

Reservas en la legislación de contratos del sector público a favor de los centros especiales de empleo: enjuiciamiento a la luz de los principios de Derecho Comunitario.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *Teniendo en cuenta que el sistema de contratación pública puede coadyuvar de manera muy destacada a implementar medidas de fomento del empleo en favor de las personas con discapacidad, no puede extrañar que el ordenamiento interno haya diseñado reservas en favor de los centros especiales de empleo, pudiendo establecer requisitos adicionales frente a la normativa comunitaria, siempre que se respeten los principios de igualdad y proporcionalidad.*

Palabras clave: *Contratos del sector público. Personas con discapacidad. Centros especiales de empleo. Reservas.*

Abstract: *The public contracting system can contribute in a very important way to implement measures to promote employment in favour of people with disabilities. For this reason, national legislation has designed reservations in favour of special employment centres, being able to establish additional requirements in comparison with Community legislation, providing that the principles of equality and proportionality are respected.*

Keywords: *Public sector contracts. People with disabilities. Special employment centres. Reservations.*

I. Introducción

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al trasponer la Directiva 2014/24, de 26 de febrero^[1], no pretende buscar únicamente la selección de los mejores adjudicatarios con el fin último de garantizar la eficacia en la prestación de los servicios públicos a favor de los usuarios al menor coste posible. Antes al contrario, sin abandonar esta pauta, debe ayudar a conseguir objetivos en beneficio de la colectividad, exigiendo a los contratistas y concesionarios no sólo requisitos económicos sino también de calidad social en relación con sus empleados, así como la implementación de medidas de fomento del empleo en favor de aquellos colectivos con mayores dificultades de ocupación^[2].

Según el documento de la Comisión Europea, “Guía para tomar en consideración cuestiones sociales en la contratación pública”, la compra socialmente responsable se refiere a las operaciones de contratación que “tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de

oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento más amplio de la responsabilidad social de las empresas”. Esta perspectiva se enmarca, además, en el fenómeno de las relaciones triangulares, donde la Administración interviene como uno de los vértices, por medio de los vínculos jurídico-contractuales que establece con el empleador privado, sin conexión jurídica formal con los trabajadores de este último, pero que a la postre condiciona el régimen laboral in toto^[3].

Así pues, con la intención de dar cumplimiento al objetivo de “diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga el mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos”, el art. 1.3 LCSP prevé que “en toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales siempre que guarden relación con el objeto del contrato”, en la convicción de que su inclusión en las fases de preparación, adjudicación y ejecución, proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos, objetivos a salvaguardar como prioridad por la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública (Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo) y por el Plan para el impulso de la contratación pública socialmente responsable^[4].

El diseño de la compra pública pasa a adoptar una política tendente a la “modulación estratégica o teleológica de las reglas aplicables”^[5], constituyendo una premisa de gran importancia para la consecución de un empleo en condiciones dignas desde dos puntos de vista: por una parte, cuantitativo, atendiendo a las cifras manejadas por la actividad de contratación pública que asciende al 13 por 100 del PIB interno y atesora la principal fuente de ingresos de muchas empresas; por otra parte, cualitativo, pues la incorporación de cláusulas de sostenibilidad social a la luz del texto de la LCSP tiene lugar con gran amplitud de miras a lo largo de todo el expediente administrativo y haciendo referencia expresa en algunas ocasiones al fomento del empleo de quienes más dificultades presentan tal y como sucede con las personas con discapacidad.

A tal efecto, LCSP establece la posibilidad establecer reservas de contratos, eliminando la concurrencia en la licitación, a favor de aquellas entidades cuyo objeto social consiste precisamente en incentivar la empleabilidad de tales colectivos de las personas con discapacidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia de 6 de octubre de 2021.

Tipo y número recurso o procedimiento: asunto C-598/19.

ECLI: EU:C:2021:810.

Fuente: CURIA.

Ponente: Sr. E. Regan, Presidente de Sala, y los Sres. M. Ilešič, E. Juhász, C. Lycourgos (Ponente) e I. Jarukaitis, Jueces; Abogado General: Sr. E. Tanehev; Secretario: Sr. A. Calot Escobar.

Votos Particulares: carece

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El asunto dilucidado en la sentencia comentada tiene origen en una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, atendiendo a los siguientes extremos:

1.- El 23 de julio de 2018, Conacee (asociación sin ánimo de lucro cuyos miembros son federaciones y asociaciones de centros especiales de empleo) interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco un recurso contencioso-administrativo por el que solicitaba la anulación del acuerdo de la Diputación Foral de Gipuzkoa, de 15 de mayo de 2018, por el que se aprobaron las instrucciones dirigidas a los órganos de contratación de esa institución y se reservó a los centros especiales de empleo de iniciativa social (o a las empresas de inserción) el derecho a participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de algunos de sus lotes, así como la ejecución de una parte de esos contratos en el marco de programas de empleo protegido.

2.- La reserva de contratos incluidos en dichas instrucciones coincide con la que figura en la disposición adicional 4ª y la disposición final 14ª LCSP, que transponen al ordenamiento jurídico español el artículo 20 de la Directiva 2014/24, referida, por tanto, a “centros especiales de empleo de iniciativa social” (y a las empresas de inserción).

3.- De tal reserva se excluía a los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial que Conacee representa a nivel nacional.

A la luz de tales circunstancias, el Tribunal remitente plantea que dichas disposiciones de la LCSP, al delimitar el ámbito de aplicación personal de los contratos reservados, imponen requisitos adicionales a los previstos en el art. 20 de la Directiva 2014/24, pues la legislación interna se refiere únicamente a los centros especiales de empleo de iniciativa social, de manera que excluye de la posibilidad de acceder a los contratos reservados a otros operadores económicos (centros especiales de empleo de iniciativa empresarial) que, sin embargo, cumplen los requisitos previstos en dicho art. 20 de la norma europea en la medida en que, por una parte, al menos el 30 % de sus empleados son personas con discapacidad o desfavorecidas y, por otra parte, su objetivo principal consiste en promover la integración social y profesional de estas personas.

Bajo tales premisas, y teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico español solo permite beneficiarse de las reservas a aquellos centros especiales de empleo de iniciativa social en cuanto sustentados por entidades sin ánimo de lucro y caracterizados por la reinversión de sus beneficios, no puede extrañar que el órgano judicial español decida suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: “Si el art. 20 de la Directiva 2014/24 sobre contratación debe interpretarse en el sentido de que el alcance subjetivo de la reserva previsto por el mismo no puede ser delimitado en términos que excluyan de su ámbito de aplicación a empresas u operadores económicos que acrediten el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y cumplan la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas, mediante la fijación de requisitos adicionales relacionados con la constitución, carácter y fines de dichos sujetos, con su actividad o inversiones, o de otra clase”.

IV. Posición de las partes

La Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo entiende que el cumplimiento de los requisitos acumulativos previstos en el art. 20 Directiva 2014/24, esto es, “que los participantes en el procedimiento sean talleres protegidos u operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas con discapacidad o desfavorecidas, y, por otra parte, que al menos el 30 % de la plantilla de esos talleres y de esos operadores económicos esté constituida por tales personas”, debe entenderse suficiente para que una entidad pueda beneficiarse de las reservas previstas en los procesos de contratación pública. De este modo, los requisitos adicionales que pudieran establecerse por el derecho nacional

que vinieran a excluir de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a los operadores económicos que, aun cumpliendo los requisitos establecidos en la Directiva, no reúnan las exigencias añadidas, no son conformes al Derecho Comunitario.

Por su parte, la Diputación Foral de Guipúzcoa entiende aplicables los requisitos específicos establecidos en la LCSP excluyendo a quienes no los acrediten del sistema de contratación reservada, que se dirige exclusivamente, en la normativa interna, a los centros especiales de empleo de iniciativa social (o a las empresas de inserción). Argumenta que el art. 20 Directiva 2014/24/UE se expresa en términos que por su amplitud o generalidad ("talleres protegidos"; "empresas sociales" y "operadores económicos") permiten su transposición al ordenamiento interno en la forma que efectivamente se ha hecho.

V. Normativa aplicable al caso

El art. 20 de la Directiva 2014/24 establece que "1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos. 2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo".

La disposición adicional 4ª LCSP determina que: "1. Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción regulad[o]s, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100. En el referido Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior. [...] 2. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición".

La disposición final 14ª LCSP determina que: "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 [del artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social] son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo

en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

El art. 43 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, prevé, en sus apartados 1, 2 y 4: “1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. 2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquella. [...] [...] 4. 4. Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumplan los requisitos transcritos en el párrafo anterior”.

VI. Doctrina básica

A la hora de diseñar las reservas a favor de los centros especiales de empleo en el sistema de contratación del sector público, la normativa española establece una serie de requisitos adicionales que no aparecen reflejados en la normativa europea de la que trae causa, razón por la cual surgen dudas sobre su corrección desde el punto de vista jurídico. Así, el art. 20 Directiva 2014/24 exige dos únicos condicionantes a observar por los centros especiales de empleo: de un lado, “al menos el 30 % de sus empleados han de ser personas con discapacidad o desfavorecidas” y, de otro, “su objetivo principal ha de consistir en promover la integración social y profesional de estas personas”. En cambio, el ordenamiento interno requiere que cumplan además las dos circunstancias siguientes: por una parte, “deben recibir directa o indirectamente el apoyo y la participación en más del 50 % de entidades sin ánimo de lucro”; por otra, “deben reinvertir íntegramente sus beneficios en su propio establecimiento o en otro centro de la misma naturaleza”. Los primeros, que reciben la denominación de “centros especiales de empleo de iniciativa empresarial”, quedan excluidos de la reserva, y los segundos, que reciben la denominación “centros especiales de empleo de iniciativa social”, quedan amparados por la reserva.

Esta discrepancia es resuelta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendiéndolo que el tenor del art. 20 Directiva 2014/24 no es taxativo sino que, al tratarse de una medida de política de empleo, admite modulaciones por los Estados miembros, siempre que se respeten los principios de igualdad y proporcionalidad, cuestión que corresponde abordar al órgano judicial remitente. No obstante, pese a la remisión que efectúa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la valoración por el órgano judicial interno, el propio Tribunal Comunitario da una serie de pautas a seguir: por un lado, reconoce que todos los centros especiales de empleo, ya sean de iniciativa social o empresarial, tienen como finalidad el garantizar un empleo remunerado a las personas con discapacidad, son un medio para incluir al mayor número posible de estas personas en el régimen de empleo ordinario y, su personal, al menos en un 70 %, pertenece al colectivo de personas con discapacidad, de manera que ninguna de las dos modalidades puede participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en condiciones normales de competencia, lo cual justifica que se acojan, en una primera aproximación, a las oportunas reservas apartándose del principio general de igualdad entre licitadores. Es más, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende también que las exigencias adicionales de la normativa interna son, en principio, adecuadas al objetivo de conseguir la inserción de las personas con discapacidad o desfavorecidas. Ahora bien, a la luz de estas premisas, encomienda al órgano judicial interno valorar si, como ha señalado el Gobierno español, los centros especiales de empleo de iniciativa social, debido a sus características específicas, están efectivamente en condiciones de poner en práctica de manera más eficaz el objetivo de política social perseguido, pues tales centros “maximizan el valor social y no económico porque, primero, carecen de afán de lucro y

reinvierten todos sus beneficios en la consecución de sus fines sociales; segundo, se caracterizan por adoptar principios democráticos y participativos en su gobernanza, y, tercero, de esta manera logran generar con su actividad un mayor impacto social, proporcionando mayor calidad en el empleo y mejores posibilidades de integración y reintegración social y laboral de personas con discapacidad o desfavorecidas”.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que “el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad”.

VIII. Pasajes decisivos

Para valorar si la normativa interna es acorde con la Directiva comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza un razonamiento apoyado en tres parámetros:

En primer lugar, el tenor de la disposición enjuiciada (art. 20 Directiva 2014/24). Su formulación se materializa en términos tales que no presuponen en absoluto que todas las entidades que cumplan los requisitos en ella indicados (“talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas” y “al menos el 30 % de la plantilla de esos talleres y de esos operadores económicos esté constituida por tales personas”) deban automáticamente disfrutar del derecho a la reserva. Además, el segundo requisito establecido, según el cual al menos el 30 % del personal de las entidades debe estar constituido por personas con discapacidad o desfavorecidas, solo constituye una exigencia mínima. Al tiempo, la alusión a los “operadores económicos” se utiliza con “una cierta generalidad y una cierta indeterminación” en cuanto a las entidades que pueden acogerse a la reserva, “siempre que tengan como objetivo principal la integración social y profesional de las personas con discapacidad o desfavorecidas”. En consecuencia, del redactado del art. 20 Directiva 2014/24 resulta que, “al decidir reservar a determinadas entidades el derecho a participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos, en virtud de dicha disposición, los Estados miembros gozan de cierta libertad en la aplicación de los requisitos”.

En segundo lugar, el objetivo perseguido por el citado art. 20. Atendiendo a lo dispuesto en e considerando 36 Directiva 2014/24 “se desprende que, para que el empleo y la ocupación contribuyan a la integración en la sociedad y a garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos, la facultad prevista en esta disposición debe ejercerse en beneficio de los talleres protegidos y de los operadores económicos cuyo objetivo principal sea apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas con discapacidad o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados, que, en condiciones normales de competencia, pueden tener dificultades para obtener contratos”. Desde tal perspectiva, el legislador comunitario “quiso favorecer, mediante el empleo y la ocupación, la inserción de las personas con discapacidad o desfavorecidas en la sociedad, permitiendo a los Estados miembros reservar el derecho a participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes a los talleres protegidos y a los operadores económicos que, habida cuenta de la finalidad social que persiguen, intervienen en el mercado con una desventaja competitiva”. En consecuencia, el art. 20 persigue una finalidad de política social centrada en el fomento del empleo de los colectivos que presentan mayores dificultades para el acceso al mercado de trabajo cuya concreción queda conferida a la voluntad de los

Estados miembros^[6], que pueden fijar requisitos adicionales para poder participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados, siempre que tales condicionantes suplementarios “contribuyan a garantizar los objetivos de política social y laboral que esta persigue”.

En tercer lugar, la génesis del citado precepto. Con anterioridad a la formulación actual, el art. 19 Directiva 2004/18, derogada por la Directiva 2014/24, “establecía requisitos más estrictos en cuanto a la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos que los Estados miembros podían reservar, tanto en lo que respecta a las entidades autorizadas a participar en dichos procedimientos, que se limitaban a los talleres protegidos, como a las personas empleadas por dichas entidades, que debían estar constituidas en su mayoría por personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no podían ejercer una actividad profesional en condiciones normales”. Teniendo en cuenta esta evolución amplificada, si los Estados miembros estuvieran obligados a aceptar la participación de todos los operadores económicos que cumplieran los requisitos establecidos en el actual art. 20 dentro de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados, se llegaría a una absurda conclusión, pues “existiría el riesgo de que, en tal situación, los operadores económicos que cumplan los requisitos más estrictos establecidos en el anterior art. 19... se vieran forzados a despedir a algunos de los trabajadores con discapacidad o desfavorecidos que figurasen entre los menos productivos, con el fin de poder competir en dichos procedimientos de adjudicación de contratos públicos en pie de igualdad con los operadores económicos que tienen solo el 30 % del personal constituido por trabajadores con discapacidad o desfavorecidos”. Por ende, los requisitos que enumera el art. 20 no son taxativos, de manera que los Estados miembros tienen la facultad de imponer, en su caso, requisitos adicionales que deben cumplir las entidades a las que alude este precepto para poder participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados.

Una vez aquilatados los contornos del art. 20 Directiva 2014/24, el Tribunal de Justicia alerta al órgano judicial remitente sobre la obligación de examinar si la normativa española respeta los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en concreto, los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como, en su manifestación más concreta, los de igualdad de trato y de proporcionalidad^[7].

A la hora de realizar el enjuiciamiento sobre el cumplimiento de estos dos últimos parámetros, cabe recordar –a riesgo de ser reiterativos– que la normativa española exige, en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados previstos en el art. 20 Directiva 2014/24, que los centros especiales de empleo, por una parte, reciban directa o indirectamente el apoyo y la participación en más del 50 % de entidades sin ánimo de lucro y, por otra parte, reinviertan íntegramente sus beneficios en su propio establecimiento o en otro centro de la misma naturaleza”.

Para valorar el respeto del principio de igualdad por este tenor, el órgano judicial remitente deberá determinar si los centros especiales de empleo de iniciativa social se encuentran en la misma situación que los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial en lo que respecta al objetivo perseguido por el art. 20 Directiva 2014/24. A estos efectos, procede tener en cuenta que en el ordenamiento español un centro especial de empleo, ya sea de iniciativa social o empresarial, tiene como finalidad garantizar un empleo remunerado a las personas con discapacidad, incluyendo en su personal al menos un 70 % de personas con discapacidad y convirtiéndose en un medio para garantizar el tránsito de estas personas al régimen de empleo ordinario. Por tales motivos, el Tribunal de Justicia apunta que cualquiera de las dos modalidades de centros especiales de empleo no van a poder participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en condiciones normales de competencia entendiendo justificada la reserva. Ahora bien, sin olvidar esta premisa, el órgano judicial español deberá entrar a valorar si los centros especiales de empleo de

iniciativa social, debido a sus características específicas, están en condiciones de poner en práctica de manera más eficaz el objetivo de integración social perseguido por el art 20 de la Directiva 2014/24, lo que podría justificar objetivamente una diferencia de trato en relación con los centros especiales de iniciativa empresarial. A este respecto, el órgano judicial interno, ha de dilucidar si, como ha señalado el Gobierno español, “los centros especiales de empleo de iniciativa social maximizan el valor social y no económico porque, primero, carecen de afán de lucro y reinvierten todos sus beneficios en la consecución de sus fines sociales; segundo, se caracterizan por adoptar principios democráticos y participativos en su gobernanza, y, tercero, de esta manera logran generar con su actividad un mayor impacto social, proporcionando mayor calidad en el empleo y mejores posibilidades de integración y reintegración social y laboral de personas con discapacidad o desfavorecidas”.

Entrando a valorar la observancia del principio de proporcionalidad, es menester tomar en consideración que las normas internas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva^[8]. A este respecto, procede señalar que el órgano judicial interno debe constatar si “tanto el requisito relativo al apoyo y a la participación, directa o indirecta, en más del 50 % de entidades sin ánimo de lucro como el relativo a la obligación de reinvertir la totalidad de los beneficios en los centros especiales de empleo de iniciativa social, resultan adecuados para garantizar que tales centros especiales de empleo tengan como objeto principal la inserción de las personas con discapacidad o desfavorecidas”.

En fin, tampoco parece desprenderse, aunque deberá comprobarse por el órgano judicial interno, que se vulnere el principio de libertad de establecimiento, pues es poco probable que “los operadores económicos constituidos con arreglo al Derecho de otros Estados miembros queden excluidos del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados previsto por dicha normativa española, siempre que esos operadores cumplan los requisitos expresamente previstos en esta normativa para los centros especiales de empleo de iniciativa social”.

IX. Comentario

Aun cuando la contratación pública no está diseñada para que sea un medio de fomento directo ni de control específico de medidas sociales, la verdad es que puede tener un extraordinario poder de conformación sobre el tejido empresarial, no en vano quienes quieran acceder a los procedimientos de licitación pública y resultar finalmente adjudicatarios de un contrato público, deben cumplir forzosamente con las condiciones y exigencias predefinidas de antemano por los poderes adjudicadores o pueden coadyuvar al cumplimiento de medidas de política de empleo^[9].

Bajo tal premisa, las propias instituciones europeas han venido mantenido (e incluso alentado) la posibilidad de utilizar la contratación administrativa con el fin último de afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general, siempre y cuando los criterios sociales adoptados estén vinculados al objeto del concreto contrato que es causa de la correspondiente licitación y, además, sean compatibles con las libertades y principios en los que se fundamenta el sistema comunitario de contratación pública: suprimir las trabas a la libre circulación de mercancías y a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Ya la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, reconoció expresamente, en su art. 27, la posibilidad de que el poder adjudicador pueda establecer obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente y, por lo que aquí interesa, a la tutela de las condiciones de trabajo^[10]. Con mayor profundidad, a la vista de la Estrategia Europa 2020, que adopta como uno de sus objetivos básicos el de lograr una economía con alto nivel de empleo y cohesión social, la nueva Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública, transpuesta al ordenamiento jurídico español por la LCSP, adopta, entre sus postulados básicos, el diseño de políticas de progreso de la Unión Europea en materia social, no en vano hace referencia a los aspectos de esta naturaleza en diversos

preceptos relativos a la definición del objeto del contrato (art. 62), en los motivos de exclusión de contratistas (art. 57), en los criterios de adjudicación (art. 67) y en las condiciones de ejecución (art. 70)^[11]. Esta Directiva afianza la senda hacia la denominada sostenibilidad social en la contratación pública.

El mercado tutelado implica una reserva de una parte de los contratos a aquellos colectivos con mayores dificultades de inserción, de suerte que las Administraciones Públicas deben ceder una cuota de su volumen de contratación a las entidades de prestación de servicios que tengan por objeto la integración de personas en riesgo o situación de exclusión social (entre las cuales se encuentran las personas con discapacidad), como pueden ser las empresas de inserción, centros especiales de empleo y, en general, entidades no lucrativas de carácter social^[12].

Las limitaciones que tales reservas puedan implicar sobre la libertad de concurrencia se encuentran amparadas en la consideración como medidas de acción positiva que tratan de compensar la desventaja de partida de determinados colectivos ofreciendo la oportunidad de contratar con las Administraciones Públicas a empresas y organizaciones que se encuentren en posición de inferioridad competitiva en cualquier licitación ordinaria. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha venido señalado que “los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales”^[13]. Incluso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español había venido admitiendo, igualmente y sin óbice alguno, la posibilidad de reservar determinados contratos a cooperativas y otras empresas de economía social^[14].

El art. 99.4 LCSP habilita a los órganos de contratación de los poderes adjudicadores a reservar a determinadas organizaciones el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter cultural, de salud y social, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos marcados por la disposición adicional 48ª: a) Que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios mencionados. 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 no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes. e) La duración máxima del contrato que se adjudique no excederá de tres años. f) En el anuncio que sirva de medio de convocatoria de la licitación se dará publicidad a esta reserva^[15].

Entendiendo justificada la reserva a favor de los centros especiales de empleo con carácter general, dada su finalidad de asegurar un empleo remunerado y una prestación de servicios de ajuste personal y social, a la vez que conseguir la integración de la más elevada cota posible de las personas con discapacidad al régimen del trabajo normal, surgen dudas sobre la restricción del ámbito de aplicación de la reserva que realiza la normativa interna en favor de los centros especiales de empleo de iniciativa social (quedando excluidos los de iniciativa empresarial), lo que lleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a encomendar al órgano judicial interno la realización de una doble valoración: a) si los centros especiales de empleo de iniciativa social se encuentran en la misma situación que los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial en lo que respecta al objetivo perseguido por el art. 20 Directiva 2014/24; b) si, como ha señalado el Gobierno español, los centros especiales de empleo de iniciativa social, debido a sus características específicas (ausencia de ánimo de lucro y reinversión de los beneficios), están en condiciones de poner en práctica de manera más eficaz el objetivo de integración social del art. 20.1

Directiva 2014/24 al proporcionar una mayor calidad en el empleo, lo que podría justificar objetivamente una diferencia de trato en relación con los centros especiales de iniciativa empresarial.

X. Apunte final

La posibilidad de utilizar la política de contratación pública como instrumento de garantía social es uno de los principios inspiradores de la LCSP, que más allá de dar satisfacción funcional a las necesidades a cubrir por el órgano de contratación, pretende orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general y, cómo no, para los propios trabajadores de las empresas contratistas o concesionarias, apostando por una dignificación de sus condiciones de trabajo, sin dejar de potenciar medidas de fomento del empleo en favor de aquellos colectivos que más lo necesitan, tal y como sucede con las personas con discapacidad.

Como medida de política de empleo a favor de este colectivo, la Directiva 2014/24 y la LCSP han establecido un sistema de reservas a favor de determinadas entidades entre las que se encuentran los centros especiales de empleo. Si tales reservas deben afectar sólo a los centros especiales de empleo de iniciativa social, solución por la que opta la normativa interna, o deben extenderse también a los centros especiales de empleo de iniciativa empresarial dado los términos generales con los que está redactada la normativa europea, es una cuestión que deben valorar los órganos judiciales españoles teniendo en cuenta los principios de libertad de establecimiento, igualdad y proporcionalidad que marca el Derecho Comunitario.

Referencias:

1. ^ MIRANDA BOTO, J.M.: “Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Lex Social*, vol. 6, núm. 2, 2016, p. 73.
2. ^ MOLINA HERMOSILLA, O.: *Dimensión cualitativa de la contratación pública en la era covid-19*, Granada, Comares, 2021, pp. 121 y ss.
3. ^ CRUZ VILLALÓN, J.: “Claves laborales de la participación privada en la actuación pública”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, p. 17.
4. ^ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La sostenibilidad social en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y CASARES MARCOS, A., Coords.): *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 251 y ss.
5. ^ MOLINA NAVARRETE, C.: “Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 79 y ss.
6. ^ STJUE C-312/17, de 19 de septiembre de 2018, asunto *Bedi*.
7. ^ STJUE C-285/18, de 3 de octubre de 2019, asunto *Irgita*.
8. ^ STJUE C-395/18, de 30 de enero de 2020, asunto *Tim*.
9. ^ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Cláusulas sociales y licitación Pública*, IAAP, Sevilla, 2009, pp. 13 y ss.
10. ^ ROMÁN VACA, E.: “Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del ¿aberrante? Derecho Comunitario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 193.
11. ^ ROMERO RUIZ, A.: “Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación

- pública*”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, 2017, pp. 127 y ss.
12. ^ GARCÍA ROMERO, M.B.: “Cláusulas de inserción laboral y contratación pública”, en AA.VV (GARCÍA ROMERO, B. y PARDO LÓPEZ, M.M., Dirs.): *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Pamplona (Aranzadi), 2017, pág. 252.
 13. ^ STJCE 1997/129, de 17 de junio de 1997, asunto Sodemare-Lombardia.
 14. ^ STS, Cont-Admtivo, 3 julio 1991 (núm. 383/1991).
 15. ^ DÍEZ SASTRE, S.: “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, pp. 195 y ss.