCAP o en un determinado documento, sino sencillamente en el expediente de contratación

(Resolución TACRC 688/2019, de 20 de junio de 2019)

No ocurre lo mismo en la Resolución TACRC núm. 881/2019, de 25 de julio de 2019, que viene a recalcar la excepcionalidad que comporta la reserva. En este caso, el recurso se formuló contra el anuncio y los pliegos del contrato del “Servicio para la gestión de Puntos de Encuentro Familiar (judiciales) de la Comunitat Valenciana”, siendo objeto de controversia la cláusula por la que la licitación se restringía a entidades sin ánimo de lucro inscritas en el registro correspondiente. La resolución estima los recursos desde todas las perspectivas implicadas (FJ 5º):

- a) Materialmente, porque el objeto de contrato no es subsumible en ninguna de las categorías de reserva (tampoco en la DA 4ª LCSP), ni tiene la consideración de contratos de servicios de carácter social con alguno de los códigos incluidos en el listado de la DA 48ª LCSP.
- b) Formalmente, no se reúne ninguna de las condiciones legales impuestas, poniendo de relieve que tanto el espíritu de las Directivas como la voluntad del

legislador español son claros al exigir del órgano de contratación un esfuerzo “primero, por demostrar que la reserva del contrato que se pretende licitar tiene encaje en alguna de las categorías establecidas y, después, por publicitar dicha situación, al imponer que en el propio anuncio de licitación se haga referencia expresa a la aplicación de la excepción. Siendo que ni en el anuncio ni en el expediente se encuentra explicación alguna de la restricción impuesta, la disconformidad con el ordenamiento jurídico es incontestable.

III. El escenario que diseña la LCSP: ¿estamos ante la cuadratura del círculo?

Prácticamente de ineludible cita, el art. 1.3 LCSP subraya el carácter estratégico de la contratación pública incidiendo en que:

En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.

La transversalidad de los criterios sociales se apunta asimismo en otros artículos de la ley, revelando su presencia en los elementos más importantes del contrato (solvencia del contratista, criterios de adjudicación, condiciones especiales de ejecución...) ³⁶, haciendo buena la afirmación de que “la visión estratégica de la contratación pública late en toda la norma” ³⁷.

En relación con la normativa anterior, señalábamos que la versatilidad y ubicuidad de los criterios sociales había terminado convirtiéndose en un problema de ubicación ³⁸, si bien las nuevas Directivas permitían aventurar un avance importante:

36. Hacen un recorrido exhaustivo, (GIMENO, 2017); (ROMEO, 2018 a); (BURZACO, 2016).

37. (GALLEGO, 2017 b): 97).

38. (BURZACO, 2016: 306).

- Por una parte, porque el compromiso es mayor, no sólo como declaración de principios que aporta criterios interpretativos de indudable valor, sino también creando obligaciones nuevas respecto de elementos no necesariamente novedosos: por ejemplo, la obligación de incluir en todo contrato al menos una condición especial de ejecución de carácter social, ambiental o de innovación (art. 202.1, segundo párrafo LCSP)³⁹.
- Los obstáculos fundamentales con los que las cláusulas sociales se habían topado se centraban esencialmente en las dificultades para vincularlas al objeto del contrato y mantener su compatibilidad con determinados principios de la contratación (igualdad y concurrencia, fundamentalmente)⁴⁰. El avance aquí viene de la propia conceptualización del requisito de vinculación al objeto del contrato y, sobre todo, la amplitud con la que éste se concibe al ligarse a la noción de “ciclo de vida”.

Vigente la LCSP, los primeros conflictos suponen una cierta frustración de las expectativas, dejando una sensación de *déjà vu*: así cuando las cláusulas sociales se pasan por la prueba de la vinculación al objeto del contrato, se han reproducido idénticos problemas. Por más que la vinculación ya no se diga directa y la referencia al ciclo de vida amplíe considerablemente la potencialidad de las cláusulas, la forma de entender dicha vinculación sigue anclada en la rigurosidad de la doctrina anterior, manteniéndose así esa suerte de antagonismo entre concurrencia competitiva, igualdad entre licitadores, visión economicista y clausulado social en la contratación pública⁴¹. Abonando esta misma idea, en su Informe sobre la Contratación Pública en España 2017, la Junta Consultiva de Contra-

39. Resalta esta obligatoriedad por contraste con la situación en la legislación anterior, Acuerdo TACP Comunidad de Madrid núm. 285/2018, de 19 de septiembre de 2018.

40. El problema es más intenso cuando hablamos de criterios de adjudicación de los contratos. Sobre este particular, RAZQUIN & VAZQUEZ, 2017: 164 y ss; GALLEGO, 2017 b): 99-100; BURZACO, 2018 a): 143-170.

Para entender los obstáculos que los criterios sociales se encuentran en la práctica hemos de recordar brevemente sus presupuestos de validez (art. 145.5 LCSP), a saber: a) vinculación al objeto del contrato, tal y como se define en el art. 145.6 LCSP; b) formulación de manera objetiva, respetando los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, no confiriendo al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada; c) deben garantizar que las ofertas puedan ser evaluadas en condiciones de competencia efectiva, acompañando especificaciones que permitan comprobar la información proporcionada por los licitadores para su evaluación a la luz de los criterios de adjudicación.

41. Pone de relieve ese antagonismo, VAÑÓ, 2016.

tación Pública del Estado (JCCPE) ha detectado como principales problemas de la contratación pública socialmente responsable algunos de los que ya se producían con anterioridad: complejidad de la normativa, ambigüedad, falta de criterios claros, dificultad en definir las cláusulas sociales que tengan relación con el objeto del contrato o la falta de la debida profesionalización del personal dedicado a contratación⁴².

De los muchos conflictos obrantes sobre cláusulas sociales, podemos entre-sacar algunas ideas:

- a) Sin pretender colocarnos en la mente de los redactores de los pliegos y los órganos de contratación que los aprueban, la integración de cláusulas sociales se lleva a cabo de manera bienintencionada y subyace en ellas la pretensión de dar respuesta a problemas sociales existentes, cuando no dar cierta garantía de derechos que se han visto recortados en períodos de crisis⁴³. Las más de las veces dichos problemas parten de la situación de desventaja de determinados colectivos (personas con discapacidad, mujeres, colectivos en riesgo de exclusión social...).

En este sentido, la ley permite opciones que quizás no se advierten en una lectura lineal o apegada a inercias pasadas de la contratación pública. Sirva de ejemplo el mencionado Decreto 75/2019, de Cantabria que, jugando con el objeto del contrato, ofrece variaciones interesantes referidas a las reservas⁴⁴.

42. JCCPE, 2018: 77-78. En cuanto a la falta de profesionalización del personal, el problema viene más de la capacitación especializada que requiere la contratación pública (crecientemente compleja) sin que deba verse como crítica a su labor. Así lo demuestra la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión de 3 de octubre de 2017 sobre la profesionalización de la contratación pública. “Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”. *DOUE* núm. L259/28, de 7 de octubre de 2017.

43. DIZ, 2017: 91.

44. Tras un precepto general sobre las reservas (trasunto de la DA 4ª LCSP), el Decreto 75/2019 distingue dos supuestos distintos de contratación reservada a CEE de iniciativa social y Empresas de inserción, aportando el modo en que las cláusulas deben redactarse para cumplir la finalidad correspondiente:

a) la contratación reservada como finalidad del contrato (art. 8): “El contrato tiene como finalidad la inclusión laboral de personas con discapacidad o con riesgo de exclusión social y laboral, empleadas en centros especiales de empleo de iniciativa social o en empresas de inserción...”.

b) como objeto adicional del contrato (art. 9): “Es objeto de este contrato la contratación del servicio (...), mediante la ocupación de personas...” [prosigue con la misma fórmula anterior].

Se añaden también otras cláusulas que protegen la reserva. Véase Anexo II, Decreto 75/2019: <https://boc.cantabria.es/boces/verAnuncioAction.do?idAnuBlob=339360>

- b) La vinculación al objeto del contrato lleva a exigir la justificación en el expediente de la mejora que implica la cláusula social en la prestación del contrato o, como refiere GIMENO⁴⁵, “la ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato” que comporta para el poder adjudicador. Empresa que no es sencilla⁴⁶, como demuestran muchos de los casos en los que se han anulado cláusulas sociales por entender que no pasaban tal prueba de la vinculación, sin perjuicio de reconocer el “loable y encomiable objetivo” y “las buenas intenciones” del órgano de contratación⁴⁷. Situación, además, paradójica ya que, por lo general, los conflictos versan sobre criterios que el propio art. 145.2.1º LCSP recoge en su lista ejemplificativa⁴⁸.
- c) La redacción de cláusulas sociales no es fácil y las pruebas de ensayo/error están permitiendo mejorar considerablemente la elaboración de las mismas⁴⁹, evitando caer en algunos errores frecuentes: por citar sólo algunos ejemplos, asignar un porcentaje desproporcionado al criterio de contenido social sin la debida motivación o sin concretar adecuadamente el modo de evaluación del criterio⁵⁰; introducir componentes localistas⁵¹; forzar la vinculación defi-

45. (GIMENO, 2017: 254).

46. (GIMENO, 2017: 259) subraya la dificultad práctica de justificar la relación con la prestación de criterios como el empleo de trabajadores discapacitados o la estabilidad de la plantilla, y considera que este tipo de aspectos deberían valorarse en fase de solvencia de los contratistas. (DÍEZ, 2017: 205-207.) apunta que la rigurosidad en el entendimiento de la vinculación al objeto del contrato se conecta con el afán de evitar ayudas de Estado encubiertas.

47. Expresiones sacadas de Resolución TCCP núm. 44/2017, de 1 de marzo, FJ 10º.

48. Conformar al tercer párrafo de dicho art. 145.2.1º LCSP: “Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato”.

49. (LESMES, 2019).

50. Sobre proporcionalidad, (GALLEGO, 2017 b): 104).

51. Resolución Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (TCCSP) núms. 86/2018, de 16 de mayo y 187/2018, de 3 de octubre de 2018.

niendo deficientemente el objeto del contrato; incluir criterios que interfieren en la organización empresarial⁵²; establecer criterios sin la suficiente matización de su contenido⁵³...

La certera redacción de las cláusulas se erige así en una labor de precisión que exige atender cabalmente al objeto del contrato y, en su caso, matizarlo, justificar adecuadamente el enlace de las cláusulas sociales con el objeto contractual y aportar los elementos de valoración proporcionados al criterio en cuestión.

- d) Con todo, una parte de la “responsabilidad” en que las cláusulas sociales prosperen se encuentra en la interpretación de los propios órganos de recursos contractuales y, en su caso, de los tribunales de lo contencioso-administrativo. En este sentido algunas resoluciones revelan mayor apertura, destacadamente en todas aquellas prestaciones en las que la mano de obra es de relevancia significativa⁵⁴.

Alguna resolución reciente ha puesto de manifiesto la consecuencia de una lectura mantenida en el molde rígido anterior: es buen ejemplo el Acuerdo TACP Comunidad de Madrid 108/2019, de 20 de marzo de 2019 en relación con un criterio de adjudicación que valoraba medidas concretas de política de conciliación de la vida familiar y laboral en el contrato de servicio de limpieza en una dependencia del Ayuntamiento de Madrid. Frente a la alegación de la recurrente de que dicho criterio no guarda relación alguna con el servicio contratado por no redundar en una mejor prestación del servicio, el tribunal hace ver que ésta *“es una afirmación apriorística que simplemente vacía de contenido la previsión legal sobre la inclusión de este tipo de cláusulas sociales”*⁵⁵. A nuestro juicio, esta es una clave trascendental: las interpretaciones rigoristas de las cláusulas sociales que se

52. Acuerdos Tribunal Administrativo de Contratos Públicos (TACP) de Aragón núms. 72/2016, de 14 de julio de 2016 y 62/2017, de 11 de mayo de 2017; Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales (TARC) de la Junta de Andalucía núm. 46/2016, de 18 de febrero de 2016.

53. Resolución TACRC núm. 679/2017, de 27 de julio de 2017.

54. Entre otros, Acuerdo TACP Comunidad de Madrid núm. 319/2017, de 2 de noviembre de 2017.

55. Aunque las limitaciones de este trabajo no nos permiten extendernos en esta Resolución, merece destacarse que va desestimando cada una de las alegaciones siguientes en las que se achaca discriminación con colectivos similares de las empresas licitadoras de limpieza y restricción ilegítima de la competencia. En cuanto a estos argumentos, el Acuerdo subraya que sin que la recurrente aporte términos de comparación ni pruebe discriminación, estamos ante una mera especulación.

ajustan con rigidez a la mejora de la prestación como la prueba de vinculación al objeto del contrato, suponen el riesgo evidente de vaciar de contenido las previsiones legales. Quizás en ese tránsito estamos aún, circunstancia que explica que haya disparidad de criterios en relación con determinadas cláusulas⁵⁶.

La auténtica dificultad está, como casi siempre, en lograr el necesario equilibrio: decía la Resolución TACRC núm. 198/2017, de 2 de marzo de 2018, que “la cuestión estriba en evitar que la utilización indiscriminada de las cláusulas sociales acabe desvirtuando la contratación pública y los fines que persigue”. Sin embargo, también es cuestión relevante conseguir que los fines cumplan con el mandato legal y en este punto los preceptos de la LCSP mencionados a lo largo de este trabajo son nítidos.

La necesidad de que la Administración motive adecuada y suficientemente en el expediente la finalidad pretendida, y el ajuste de los medios a tales fines adquiere así una importancia radical. Lo que ocurre no sólo cuando se incluye contenido social en el contrato, sino muy especialmente cuando las soluciones organizativas son diversas, quedando a la decisión discrecional del órgano de contratación la opción por una u otra (vgr. Acción concertada o reserva al amparo de la DA 48ª LCSP). Decisiones que la mejor doctrina enmarca en el concepto de “buena administración”⁵⁷: dejando al margen discusiones dogmáticas sobre su naturaleza jurídica, este concepto embrida la discrecionalidad administrativa superando su tradicional concepción como marco de indiferencia jurídica. Así, no se trata de que la Administración escoja entre un abanico de posibilidades todas ellas válidas, sino que ha de optar por la más acertada atendiendo a todos los intereses en juego. La buena administración se erige así en “guía para los gestores

56. Algunas discrepancias resultan especialmente llamativas: así en temas como la aplicación de los convenios colectivos, la mejora salarial...que han dado pie a no pocos casos ante el TJUE (MORCILLO, 2016).

Sin ánimo agotador, véanse Resoluciones TACP Canarias núm. 50/2017, de 20 de abril y 76/2018, de 9 de mayo sobre convenios colectivos.

57. (GIMENO, 2018. Sobre la buena administración es referencia obligada CARRILLO, 2010, quien analiza su naturaleza jurídica. También PONCE, 2001 y, en relación con la discrecionalidad administrativa, de este mismo autor 2014 y 2016.

El “derecho a una buena administración” se establece en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. C 364/01, de 18 de diciembre de 2012), dentro del Capítulo V relativo a “Ciudadanía”, e incluye, entre otras, la “obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones”. Puede consultarse en:

https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

públicos en la toma de decisiones”⁵⁸. En este punto las obligaciones de fomento que encierran algunas leyes -señaladamente la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social- y los contrastados resultados de las entidades de economía social en la inserción laboral de personas en riesgo de exclusión social⁵⁹ deberían ser un aval importante al barajar las opciones posibles.

IV. El control de la ejecución y sus problemas

El devenir que ha supuesto la vigencia y aplicación de la LCSP ha permitido evidenciar que, a las dificultades para aprovechar el potencial de la misma en la preparación de cada contrato, les siguen indefectiblemente, los problemas para controlar su cumplimiento en fase de ejecución⁶⁰; algo, por lo demás, que no sólo afecta a las cláusulas sociales⁶¹.

El interés actual por las cláusulas sociales en la contratación pública hace en ocasiones olvidar que algunas de ellas constituyen obligaciones legales cuyo cumplimiento no es opcional. Son buen ejemplo de ello el porcentaje de personas con discapacidad que han de contratar las empresas de 50 o más trabajadores o los planes de igualdad para empresas de más de 250 trabajadores (art. 71.1 d) LCSP). El hecho de que la vulneración de este tipo de requisitos se contemple como prohibición para contratar merece un juicio positivo que, sin embargo, se torna

58. (PONCE, 2014: 36).

59. (CHAVES & MONZÓN, 2017: 94).

60. Esta circunstancia ya había sido anticipada doctrinalmente, entre otros, (SOLORZANO, NAVÍO & CONTRERAS, 2015: 48-49). (GIMENO, 2017: 267 y 286) hace especial hincapié en la fase de ejecución para la “estrategia social del contrato”, achacando al “déficit regulatorio del contenido social de los contratos públicos” el mal funcionamiento de los mismos.

61. (LÓPEZ, 2019: 43).

También los informes del Tribunal de Cuentas dan muestra de ello. Véase, por ejemplo, Informe de fiscalización de la contratación realizada por los Ministerios del área político-administrativa del Estado y sus organismos dependientes durante el ejercicio 2015, que en Recomendación sexta (p. 52) señala expresamente: “Llevar a cabo un mayor seguimiento de la ejecución de los contratos y del cumplimiento de los plazos, haciendo efectivas las garantías en caso de incumplimiento y, en su caso, la imposición de penalidades”. Disponible en:

<https://www.tcu.es/repositorio/0deb317d-6dd6-46fa-a83a-1e197e6f2b2a/I1272.pdf>

menos optimista cuando se constatan las dificultades que la materialización de dichas prohibiciones tiene en la práctica⁶².

Por una parte, porque la prohibición carece del automatismo que a veces se le supone: el respeto a las debidas garantías de defensa obliga a cumplir el cauce procedimental establecido en cada caso. Los supuestos menos problemáticos son aquellos en los que la prohibición deriva de una resolución judicial firme (cosa distinta es el tiempo que ello lleve), pero otras causas de prohibición han de venir declaradas en resolución administrativa tras incoar el oportuno expediente. Y, lo cierto es que, con frecuencia, el órgano de contratación que ha tenido problemas en la ejecución de un contrato, cuando éste termina tiende a evitar la apertura de un nuevo frente dejando pasar la oportunidad de que la empresa causante de las deficiencias del contrato sufra las eventuales consecuencias de su actuación. De este modo el problema puede volver a reproducirse en contratos posteriores, sin que quepa ya lamentarse por no haber empleado los mecanismos que la ley ofrece.

Por otro lado, la inclusión de cláusulas sociales no puede quedarse en la mera redacción de los pliegos que, siendo relevantes, no suponen el final del camino. Más al contrario, el problema se traslada a la ejecución y a la dificultad de verificar el cumplimiento de lo establecido en los pliegos y la propia proposición de quien resulta adjudicatario del contrato.

La preocupación por los procedimientos de control es recurrente⁶³ y pasa tanto por soluciones organizativas como por establecer indicadores y aprovechar los mecanismos que la propia LCSP contempla⁶⁴. Así, por ejemplo, el art. 202.3 LCSP prevé que para el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución, los pliegos pueden: a) establecer penalidades (art. 192.1 LCSP); b) o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos del art. 211.f)

62. En el caso del porcentaje de personas con discapacidad se han planteado dudas, incluso, sobre el modo de cálculo al efecto de acreditar el cumplimiento del requisito. En este sentido, Informe JCCPE núm. 109/18. “Determinación del cumplimiento del requisito de que, al menos, el 2% de los trabajadores sean discapacitados en empresas de más de 50 empleados”.

63. Informe JCCA Aragón núm. 1/2015, de 17 de marzo que en relación con una cláusula social señala: “la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuando la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias («supresión» de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso” (apartado III c).

64. (PALACÍN, 2016: 47-52; y 2017: 9), quien recalca la importancia que pueden tener las cartas de servicios (más incluso que las guías e instrucciones) y los sistemas institucionalizados de gestión de calidad.

LCSP, que habilita a la resolución del contrato; de no tipificarse como causa de resolución, los pliegos pueden considerarlo como infracción grave a los efectos del art. 71.2 c) LCSP (prohibiciones para contratar). Sin embargo, estas opciones deben trascender la propia inclusión en los pliegos: de nada sirve establecer una condición especial de ejecución del contrato con carácter de obligación esencial del mismo de manera que su incumplimiento permite la resolución de dicho contrato, si no se prevén los instrumentos de fiscalización del cabal cumplimiento de la condición⁶⁵.

Tampoco las reservas de contratos analizadas anteriormente se libran de esta dificultad: ¿cómo se verifica el cumplimiento del porcentaje de reserva? QUINTANA y RODRÍGUEZ⁶⁶ proponen que los futuros desarrollos normativos prevean expresamente los efectos del incumplimiento del porcentaje de reserva determinándose el incremento de la reserva mínima para el ejercicio siguiente en proporción correspondiente a dicho incumplimiento. Propuesta que completan con la posibilidad de proceder de acuerdo con el art. 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, intimando a los poderes adjudicadores incumplidores para, después, en su caso, interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

A nuestro juicio, la solución a este supuesto de incumplimiento de la reserva es sumamente complejo: en primer lugar, porque no sólo los porcentajes difieren según lo establecido por los acuerdos de las distintas Administraciones públicas (las que lo han adoptado), sino que ni siquiera hay homogeneidad en el modo de computar dicho porcentaje; por otro lado, tampoco es evidente que pueda recurrirse al art. 29 LJCA (es muy dudoso que estemos ante una “disposición general que no precise de actos de aplicación”, único supuesto del precepto en que podría subsumirse, en nuestra opinión) o, de admitirse, qué efectos tendría sobre la actividad contractual de las Administraciones Públicas: ¿cabe obligar a realizar contratos innecesarios? ¿se anularían contratos ya adjudicados y cuya validez no se ha puesto en entredicho?...

En cualquier caso, los problemas del control de la ejecución se sitúan en tres niveles diferenciables:

65. En relación, por ejemplo, con la subrogación de trabajadores con discapacidad, (VAZQUEZ, 2019: 4-5); (QUINTANA & RODRÍGUEZ, 2019: 155-156).

66. (QUINTANA & RODRÍGUEZ, 2019: 148).

- a) El propio cumplimiento de la LCSP y su pretensión de que la contratación pública trascienda su finalidad primigenia de aprovisionamiento transformándose en estratégica⁶⁷. Esta es una cuestión compleja en la medida en que el recurso a determinados mecanismos es discrecional; hemos visto ya el caso de las reservas de la DA 48ª LCSP.
- Sin perjuicio de las importantes competencias que ejerce la intervención de cada nivel territorial, en esta labor de control cobra singular protagonismo la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRSCP; art. 332 LCSP), cuyas funciones están estrechamente ligadas a verificar el cumplimiento de la LCSP⁶⁸ y que, entre otras cosas, aprueba la Estrategia Nacional de Contratación Pública, definido como “instrumento jurídico vinculante”, y entre cuyos cometidos debe diseñar medidas que permitan “utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación” (art. 334.2 e) LCSP).
- b) El cumplimiento del contenido social de cada contrato en fase de ejecución. En este punto se destaca el papel que ha de tener el responsable del contrato, figura parcamente regulada en el art. 62 LCSP, que puede ser tanto una persona física como jurídica, vinculada o ajena al órgano de contratación, y al que le corresponde supervisar la ejecución del contrato, así como adoptar las decisiones y dictar las instrucciones para asegurar la realización correcta de la prestación⁶⁹.

67. (GUTIÉRREZ, NEVADO & PACHE, 2019: 257) ponen de relieve que la multiplicidad de guías, instrucciones etc. no ha ido acompañada de un instrumento que permita medir su seguimiento. Estos autores hacen una interesante propuesta de indicadores sociales en las distintas fases del contrato (270 y siguientes).

68. De acuerdo con el art. 332.6 LCSP, corresponde a la OIRSCP: a) Coordinar la supervisión en materia de contratación de los poderes adjudicadores del conjunto del sector público; b) Velar por la correcta aplicación de la legislación de la contratación pública a los efectos de detectar incumplimientos específicos o problemas sistémico; c) Velar por el estricto cumplimiento de la legislación de contratos del sector público y, de modo especial, por el respeto a los principios de publicidad y concurrencia y de las prerrogativas de la Administración en la contratación; d) Promover la concurrencia en la contratación pública y el seguimiento de las buenas prácticas; e) Verificar que se apliquen con la máxima amplitud las obligaciones y buenas prácticas de transparencia, en particular las relativas a los conflictos de interés, y detectar las irregularidades que se produzcan en materia de contratación.

69. De acuerdo con el art. 62.1 LCSP, la designación del responsable del contrato es independiente de la “unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos”. (PALACÍN, 2016: 28 y ss.) realiza un ilustrativo análisis de cómo se recoge en los perfiles del contratante esta figura, evidenciando sus deficiencias y limitaciones. (LÓPEZ, 2019: 45) hace ver la importancia de las unidades de supervisión, independientes del responsable del contrato.

- c) El cumplimiento de la finalidad última que encierre el contenido social del contrato, cuestión que remite, en suma, a la efectividad de las cláusulas sociales en la consecución de los objetivos estratégicos y de políticas públicas que encerraba el contrato⁷⁰. Como pone de relieve la doctrina la consecución de impactos significativos dependerá de la capacidad de evaluación de lo realizado a través de un sistema adecuado de monitorización⁷¹.

Esta preocupación por verificar resultados se trasluce también en algunos puntos de la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020, cuando se alude a la elaboración de un mapa regionalizado que refleje el nivel de implantación de la contratación socialmente responsable “y refleje el porcentaje de empresas de la economía social que acceden a contratos públicos y los puestos de trabajo generados”⁷².

V. Conclusiones

La Memoria de 2016 del TACP Comunidad de Madrid apreciaba en la compra pública una tensión entre dos filosofías: la que atiende a conseguir el máximo ahorro y aquella que busca la adquisición de bienes y servicios con la mejor relación calidad-precio⁷³.

En puridad, ambos criterios no deberían colocarse como antagonistas: como se encarga de recordar la Directiva 24/2014/UE y la propia LCSP, la contratación pública estratégica va ligada a la eficiencia en el manejo de los fondos públicos⁷⁴ y los penosos resultados de una contratación basada en adjudicar al lici-

70. (PALACÍN, 2017: 9) ha destacado la necesidad de medir el impacto de la contratación pública socialmente responsable mediante sistemas de gestión de calidad.

71. (GALLEGO, 2017 b): 112); (DÍEZ, 2017: 217). Aunque no podemos entrar en un aspecto de este calado, véase el interesante trabajo de (ROMEO, 2018 b), en el que se explica el sistema empleado en el condado de Lancashire para medir el impacto de la contratación pública en las PYME locales.

72. Eje 1, punto 5.4, que se completa con el 5.5 que establece como medida “elaborar un mapa regional con las diversas cláusulas sociales y reservas de mercado que tengan implantación en los distintos territorios” y cuya finalidad parece ir ligada a comprobar las diferencias territoriales y el nivel de compromiso de las distintas Administraciones públicas.

73. TACP Madrid (2016: p. 60).

74. Es elocuente el contenido de la Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de

tador que ofertara el precio más barato han demostrado la necesidad de cambiar el modo de operar.

A nuestro juicio, sin embargo, la supuesta transversalidad del principio de igualdad y de las cláusulas sociales en la LCSP no juega siempre con la misma intensidad y efectividad, de modo que la ley parece mantener el esquema tradicional, al menos formalmente:

- a) Por un lado, la igualdad de licitadores que, como decíamos, tiende a ligarse a la concurrencia y se funda en conseguir proposiciones más competitivas, cuyas ventajas beneficiarían a la Administración. No obstante, las más de las veces dichas ventajas se han unido a la consecución de un mejor precio (y, por tanto, en línea económica). El cambio de paradigma obliga a que la ventaja lo sea de modo integral, aunando todos los componentes del contrato.
- b) Por otro, las manifestaciones de discriminación inversa (señaladamente las reservas) tienden a verse con suspicacia precisamente por el eventual riesgo que suponen para la concurrencia y la igualdad entre licitadores, olvidando así su engarce con el propio principio de igualdad y desatendiendo la circunstancia de que en ellas se respeta la concurrencia, sin perjuicio de que el abanico de licitadores pueda estar supeditado al cumplimiento de determinados requisitos.

En la Comunicación de la Comisión Europea “Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa” [COM (2017) 572 final], se advierte que “las posibilidades de contratación estratégica no se utilizan suficientemente”, constatándose que “el 55 % de los procedimientos de contratación siguen utilizando el precio más bajo como único criterio de adjudicación. (...) Sin embargo, la mayoría de las licitaciones económicamente ventajosas sobre la base de un enfoque de relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos, siguen estando infrautilizadas”. Es significativo que la primera de las iniciativas que recoge esta Comunicación sea “Garantizar una mayor aceptación de la contrata-

Estabilidad de 2019 de España de 5 de junio de 2019 [COM (2019) 509 final] que en su Considerando 5 señala: “En el ámbito de la contratación pública, la aplicación ambiciosa de la Ley de Contratos del Sector Público adoptada en 2017 resultará decisiva para aumentar la eficiencia del gasto público y prevenir las irregularidades”, y en su primera Recomendación se dice “Tomar medidas destinadas a fortalecer los marcos presupuestario y de contratación pública en todos los niveles de gobierno”.

ción pública estratégica”, en la convicción de que la contratación pública es un “instrumento crucial” para aplicar las políticas que concilien la creación de una sociedad más justa basada en la igualdad de oportunidades, un crecimiento económico sostenible y una amplia participación en el mercado garantizando la sostenibilidad de las finanzas públicas⁷⁵.

Al margen de “convicciones”, es evidente que el camino encierra dificultades de diverso signo:

- a) Si queremos dar una oportunidad real a la contratación socialmente responsable habrá que superar la rigidez de algunas inercias interpretativas en relación con ciertos elementos del contrato. La persistencia en el modo rigorista de entender algunos requisitos comporta el riesgo de vaciar de contenido determinadas previsiones legales.
- b) Es especialmente relevante diseñar mecanismos de control del cumplimiento normativo y contractual. Mecanismos preferiblemente estandarizados y adecuados al objeto de fiscalización.

Ésta se situaría en tres niveles distintos: 1) control del cumplimiento de la LCSP (y su eventual desarrollo) y, particularmente, de su carácter estratégico al servicio de políticas públicas de diverso signo; 2) control del cumplimiento y de la ejecución cabal de las previsiones de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como “ley del contrato”; 3) control de los efectos de los contratos en relación con los objetivos estratégicos a los que aquellos se dirigen. Si nos centramos en las reservas de contratos, esto implicaría comprobar no sólo el cumplimiento del porcentaje que la ley y cada Acuerdo marque, sino el análisis de la evolución de la empleabilidad de los colectivos favorecidos por aquellas. Este examen basado en datos (no sólo cuantitativos sino también de calidad en la ejecución de las prestaciones) se hace aún más necesario cuando la ley ofrece diversas opciones organizativas -contractuales y no contractuales- y cumple escoger aquella que mejor garantice los intereses en juego.

A nuestro juicio en este aspecto se está jugando la credibilidad de la contratación pública estratégica.

75. Conclusión de la citada COM (2017) 572 final.

Bibliografía

- ASKUNZE, C. (2016): “Empresas de inserción en la economía social. Herramientas para la inclusión sociolaboral”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 29, pp. 1-32.
- BURZACO, M. (2016): “Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación pública en la consecución de objetivos sociales”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 86, pp. 281-310.
- BURZACO, M. (2018 a): “Los criterios de adjudicación”. En AAVV (coord. ALONSO, A.J.). *Contratación pública*, Dykinson, Madrid, pp. 143-170.
- BURZACO, M. (2018 b): “Los Centros Especiales de Empleo en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”. En AAVV (ed. REY PÉREZ, J.L. & MATEO, L.). *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson, Madrid, pp. 41-53.
- BURZACO, M. & COLINO, A. (2017): “La inserción de las personas con discapacidad en el empleo público. Análisis jurídico-económico de la situación en la Comunidad de Madrid”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 91, 203-234.
- CANO, C. (2011): “En torno al concepto y la caracterización jurídica de la empresa (*rectius*: sociedad) de inserción”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 22, pp. 1-32.
- CARRILLO, J.A. (2010): “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”. En AAVV (SANTAMARÍA, J.A.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid. LA LEY 1112/2011.
- CEPES (2018): *Guía de compra pública responsable y del fomento de la contratación pública de entidades y empresas de la Economía Social*. CEPES, Madrid. Disponible en:
<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://www.cepes.es/files/publicaciones/106.pdf> (última consulta: 28 de mayo de 2018)
- CHAVES, R. & MONZÓN, J.L. (Dir.) (2017): *Evolución reciente de la economía social en la Unión Europea*, Comité Económico y Social Europeo, Bruselas. Disponible en: <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-04-17-875-es-n.pdf>

- CHAVES, R. & MONZÓN, J.L. (2018): “La economía social ante los paradigmas económicos emergentes: innovación social, economía colaborativa, economía circular, responsabilidad social empresarial, economía del bien común, empresa social y economía solidaria”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 93, pp. 5-50.
- CUBA, B. (2017): “Contratos reservados: centros especiales de empleo y empresas de inserción”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 150, julio-agosto 2017. La Ley 1856/2017.
- DÍEZ, S. (2017): “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, pp. 195-219.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA. COMUNIDAD DE MADRID (2018): *Estrategia madrileña de atención a personas con discapacidad 2018-2022*. Disponible en: http://www.madrid.org/es/transparencia/sites/default/files/plan/document/bvcm014098_0.pdf
- DIZ, I. (2017): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de los derechos sociales?”, *Revista Española de Sociología*, núm. 26, pp. 77-95.
- FAJARDO, G. (2012): “El concepto legal de economía social y la empresa social”, *Revista Vasca de Economía Social (GEZKI)*, núm. 8, pp. 63-84.
- FAJARDO, G. (2018): “La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, núm. 128, pp. 1-28.
- GALLEGO, I. (2017 a): “Las cláusulas sociales como criterio de adjudicación”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 152, Noviembre -Diciembre 2017. La Ley 14739/2017.
- GALLEGO, I. (2017 b): “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, Enero-Diciembre 2017, pp. 92-113.
- GELASHVILI, V., CAMACHO-MIÑANO, M.M. & SEGOVIA-VARGAS, M.J. (2016): “Análisis económico-financiero de los centros especiales de empleo de España”. *Revista Española de Discapacidad*, núm. 4 (2), pp. 7-24.

- GIMENO, J.M. (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Thomson Aranzadi/Ministerio de Economía y Competitividad/Universidad de Zaragoza, Cizur Menor (Navarra).
- GIMENO, J.M. (2016): “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. Sección Opinión*, 09/02/2016. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/chk.1771f46f118ba8be5949aec744423521>
- GIMENO, J.M. (2017): “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, pp. 241-287.
- GIMENO, J.M. (2018): “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, pp. 12-65.
- GRIMALDOS, M.I. (2015): “Los Centros Especiales de Empleo. Aproximación a su régimen jurídico”. *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 26, pp. 1-28.
- GUTIÉRREZ, H., NEVADO, M.T. & PACHE, M. (2019): “La contratación pública responsable. Diseño de indicadores de medición”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Política, Social y Cooperativa*, núm. 96, pp. 253-280.
- JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO (2018): *Informe relativo a la contratación pública en España 2017*, abril 2018. Disponible en: <https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/b73beca9-843f-43e4-bc89-09de10471717/2017+PUBLIC+PROCUREMENT+REPORT-SPAIN+.pdf?MOD=AJPERES>
- LAZO, X. (2016): “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”, *Observatorio de Contratación pública. Sección opinión*. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.255/chk.6baca120e1f947b8ac20c7e9c81ce49d>
- LESMES, S. & ÁLVAREZ, L. (2014): *Guía de contratación pública socialmente responsable*, REAS Euskadi/ Agencia Vasca de Cooperación al Desarrollo, Bilbao.

- LESMESS, S. (2019): *La inclusión de la perspectiva de género en la contratación pública*. Conferencia disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=E1vvUgLtab0&list=PLKj_tfKD4expM9I50Bb-eN5D4qG25Aig7&index=2&t=3853s
- LOPERENA, D. (2010): “Cláusula social y crisis económica”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2010. BIB 2010\2447.
- LÓPEZ, B. (2019): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: especial referencia a la discapacidad”, *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*, Núm. extraordinario: “Un año de compra pública con la LCSP”, Vol. I, Marzo 2019, pp. 21-49.
- LÓPEZ, M.C., MASIDE, J.M. & TORRELLES, J. (2019): “Análisis económico y social de los centros especiales de empleo: un estudio en Galicia”, *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, vol. 131, pp. 1-25.
- MONZÓN, J.L. & HERRERO, M. (2016): “Identificación y análisis de las características identitarias de la empresa social europea: aplicación a la realidad de los Centros Especiales de Empleo de la economía española”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 87, 295-326.
- MORATALLA, P. (2016): “Centros Especiales de Empleo”, *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 29, pp. 1-38.
- MORCILLO, J. (2016): “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al *dumping* social intracomunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 47-48, pp. 180-209.
- NÚÑEZ, M.C. (2016): “El impulso de la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, septiembre-diciembre 2016, pp. 421-430.
- PALACÍN, B. (2016): “La supervisión de la ejecución de los contratos. En especial de las cláusulas sociales y ambientales. ¿Potencia sin control?”, *Gabilex*, núm. 7, septiembre 2016, pp. 11-57.
- PALACÍN, B. (2018): “Contratación pública social”, *Contratación Administrativa Práctica*, N.º 153, Enero -Febrero 2018. La Ley 19882/2017.
- PONCE, J. (2001): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid.

- PONCE, J. (2014): “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y análisis de políticas públicas. Nueva Época*, núm. 11, enero-junio 2014, pp. 23-42.
- PONCE, J. (2016): “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 57-84.
- QUINTANA, J.L. & RODRÍGUEZ, A.R. (2019): “La reserva de contratos para centros especiales de empleo”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm. 4, pp. 139-157.
- RAZQUIN, M.M. & VÁZQUEZ, F.J. (2017): *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra)
- RODRÍGUEZ, V. (2012): “El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?”, *Estudios de economía aplicada*, vol. 30/1, pp. 237-260.
- ROMEO, A. (2018 a): “Las cláusulas sociales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público”, *Revista española de Derecho Administrativo* num.191, pp. 1-28. BIB 2018\9728.
- ROMEO, A. (2018 b): “¿Cómo medir el impacto de la contratación pública para el impulso de las pymes locales? *Making spend matter*”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 158.
- SOLÓRZANO, M., NAVÍO, J. & CONTRERAS, R. (2015): “Incorporación del valor social a la contratación pública en España”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Reala. Nueva Época*, núm. 4, pp. 41-50.
- TEJEDOR, J. (2015): “Entidades sin ánimo de lucro, contratos “in house” y reserva legal de contratos”, *Observatorio de Contratación Pública. Sección Opinión*, 26/01/2015. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.184/relcategoria.121/relmenu.3/chk.d12c27194b671c86e0056e6e8e67b217>
- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (2016). *Memoria*. Comunidad de Madrid. Disponible en: http://www.madrid.org/es/tacp/sites/default/files/memoria_tacpcm_2016_0.pdf

- VANÓ, M.J. (2016): “Limitaciones a la aplicación de cláusulas sociales en la contratación pública desde la perspectiva del derecho de la competencia”, *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 87, pp. 177-202.
- VÁZQUEZ, F.J. (2019): “Aspectos prácticos de la subrogación en contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 160, Marzo-Abril 2019, pp. 1-11. La Ley 3459/2019.