

LA RESERVA DE CONTRATOS A CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y EMPRESAS DE INSERCIÓN SOCIO-LABORAL Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL

Consuelo DONCEL RODRÍGUEZ

Oficial Mayor. Ayuntamiento de Lora del Río

Trabajo de evaluación presentado para el Curso: Contratación pública más eficaz a través de los compromisos sociales y ambientales establecidos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. CEMCI.

SUMARIO:

1. Introducción. Una contratación pública socialmente responsable.
2. La reserva de contratos como políticas de empleo en el ámbito local.
3. Órgano competente para la fijación del porcentaje mínimo de reserva.
4. El cálculo del porcentaje mínimo de reserva.
5. La reserva de contratos y la restricción a la competencia.
6. La especial referencia a la iniciativa social de los Centros Especiales de empleo.
7. Ejemplos de aplicaciones prácticas de la reserva de contratos en el ámbito local.
8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN. UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSABLE.

La Unión Europea ha venido recogiendo a lo largo de las diferentes Directivas de contratación pública la importancia del empleo y la ocupación como elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos, contribuyendo a la inserción en la sociedad. Así se recogía en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, estableciendo que resultaba conveniente “*disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido*”.

Así, en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se recoge por primera vez la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, si bien se regula con carácter potestativo para los órganos de contratación.

Posteriormente, el carácter potestativo de los contratos reservados previstos en el

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pasó a ser obligatorio tras la modificación de dicha disposición operada por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, que señalaba que *“se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción”*.

En el mismo sentido se pronuncia la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública que recoge en su Considerando (2) que *“la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 (...) como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*. En este sentido, el Considerando (36) señala que *“el empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. 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”*.

Estos objetivos de crecimiento inteligente, sostenible e integrador se toman como referencia en la propia Exposición de motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante la LCSP), que establece que el nuevo sistema legal de contratación pública *“trata de conseguir que ésta se utilice “como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia”*.

Por tanto, como tantas veces se ha señalado por la doctrina desde que entrara en vigor la nueva Ley, nos encontramos ante una nueva forma de entender la contratación pública, en la que se dota de mecanismos a las diferentes Administraciones para que implementen las políticas europeas y nacionales en cuestiones de tanto calado como son las de ámbito social.

En cuanto a las previsiones de la LCSP en materia de reserva de contratos, debemos acudir en primer lugar a la D.A.4ª LCSP que señala que mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades

Autónomas y de las entidades locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros especiales de empleo de iniciativa social o a empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100.

En segundo lugar, no debemos olvidar que existe otra previsión en la LCSP relativa a la reserva de contratos, esta vez en la Disposición Adicional 48ª, que regula la reserva de ciertos contratos¹ de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones, si bien el régimen que se establece en estos supuestos es más restrictivo, porque conlleva que dichas organizaciones deban cumplir todas y cada una de las condiciones siguientes:

- 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.
- 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 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 en los tres años precedentes.

Además de las limitaciones anteriores, se especifica que la duración máxima de estos contratos no podrá ser superior a tres años y que en el anuncio de licitación deberá hacerse expresa referencia a la D.A. 48ª LCSP.

Por último, se habilita una tercera vía para la reserva de contratos que consiste en que los órganos de contratación podrán reservar alguno o algunos de los lotes para Centros Especiales de Empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 99.4 LCSP en el que se establece que *“igualmente se podrán reservar lotes a favor de las entidades a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, en las condiciones establecidas en la citada disposición”*.

¹ La propia LCSP concreta específicamente aquellos contratos del Anexo IV que pueden incluirse en estas modalidades. En concreto, los siguientes códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8

2. LA RESERVA DE CONTRATOS COMO POLÍTICAS DE EMPLEO EN EL ÁMBITO LOCAL.

No puede pasar desapercibido que desde el año 2015 la reserva de contratos es una obligación para todas las entidades locales, de tal forma que éstas están obligadas a realizar todas las actuaciones necesarias para poder cumplir con dicho mandato legal.

Lo cierto es que, pese a la obligatoriedad, esta reserva de contratos se ha realizado con mucha timidez por parte de los órganos de contratación de las entidades locales. Puede ser, como señala PALACÍN SÁENZ² que lo que sucede es la falta de impulso y de concienciación de las entidades locales para desarrollar políticas de empleo dirigidas a personas con discapacidad y en riesgo de exclusión social. Lo cierto es que fuera de las competencias que vienen desempeñando las entidades locales en materia social, no se han abordado estas cuestiones de forma integral y global.

Sin embargo, nos encontramos ante políticas públicas que constituyen uno de los objetivos de desarrollo sostenible impulsados por la ONU en la Agenda 2030. En concreto el objetivo 10.2 fija como meta *“potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición”*.

Por ello, es una excelente oportunidad para las entidades locales, dentro del marco de los objetivos de desarrollo sostenible, que se apueste decididamente por la reserva de los contratos en favor de los Centros Especiales de Empleo y de las empresas de inserción socio-laboral.

3. ÓRGANO COMPETENTE PARA LA FIJACIÓN DEL PORCENTAJE MÍNIMO DE RESERVA.

4. EL CÁLCULO DEL PORCENTAJE MÍNIMO DE RESERVA.

Como bien establece el párrafo tercero del apartado primero de la D.A.⁴ LCSP, el cálculo del porcentaje mínimo de reserva se realizará sobre *“el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI celebrados en el ejercicio anterior a aquel al que se refiera la reserva”*.

En cuanto a los contratos y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI, estos contratos están relacionados con la prestación de servicios tales como servicios de limpieza, servicio de recogida y reciclaje, servicios forestales, de lavandería, de hostelería y catering, de transporte, de imprenta, servicios sociales, de almacenamiento y reparto, hospedaje y turismo rural, servicios de trabajos administrativos (entre los que se encuentran biblioteca y archivo, consejería o museos, entre otros), gestión y trabajos

² PALACÍN SÁENZ, B., *“Las cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública local”*, en CAMPOS ACUÑA (Dir.), *“La nueva contratación pública en el ámbito local”*, Ed, Wolters kluwer, 2018, p. 323

auxiliares, correo y publicidad, mantenimiento y reparación, producción y venta de plantas de temporada, de compost, de planta y arbusto, de mobiliario de jardín, producción y venta de jabones de mano, de herramientas de cocina de madera, de mobiliario de carpintería, venta y distribución, artículos para eventos y regalos y obsequios de empresa, todos ellos con sus CPV correspondientes.

Resulta llamativa la redacción de la D.A.4ª LCSP cuando se refiere a que el cálculo del porcentaje se realizará sobre “*el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios*”, en vez de hacer referencia directamente al importe global de estos contratos. Lo cierto es que al hacer referencia a los procedimientos de adjudicación es necesario valorar si dentro de estos procedimientos de adjudicación debemos entender incluidos a los contratos menores, que en la mayoría de las entidades locales, suponen un importante volumen de su contratación y que pueden tratarse de contratos incluidos en el Anexo VI.

Los procedimientos de adjudicación⁶ se regulan en el art. 131 LCSP y la doctrina distingue entre los procedimientos ordinarios y extraordinarios. Entre los primeros encontraríamos el procedimiento abierto, con todas sus modalidades, y el procedimiento restringido, mientras que en la categoría de procedimientos extraordinarios encontramos el procedimiento negociado, con y sin publicidad, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación⁷. El art. 131 distingue de estos procedimientos el contrato menor, que lo incluye en el apartado tercero, por lo que cabría entender que no ha sido intención del legislador incluir a los contratos menores dentro de los procedimientos de adjudicación.

En base a lo anterior, el cálculo del porcentaje de reserva deberá realizarse sobre los contratos que hayan sido adjudicados mediante la utilización de los procedimientos abierto, restringido, negociado, diálogo competitivo y asociación para la innovación.

Por último, no podemos dejar de mencionar que el hecho de que el legislador exija conocer el importe total de todos los contratos adjudicados por la entidad local en el año anterior, requiere un esfuerzo de planificación por parte de ésta que no puede pasar desapercibido y que se incardina dentro de la contratación estratégica que se deriva tanto de la última generación de Directivas como de la propia LCSP. Como apunta DELGADO FERNÁNDEZ⁸ “*para que el uso estratégico de la contratación pública sea una realidad (...) es necesario que se analice, por ejemplo, cuales entre los contratos del organismo tendrán mayor éxito en colaborar en las políticas sociales*”.

⁶ Señala la Enciclopedia de Administración Local que son procedimientos de adjudicación “*el conjunto de trámites legal o reglamentariamente establecidos para la selección del empresario que ha de celebrar un contrato con la entidad del sector público que haya efectuado la correspondiente convocatoria*”, CARBONERO GALLARDO, J.M., y GIL IBÁÑEZ, J.L., “*Enciclopedia de Administración Local*”, Wolters Kluwer, 2008

⁷ ROYO MANERO, M.T., “*Los contratos de adjudicación de contratos públicos*”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública ISSN 1133-4797, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 365-373.

⁸ DELGADO FERNÁNDEZ, M.R., “*La necesidad de la planificación de la contratación como garantía de transparencia, del uso estratégico de la contratación pública y del uso adecuado de los procedimientos de contratación*”, Gabilex, N° Extraordinario, Marzo 2019, p. 36

5. LA RESERVA DE CONTRATOS Y LA RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA.

Nos encontramos, como apunta PALACÍN SÁENZ⁹, ante una excepción de los principios de igualdad y no discriminación que los órganos de contratación deben dar a los licitadores y candidatos en el ámbito de la contratación pública, pues mediante la licitación de contratos reservados se está cerrando el mercado, limitándolo de forma significativa.

Es por ello, que resulta razonable cuestionarse en primer instancia, si la reserva de estos contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo y de inserción social puede suponer una restricción a la competencia, han venido señalando de forma reiterada las Juntas Consultivas, que la utilización de criterios sociales en el contexto de políticas públicas activas no supone una práctica restrictiva de la competencia, sino que suponen una adecuada regulación de la misma, señalando que la perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja que en la selección de un contratista se pueda exigir o valorar el nivel de cumplimiento de la legislación sobre política social y en concreto, de integración al sector productivo de las empresas con discapacitados (Informe 16/2010, de 1 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón).

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 860/2018, de 1 de octubre, el cual después de afirmar que la libre competencia sigue siendo el pilar fundamental de la legislación comunitaria y de la contratación pública en nuestro Derecho interno, establece que *“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”*.

Además, añade la Resolución 129/2019, de 24 de julio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco del 24 de julio de 2019 que en el marco de las especialidades que caracterizan los contratos de la D.A.4^a LCSP, debe procurarse la salvaguarda de la libre competencia, lo que implica, entre otras cosas, la configuración del contrato y del procedimiento para que se dé la máxima participación posible en el mismo.

Por ello, respecto de las cautelas que debe adoptar el órgano de contratación a la hora de realizar la reserva de contratos prevista por la D.A.4^a, la Resolución 688/2019, de 20 de junio, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales considera que no se requiere un especial énfasis del deber de motivación de la utilización de este procedimiento, de tal forma 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*

⁹ PALACÍN SÁENZ, B. *“Contratación pública social”*, en Contratación Administrativa Práctica, N°153, Enero-Febrero 2018, Ed. Wolters Kluwer

previstos”, si bien ha matizado en resoluciones posteriores que *“es clara la voluntad del legislador español, como también lo es el espíritu de las Directivas, de que por el órgano de contratación se realice un esfuerzo (...) por demostrar que la reserva del contrato que se pretende licitar tiene encaje en alguna de las categorías”* (Resolución 881/2019, de 25 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

6. LA ESPECIAL REFERENCIA A LA INICIATIVA SOCIAL DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

La nueva regulación sobre contratos reservados introduce varias novedades, entre las que se encuentra el hecho de que los Centros especiales de empleo deberán ser de iniciativa social, siendo precisamente este aspecto el que mayor conflictividad ha traído en su aplicación desde que se aprobara la Ley, dando lugar a varios recursos centrados en el incumplimiento de la normativa española al disponer que los Centros especiales de empleo deban ser de iniciativa social, cuando esta exigencia no está prevista en la Directiva 2014/24/UE.

No obstante, se trata de una problemática ya superada por la doctrina administrativa, como bien ha puesto de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 860/2018, de 1 de octubre, no existe contradicción entre el ordenamiento jurídico español y el comunitario al exigir que los Centros Especiales de empleo tengan que ser de iniciativa social, en tanto que entiende que *“en efecto, 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, por ello, el legislador estatal ha añadido a los CEE el calificativo de ser “de iniciativa social”, añadiendo a continuación que “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”¹⁰.*

7. EJEMPLOS DE APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA RESERVA DE CONTRATOS EN EL ÁMBITO LOCAL.

En cuanto a la aplicación práctica de estas reservas, resulta muy interesante el caso del Ayuntamiento de Madrid, en el que la Junta de Gobierno de Madrid, por Acuerdo de 17 de enero de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid BOAM nº 8319 (21/01/2019) establece las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y empresas de inserción y se fija el porcentaje mínimo de participación para 2019, señalando que lo dispuesto en la legislación vigente de contratos, mediante sucesivos

¹⁰En el mismo sentido, la Resolución 914/2018, de 11 de octubre, del TACRC

Acuerdos de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 4 de febrero de 2016, de 23 de marzo de 2017 y de 1 de marzo de 2018. Así, de modo sucesivo y creciente, se ha incorporado la reserva de contratos, incrementándose el porcentaje de reserva de un 0,50 por ciento para el 2016 y 0,6 por ciento para el año 2017 a un 0,7 por ciento para el año 2018. Finalmente, para el año 2019 se fija en un 2 por ciento.

Por su parte, el Ayuntamiento de Sevilla ha publicado unas directrices sobre la aplicación de cláusulas sociales¹¹¹ dentro de las cuales se regulan los contratos reservados, señalando que *“en el primer trimestre de cada año natural, el órgano de contratación, publicará junto con la programación de la contratación anual prevista en el artículo anterior, la relación de los contratos o de determinados lotes de los mismos que se reservan para su licitación exclusiva entre Centros Especiales de Empleo y Empresas de Inserción, con indicación de su objeto, cuantía estimada y fecha prevista de contratación”*. Así, el Ayuntamiento de Sevilla junto con la programación anual fija los contratos que son objeto de reserva por parte del Ayuntamiento.

En cuanto al Ayuntamiento de Córdoba, mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 25 de mayo de 2017 (B.O.P. de Córdoba 130, de 11 de julio de 2017), aprobó el porcentaje de reserva fijándolo en un 4% y aprobando también Instrucciones relativas a la aplicación de la reserva de contratos a favor de Centros especiales de empleo y empresas de inserción. Destaca en la Instrucción que a fin de garantizar el cumplimiento de la reserva y posibilitar el seguimiento de ésta, se constituye una Mesa de Seguimiento de la Contratación Pública Socialmente responsable en el Ayuntamiento de Córdoba.

Por último, el Ayuntamiento de Pamplona aprobó en Junta de Gobierno Local de 16 de abril de 2019, una Instrucción de Contratación Pública Estratégica y Socialmente Responsable, en la que se fija un porcentaje del 6% de reserva de contratos. Además, en dicha sesión se aprobó la Guía de Contratación Pública Estratégica y Socialmente Responsable, inclusiva de cláusulas sociales.

8. CONCLUSIONES.

La reserva de contratos de la D.A.⁴ LCSP se incardina dentro de la política europea de contratación estratégica que no solamente persigue la compra pública de determinadas obras, servicios y suministros, sino que se configura como un auténtico motor social cuya finalidad es mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, motivo por el cual se han incluido cláusulas sociales y medioambientales en nuestra contratación pública.

En este contexto, resulta evidente que las entidades locales tienen una importante responsabilidad en la tramitación de estos expedientes, de tal forma que la obligatoriedad de la reserva prevista en la D.A. 4^a LCSP no debe ser asumida simplemente como un trámite administrativo más en el ámbito de la contratación pública, sino que debe ser

¹¹Las cuales pueden consultarse en el siguiente enlace:

<https://www.sevilla.org/servicios/contratacion/archivos/clausulas-sociales.pdf>

abordado de forma integral, sistemática y socialmente responsable, de tal forma que permita desarrollar una auténtica política social en materia de empleo a personas con discapacidad y en riesgo de exclusión social.

Sin embargo, no debemos olvidar que nos encontramos ante una verdadera obligación legal que no puede ni debe ser obviada por las entidades locales.

Así, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su Informe 4/2020, *“es deber de las administraciones, hacer un esfuerzo en la planificación de sus contrataciones para que, cada órgano de contratación, encaje dentro de los objetos de sus contratos previstos, las actividades que estas entidades pueden desarrollar, de modo que puedan tramitarse tales contratos como reservados, cumpliendo así con la obligación legal de reserva”*.

En conclusión, la reserva de contratos se configura como una obligación legal que esconde una auténtica oportunidad para que, desde los Ayuntamientos, que son las Administraciones Públicas más cercanas a los ciudadanos, se apueste decididamente por una contratación pública más social. Es una oportunidad que además, no deben perder, pues redundará en beneficio de toda la sociedad.